

PROYECTO DE SENTENCIA PREPARADO POR EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

El 13 de septiembre de 2006 todas las Partes en el procedimiento de arbitraje han sido formalmente informadas de que

“El Tribunal de Arbitraje, con su nueva integración, ha deliberado sobre la continuación del procedimiento teniendo en cuenta la posición y las sugerencias expresadas respectivamente por las Partes, en sus cartas del 16 de agosto de 2006. Y llegó a las conclusiones siguientes:

(...) 5) Finalmente, el Tribunal de Arbitraje se preocupó de las consecuencias posibles de la insólita inequidad procesal resultante del hecho que una de las Partes, y no la otra, tuvo conocimiento del proyecto de sentencia preparado por el Presidente y destinado a una deliberación que debía tener lugar en Nueva York en septiembre de 2005. Con el fin de preservar los principios superiores de igualdad de las partes y de contradicción, el Tribunal de Arbitraje ha decidido comunicar oficialmente dicho proyecto a las dos Partes (Anexo adjunto) – a título de documento de trabajo-bajo el entendido de que dicha comunicación no prejuzga en nada el resultado de la deliberación futura.”

Este documento confidencial es el resultado de ocho años de trabajo del Tribunal de arbitraje. Está depositado en el CIADI desde junio de 2005. El siguiente 2 de septiembre el Ministro de Economía de Chile, Sr. Rodríguez Grossi, el Embajador de Chile ante la Casa Blanca y el abogado D. Jorge Carey han afirmado conocer el proyecto de Sentencia y que el Presidente chileno, D. Ricardo Lagos, exigía que debía ser reemplazado por otro el Tribunal de arbitraje entonces formado por el Profesor Pierre Lalive (Suiza), el Juez M. Bedjaoui -ex-Presidente del Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, Ministro de Asuntos Exteriores de Argelia- y Don Galo Leoro Franco, ex Ministro de Asuntos Exteriores de Ecuador.

Comunicado formalmente a todas las Partes el 13 de septiembre de 2006, el proyecto de Sentencia ha dejado de ser confidencial y se reproduce íntegro a continuación.

CONFIDENCIAL

I. INTRODUCCIÓN Y PROCEDIMIENTO

1. El 3 de noviembre de 1997 se inició la presente instancia en aplicación del artículo 36 del Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Convenio ratificado por Chile el 24 de septiembre de 1991 y por España el 18 de agosto de 1994 y que entró en vigor entre los dos Estados el 17 de septiembre de 1994, y en aplicación del Acuerdo para la Protección y Promoción Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República de Chile del 28 de marzo de 1994.

2. El litigio, cuyos hechos principales se expondrán más adelante en la medida que resulte de utilidad, opone a dos Partes Demandantes, el señor Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende y a una Parte Demandada, la República de Chile, en calidad de Demandada, por la confiscación que efectuara el Gobierno chileno de bienes que pertenecían al señor Víctor Pey Casado y, especialmente, de acciones de la editorial “Consorcio Publicitario y Periodístico” (C.P.P. S.A.), que publicaba el diario Clarín.

3. El mencionado litigio dio lugar a un procedimiento de arbitraje entre las Partes excepcionalmente largo y complejo en dos idiomas, el francés y el castellano, procedimiento que es necesario exponer previamente para una buena comprensión de la presente Decisión, que intentará ser lo más sucinta posible.

4. El 2 de octubre de 1997, el señor Pey Casado otorgó su consentimiento al arbitraje del CIADI (a excepción de todo lo concerniente a la rotativa GOSS) y el 6 de octubre de 1997, la Fundación Presidente Allende consintió al arbitraje (Solicitud de arbitraje, documentos 10 y 2 respectivamente).

5. El 3 de noviembre de 1997, las dos Demandantes, el señor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende, presentaron ante el Centro Internacional de Arreglo de

CONFIDENCIAL

Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante denominado el “Centro”) una Solicitud de arbitraje contra la República de Chile. Esta solicitud requería que:

"el Centro ...

tenga por interpuesta la presente Solicitud de arbitraje con sus cinco copias, por identificadas las partes y documentada la fecha de su consentimiento al arbitraje, por aportada información respecto de los asuntos objeto de la diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de la confiscación de una inversión extranjera, por acompañado el derecho de registro de la Solicitud,

tenga a bien registrar ésta y, tras su substanciación,

- declarar ilegítima y contraria al Derecho Internacional la ocupación y confiscación de la inversión hecha por el ciudadano español D. Víctor Pey Casado,

- condenar a la República de Chile a pagar daños y perjuicios por un monto mínimo de US\$ 505.822.969, así como al pago de los intereses a partir de la fecha del laudo, de los honorarios y gastos del arbitraje, de los honorarios profesionales,

- y de todas aquellas otras condenas que el Centro estime justas". (Solicitud de Arbitraje, página 10).

6. El 6 de noviembre de 1997, el Centro acusó recibo de la mencionada Solicitud de arbitraje y, conforme al artículo 36 (1) del Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en lo sucesivo “Convenio del CIADI”), remitió una copia de la misma a la República de Chile.

7. El 20 de abril de 1998, el Secretario General del CIADI, a pesar de la oposición presentada por la República de Chile, procedió a registrar la Solicitud de arbitraje de acuerdo con el artículo 36 pár. (3) del Convenio del CIADI y notificó de dicho registro a las Partes en la misma fecha.

8. El 14 de septiembre de 1998, el Tribunal de Arbitraje fue integrado, de conformidad con el artículo 37 del Convenio, por el señor juez Mohamed Bedjaoui,

CONFIDENCIAL

designado por las Demandantes, el señor Witker Velásquez, designado por la Demandada, y el señor juez Francisco Rezek, convocado para presidir el Tribunal y nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo según el artículo 38 del Convenio. Cabe precisar que el Embajador Galo Leoro Franco (ecuatoriano) había sido nombrado el 18 de noviembre de 1998 en reemplazo del árbitro Witker Velásquez, quien, designado anteriormente por la Demandada, presentó su dimisión el 21 de octubre de 1998. De conformidad con el artículo 25 del Reglamento Administrativo y Financiero, se designó al Sr. Gonzalo Flores como Secretario del Tribunal.

9. El 1 de febrero de 1999, la Demandada dirigió al Secretario General del CIADI una comunicación a través de la cual objetaba la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal de Arbitraje y solicitaba a este último se fijaran plazos para la presentación de escritos relativos a las excepciones preliminares a la competencia.

10. El Tribunal celebró su primera sesión con las Partes el 2 de febrero en la sede del Banco Mundial en Washington, D.C. Se fijó un calendario para la presentación de escritos por las Partes.

11. El 23 de marzo de 1999, las Demandantes presentaron un memorial (de fecha 17 de marzo de 1999) en el que se requería al Tribunal de Arbitraje lo siguiente:

*"declare ilegítima, contraria a Derecho, nula y sin efecto **ab initio**, la ocupación por acto de fuerza, seguida de confiscación, de los bienes, derechos y créditos de C.C.P. S.A. y E.P.C. Ltda., así como la disolución de C.P.P. S.A. y E.P.C. Ltda.,*

- condene al Estado demandado a indemnizar proporcionalmente a la parte demandante por todos los bienes confiscados, por los daños y perjuicios causados por actos ilegales de fuerza, confiscación de bienes, derechos y créditos y disolución de las citadas Sociedades, incluidos el lucro cesante y los intereses compuestos compensatorios desde la fecha del acto de fuerza —11 de septiembre de 1973— hasta la fecha del Laudo -todo por un monto mínimo estimado provisionalmente a fecha 11 de septiembre de 1999, salvo error u omisión, en US\$ 515.193.400, más el daño moral estimado en los términos que se especifican en el punto 4.6.6.2 de este Memorial;

CONFIDENCIAL

y, *asimismo*,

- *condene al Estado demandado a pagar a la parte demandante intereses moratorios calculados en iguales términos que los compensatorios - subsidiariamente, según los fije discrecionalmente el Tribunal a partir de la fecha del laudo y hasta su completo cumplimiento; así como le*

- *condene a pagar los gastos del procedimiento de arbitraje, incluidos los gastos y honorarios de los Miembros del Tribunal, los gastos por el uso de las instalaciones del CIADI, los gastos de traducción, así como los gastos y honorarios profesionales de esta Parte, abogados, asesores, expertos y otras personas convocadas a comparecer ante el Tribunal –o, subsidiariamente, los gastos de procedimiento de esta Parte,*

- *y a pagar todas aquellas otras condenas que el Tribunal estime justas,*

- *y ordenar la ejecución provisional de la Sentencia que recaiga”.*

(Memorial de las Demandantes, 17 de marzo de 1999, páginas 86-87).

12. El 12 de abril de 1999, las Demandantes sometieron al Tribunal, a solicitud de la Demandada, las traducciones de los documentos que habían depositado con anterioridad complementando su Memorial.

13. El 20 de julio de 1999, la Demandada presentó un memorial sobre excepciones a la competencia, en el que principalmente afirmaba:

- "1) El Sr. Pey Casado tiene la nacionalidad chilena;*

- 2) El Acuerdo para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones (APPI) invocado no tiene efecto retroactivo y por lo tanto no puede aplicarse para resolver situaciones planteadas antes de su entrada en vigor;*

- 3) Los activos reclamados no constituyen inversión extranjera;*

- 4) La Fundación “Presidente Allende” no sostuvo las consultas amistosas exigidas en dicho Acuerdo;*

- 5) Los reclamantes (Demandantes) optaron por la jurisdicción chilena, renunciando con ese acto a la jurisdicción internacional; y, finalmente,*

CONFIDENCIAL

6) El Estado de Chile jamás ha otorgado su consentimiento para que esta controversia pueda ser sometida al conocimiento de un tribunal del CIADI ”.

14. En virtud de lo expuesto, la Demandada solicitó al Tribunal que declarase que la diferencia “excedía manifiestamente la competencia del Centro” y caía fuera de los límites de la jurisdicción del mismo y que no existían motivos plausibles que justificaran la presente instancia, de lo que se desprendía que las reclamantes debían ser condenadas en costas (Memorial sobre incompetencia de Chile, 20 de julio de 1999, páginas 155-156).

15. El 13 de septiembre de 1999, la Demandada presentó una solicitud de medidas provisionales a fin de garantizar la solvencia de las Demandantes para cubrir, llegado el caso, las costas y los gastos que se derivasen del procedimiento arbitral.

16. El 6 de octubre de 1999, las Demandantes presentaron una “Contestación al Memorial sobre la cuestión de jurisdicción” (fecha el 18 de septiembre de 1999), en la cual se solicitaba al Tribunal:

"Que desestimando íntegramente la cuestión de competencia interpuesta por la República de Chile,

Declare su plena jurisdicción para conocer y resolver el diferendo jurídico que ante el mismo está planteado, y

Disponga la continuación del procedimiento, con imposición de las costas de este incidente”.

(Contestación al Memorial sobre la cuestión de jurisdicción, 1999, página 134).

17. El 3 de enero de 2000, la Demandada presentó su Memorial de Réplica sobre incompetencia (fecha el 27 de diciembre de 1999), retomando las conclusiones 1 a 6 de su escrito de fecha 20 de julio de 1999, citadas anteriormente, y agregando lo siguiente:

CONFIDENCIAL

"7) Los intentos del Sr. Pey Casado de despojarse de la nacionalidad chilena para acceder a un Tribunal que en otra forma le estaría vedado, así como el traspaso del 90% de sus supuestos derechos a una fundación española con la evidente finalidad de conectar la controversia con un elemento extranjero, constituyen el más claro ejemplo de fraude a la ley".

(Memorial de Réplica sobre incompetencia, página 159).

18. En el mismo escrito, la Demandada solicitaba al Tribunal de Arbitraje que declinara su competencia y, además, manifestaba que el Gobierno de Chile *"no discute que debe pagar una indemnización por los bienes confiscados, para lo cual ha dictado una ley especial. En el caso específico de la confiscación de los activos pertenecientes al Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y a la Empresa Periodística Clarín Ltda., el Estado de Chile pagará la indemnización que corresponda a sus legítimos dueños, de acuerdo con un procedimiento que ya se encuentra bastante avanzado en beneficio de los afectados"*. (Mismo memorial, página 160).

19. El 11 de febrero de 2000, las Demandantes presentaron una Dúplica (de fecha 7 de febrero de 2000) sobre competencia, por medio de la cual requerían al Tribunal que rechazara las objeciones interpuestas por la Demandada y confirmara su competencia en el presente litigio (Réplica presentada a la Contestación de la República de Chile, febrero de 2000, página 35).

20. Del 3 al 5 de mayo de 2000, el Tribunal celebró audiencias orales sobre la excepción a la competencia en la ciudad de Washington.

21. El 11 de abril de 2001, tras la dimisión del juez Rezek, Presidente del Tribunal de Arbitraje (acaecida el 16 de marzo de 2001 y efectiva desde el 13 de marzo), el profesor Pierre Lalive (suizo) fue nombrado Presidente del Tribunal de Arbitraje, el cual fue así reconstituido a su composición actual (el juez M. Bedjaoui y el embajador G. Leoro Franco continuaron en calidad de árbitros designados por las respectivas Partes) y el procedimiento se reanudó. El Secretario General designó a la Sra. Gabriela Álvarez como

CONFIDENCIAL

Secretaria del Tribunal en lugar del Sr. Flores, este último habiendo dejado sus actividades en el CIADI.

22. El 23 de abril de 2001, las Demandantes presentaron una solicitud de medidas provisionales tendientes a la suspensión de la Decisión Ministerial N° 43 adoptada por Chile el 28 de abril de 2000.

23. Luego de que se intercambiaron escritos sobre medidas provisionales y de que se celebró una audiencia en Ginebra el día 21 de junio de 2001 al respecto, el Tribunal de Arbitraje dictó, el 25 de septiembre de 2001, su decisión sobre las medidas provisionales solicitadas por las respectivas Partes, es decir, aquellas requeridas por la Demandada en su Memorial sobre excepciones a la competencia y el 13 de septiembre de 1999 “tendiente a obtener una garantía suficiente para cubrir las costas a las que las Demandantes pudiesen, eventualmente, ser condenadas” y las pedidas por las Demandantes el 23 de abril de 2001. Dicha decisión (emitida en francés y en español) fue publicada en la revista del CIADI (*16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 567 (2001) versión en francés y *16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 603 (2001) versión en español).

24. El 26 de septiembre de 2001, el Tribunal de Arbitraje dictó una Resolución Procesal (No. 4-2001) fechada el 25 de septiembre de 2001 relativa a la producción de documentos y a la organización de la audiencia sobre la cuestión de competencia. Ambas Partes presentaron Notas y Observaciones. Las Demandantes agregaron además una solicitud con el fin de poder producir nuevos documentos. Los días 29 y 30 de octubre de 2001, el Tribunal llevó a cabo una audiencia sobre la cuestión de competencia, después de la cual las Partes presentaron un resumen de sus argumentos orales.

25. El 8 de mayo de 2002, el Tribunal de Arbitraje, en aplicación del artículo 41 del Convenio del CIADI, decidió por unanimidad “unir al fondo de la cuestión las excepciones a la competencia interpuestas por la República de Chile”, reservándose así la continuación del procedimiento (Decisión de fecha 8 de mayo de 2002, página 51).

CONFIDENCIAL

26. El 10 de mayo de 2002, el Tribunal dictó una Resolución Procesal (No. 5-2002) por medio de la cual se establecía un calendario para la presentación de escritos y fijaba la fecha de las audiencias sobre la competencia y el fondo. Dicho calendario fue modificado posteriormente mediante las Resoluciones Procesales No. 6-2002 del 9 de julio de 2002, No. 8-2002 del 20 de agosto de 2002 y No. 11-2002 del 12 de diciembre de 2002.

27. El 16 de septiembre de 2002, las Demandantes presentaron un Memorial sobre excepciones a la competencia y el fondo de la cuestión (fechado el 11 de septiembre de 2002), a través del cual solicitaban al Tribunal que dictaminase que:

"La inversión ha sido efectuada en conformidad con el APPI y la legislación chilena,

- El Sr. Pey satisface los criterios de nacionalidad establecidos en el Convenio de Washington,

- La Fundación Española está legitimada activamente y su solicitud es admisible"

(Exposición complementaria a la competencia del Tribunal D-15, página 179).

28. Además de reafirmar las conclusiones de fecha 17 de marzo de 1999, las Demandantes requirieron que la Parte Demandada sea condenada a:

"- indemnizar, por consiguiente, a las partes demandantes por todos los bienes confiscados, por los daños y perjuicios causados, incluido el lucro cesante desde la fecha del acto de fuerza —el 11 de septiembre de 1973— hasta la fecha del Laudo -por un monto mínimo estimado provisionalmente a fecha de 11 de septiembre de 2002, salvo error u omisión, de US\$ 397.347.287, más el daño moral y extrapatrimonial producido a D. Víctor Pey Casado que el Tribunal estime prudencialmente,

- pagar a las partes demandantes intereses moratorios a partir del 11 de septiembre de 2002 y hasta su completo cumplimiento"

CONFIDENCIAL

(Exposición complementaria sobre el fondo, D16, 11 de septiembre de 2002, página 150).

29. El 8 de octubre de 2002, la Demandada presentó una solicitud por medio de la cual pedía que se separasen las cuestiones de responsabilidad de aquellos de daños y perjuicios. El Tribunal de Arbitraje, mediante Resolución Procesal No. 9-2002 (del 3 de diciembre de 2002), denegó dicha petición.

30. El 4 de noviembre de 2002, las Demandantes presentaron una demanda complementaria “relativa a la compensación de daños y perjuicios causados a raíz de la incautación que realizaran las autoridades chilenas de las rotativas GOSS, confiscadas por el Decreto Supremo N° 165 del 10 de febrero de 1975. Las Demandantes sometieron esta cuestión ante el Tribunal de Arbitraje amparándose, principalmente, en la cláusula de la nación más favorecida del APPI celebrado entre España y Chile el 2 de octubre de 1991”. (Demanda complementaria del 4 de noviembre de 2002).

31. El 3 de febrero de 2003, la Demandada interpuso un Memorial de contestación sobre el fondo y la competencia, en virtud del cual se solicitaba lo siguiente del Tribunal:

"1) Desestimar la demanda presentada ante el CIADI por el Sr. Pey y la Fundación Presidente Allende por falta de competencia del Tribunal;

2) En caso de que el Tribunal se declarase competente, desestimar la demanda por falta de responsabilidad por parte de la República de Chile;

3) En caso de que el Tribunal se declarase competente y que además determinara que la República de Chile tiene responsabilidad, restringir el monto de los daños y perjuicios conforme a lo expuesto en el presente Memorial y en el informe del experto Sr. Kaczmarek; y

4) Ordenar el pago por parte de las Demandantes de los gastos incurridos por la República de Chile en el presente procedimiento de arbitraje. (Memorial de contestación de la República de Chile del 3 de febrero de 2003, página 418)".

32. El 3 de marzo de 2003, las Demandantes presentaron una Réplica sobre la competencia y el fondo (fecha el 23 de febrero de 2003) en la que reiteraban en su

CONFIDENCIAL

totalidad las pretensiones expuestas anteriormente (Réplicas o Memoriales de contestación presentados por la República de Chile, página 254).

33. El 4 de abril de 2003, la Demandada presentó una Dúplica sobre la competencia y el fondo, retomando principalmente lo que sostenía en su solicitud del 3 de febrero de 2002 (Dúplica de la República de Chile, 4 de abril de 2003, páginas 69-70).

34. Finalmente, del 5 al 7 de mayo de 2003, el Tribunal de Arbitraje celebró audiencias en la ciudad de Washington, D.C. (EE.UU.), en el curso de las cuales las Partes expusieron y desarrollaron sus respectivos puntos de vista, respondieron a distintas preguntas del Tribunal de Arbitraje, y confirmaron sus conclusiones (Transcripción de la audiencia realizada del 5 al 7 de mayo en la ciudad de Washington, D.C., 630 páginas).

35. Al finalizar la audiencia del 7 de mayo de 2003, el Presidente aclaró que el Tribunal se reservaba el derecho, después de haber estudiado la totalidad de los escritos, los documentos y los respectivos alegatos, de requerir, si fuese preciso, información complementaria, razón por la cual el procedimiento todavía no podía considerarse “cerrado” (para los fines del artículo 46 de la Reglas de Arbitraje del CIADI —Transcripción, páginas 126-127).

II. CUESTIONES DE HECHO

Resumen de la controversia

1. Antes de pasar a analizar la posición de las Partes y sus respectivos argumentos, conviene recordar, aunque sea de manera resumida, los hechos del presente litigio, ya sea tal como fueron admitidos por las dos Partes, o alegados por una u otra parte, entendiendo que, en caso de que se trate de un hecho controvertido, el Tribunal de Arbitraje no pretende pronunciarse sobre la veracidad del mismo en el presente resumen. Este último podrá ser completado cuando sea necesario y, llegado el caso, durante el curso del análisis jurídico de los respectivos alegatos de las Partes.

CONFIDENCIAL

2. El Demandante, Sr. Víctor Pey Casado, de padres españoles, nació en 1915 en España, de donde emigró en 1939, después de la caída de la República para establecerse en Chile, país en el cual vivió hasta 1973, cuando ocurrió el golpe militar encabezado por el General Pinochet.

3. En 1947, se inscribió en el Consulado español de Santiago como residente permanente de Chile.

4. El 24 de mayo de 1958, España y Chile suscribieron un Convenio de doble nacionalidad por medio del cual se permitía a los nacionales de los Estados contratantes adquirir la nacionalidad del otro, sin perder por ello la nacionalidad de origen. En virtud de dicho Convenio, el Sr. Pey Casado solicitó y obtuvo la nacionalidad chilena, por Decreto Supremo N° 8054 de fecha 11 de diciembre de 1958.

5. Con el fin de respetar el orden cronológico, el resumen de los hechos a continuación algunas veces hará, como podrá observarse, referencia a las cuestiones de la nacionalidad y otras, al tema de la inversión o la confiscación.

6. El 30 de marzo de 1960, se promulga el Decreto No. 258, publicado el 4 de abril de 1960, por medio del cual se crea el Estatuto del Inversionista que concierne a “las personas que aporten al país nuevos capitales, provenientes del exterior, con el objeto de iniciar, impulsar, ampliar, mejorar o renovar actividades productivas”. Sin embargo, se especifica que dichas operaciones concernientes a “los aportes a los que se refiere el presente decreto con fuerza de ley sólo podrán ingresar: a) en divisas y en créditos debidamente calificados”. El mencionado decreto prevé que el Presidente del Estado puede acordar distintas franquicias a los inversionistas que respeten las disposiciones del mismo.

CONFIDENCIAL

7. El 24 de mayo de 1961, entra en vigencia en Chile el Tratado de Montevideo en virtud del Decreto No. 269 así como el Decreto No. 1.272 – 1961, aprobado el 7 de septiembre de 1961 (publicado en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1961).

8. El 3 de agosto de 1967, se crea el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (en adelante “C.P.P.”) con un capital inicial de 200.000 escudos, representado por 40.000 acciones. El Sr. Darío Sainte-Marie es propietario del 93% de las acciones (sin embargo, en la decisión del 8 de mayo de 2002, página 9, se menciona un porcentaje del 99%, lo cual se debe a un error de transcripción).

9. El 9 de mayo de 1968, la sociedad C.P.P. adquiere el 95,5% del capital de la empresa periodística Clarín Ltda. (EPC), editorial del diario “El Clarín,” fundada por el señor Sainte-Marie en 1955. El Director de dicho periódico es el Sr. Sainte-Marie, quien es asistido desde 1957 hasta 1958 y, en particular, desde 1969 hasta 1970 por su amigo, el empresario Sr. Pey Casado (al respecto, véase la declaración del Sr. Pey Casado ante el Tribunal de Arbitraje en mayo de 2003, Transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, pág. 102).

10. El 4 de septiembre de 1967, se aprueba la Ley 16.643, que restringe las inversiones extranjeras en ciertos sectores de la economía chilena, entre los cuales se encuentra la prensa. El artículo 5 de dicha ley prevé que los periódicos deben pertenecer a nacionales chilenos, o a una sociedad cuya propiedad debe estar en manos chilenas por lo menos en un 85%, bajo pena de multas administrativas.

11. El 30 de julio de 1969, según se alega, entra en vigor en Chile el Acuerdo de Cartagena a través del Decreto No. 428. Al año siguiente, el 31 de diciembre de 1970, la Comisión de Cartagena aprueba un “Régimen Común de Tratamiento [concedido] a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías”, también conocido como la “Decisión N° 24”, que, de acuerdo con lo aducido por la Demandada, entró en vigor en Chile en virtud del Decreto de Insistencia No. 488 del 30 de junio de 1971, en derogación del Decreto No. 258 de 1960. En cuanto a las Demandantes, éstas alegaron

CONFIDENCIAL

que este *Régimen Común de Tratamiento [concedido] a los Capitales Extranjeros* no se había aplicado en Chile sino después del 11 de septiembre de 1973 y que la inversión del Sr. Pey Casado se regía entonces por las disposiciones del Decreto Ley 258/1960.

12. En 1972, se alega que el señor Sainte-Marie, por “razones estrictamente personales” y, al parecer, de índole familiar (Transcripción del 5 de mayo de 2003 p. 104), decidió vender la sociedad C.P.P. S.A. a su amigo el Sr. Pey Casado, quien, desde hacía ya tiempo, 1957–1958 (Transcripción del 5 de mayo de 2003 p. 104) lo había ayudado como colaborador y consejero técnico, principalmente con respecto al desarrollo y a la ampliación de la empresa, y se había transformado en su “estrecho colaborador” (p. 104), dado que el Sr. Sainte-Marie deseaba “ausentarse del país de una manera definitiva y total”. Razón por la cual, según el Sr. Pey Casado, el “mecanismo de transferencia de la empresa” se habría producido de manera rápida y con menos formalidades de lo que se acostumbra en el ámbito comercial (pp. 104-105).

13. El 29 de marzo de 1972, se transfirió la suma de US\$ 500.000 de una cuenta en un banco checoslovaco, por intermedio de una cuenta en el banco Manufacturers Hannover's Trust en Londres (Solicitud, documento 21), a una cuenta que el señor Sainte-Marie tenía en el Banco Hispano Americano de Madrid, en la cual dicha suma fue finalmente depositada el 4 de abril de 1972. El 30 de marzo del mismo año, el Sr. Pey Casado pasó a ocupar el cargo de director de la sociedad C.P.P. y el 6 de abril recibió del Sr. Sainte-Marie 25.500 acciones de la sociedad C.P.P. (con los traspasos firmados en blanco).

14. El 13 de mayo de 1972, el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie suscribieron un acuerdo (en Estoril, Portugal) que las Demandantes consideran como la concertación final de la venta de la sociedad C.P.P. S.A., mientras que la Demandada considera que dicho acuerdo no cumpliría con las condiciones formales de una transferencia de propiedad.

CONFIDENCIAL

15. En la segunda mitad del año 1972, se efectuaron diversas operaciones con respecto a las acciones de la sociedad. El 14 de julio de 1972, el Sr. Sainte-Marie transfirió un cierto número de acciones al señor González y, el 6 de septiembre de 1972, otras acciones al Sr. Venegas. De acuerdo con el Sr. Pey Casado, las acciones de los Sres. González y Venegas les habrían sido remitidas con traspasos en blanco a la atención del Sr. Pey Casado. Este último habría utilizado los traspasos firmados en blanco que recibiera el 6 de abril para crear nuevas acciones a nombre de los Sres. González y Venegas, quienes, en el mismo acto, le habrían remitido los originales de dichas acciones (con los traspasos correspondientes firmados en blanco por ellos) (Memorial, documentos 7 y 8).

16. El 23 de septiembre de 1972, el Sr. Sainte-Marie otorga al Sr. Pey Casado, ante un notario, un poder que le concede a este último todos los derechos sobre el nombre del diario Clarín así como sobre el 4,5% de las acciones de la sociedad EPC Ltda.

17. El 2 de octubre de 1972, por medio de un acta unilateral firmada en Ginebra, el Sr. Pey Casado habría concluido definitivamente el contrato de venta con el Sr. Sainte-Marie (documento C66-11), acta que la Demandada considera como la aceptación por parte del Sr. Pey Casado de ser el representante del Sr. Sainte-Marie en la venta de los intereses editoriales que éste tenía en Chile.

18. El 3 de octubre de 1972, el vendedor en esta operación, el Sr. Sainte-Marie, recibió la suma de US\$ 780.000 en varios pagos realizados por el “Bank für Handel und Effekten” (Memorial, documento 4 y C161). Según la Demandada, para quien el Sr. Pey Casado habría actuado en estas diversas transacciones como mandatario más que a su nombre, dicha suma habría sido depositada en la cuenta del Sr. Pey Casado a través de una transferencia del Banco Nacional de Cuba el 26 de septiembre de 1972 (un día después de que el Sr. Pey Casado hubiera abierto la cuenta).

19. El 18 de octubre de 1972, el Sr. Sainte-Marie cedió unas acciones al Sr. Venegas y otras acciones al Sr. Carrasco. Estos dos grupos de acciones habrían sido transferidos al

CONFIDENCIAL

Sr. Pey Casado “con los traspasos en blanco”. El 12 de diciembre de 1972, los estatutos de la sociedad EPC Ltda. fueron modificados y esta empresa pasó así a estar bajo el control efectivo y total de la sociedad C.P.P.

20. El 11 de septiembre de 1973, el Presidente Allende es derrocado por un golpe militar que asume el poder en Chile. Las fuerzas armadas irrumpen en las oficinas del diario Clarín en donde detienen al Director (documento C47) y a un cierto número de personas y secuestran locales y bienes (cf. Decreto N° 93 del 20 de noviembre de 1973).

21. El 14 de septiembre de 1973, el Sr. Pey Casado se refugió en la Embajada de Venezuela en Santiago. El 27 de octubre de 1973, luego de que, según él, las autoridades chilenas se negaron a otorgarle un pasaporte, el Sr. Pey Casado abandona Chile gracias a un salvoconducto que le es entregado por las autoridades. De acuerdo con las Demandantes, es en ese momento que el Sr. Pey Casado habría sido excluido de facto de su nacionalidad.

22. De acuerdo con la Demandada, en noviembre de 1973, el Sr. Pey Casado habría viajado a Perú con un pasaporte chileno No. 014078, el cual habría sido expedido el 2 de octubre de 1967 y el 23 de noviembre de 1973 habría firmado un poder a nombre de su hermano, identificándose con ese pasaporte chileno y un documento nacional de identidad chileno. Sin embargo, según el Sr. Pey Casado, él habría realizado ese viaje con un pasaporte de urgencia de Venezuela, el pasaporte chileno había caducado desde el 12 de diciembre de 1971.

23. El 8 de noviembre de 1973, las autoridades militares chilenas promulgan el Decreto Ley No. 77 que, conforme lo manifiestan las Demandantes, habría servido de base a la reglamentación del Decreto Supremo No. 1.726 de fecha 3 de diciembre de 1973 para justificar la confiscación de los bienes del Sr. Pey Casado que se produjo mientras pesaba sobre él la prohibición de entrar libremente a Chile y sin que en este país hubiese habido una persona que se encargara de su representación, defensa e intereses en sus empresas de prensa. De hecho, la Demandada no objetó que el Sr. Pey Casado

CONFIDENCIAL

hubiera retornado a Chile sino hasta 1989 (ver documento D15, “La Competencia del Tribunal”, página 162 y pássim).

24. El 8 de enero de 1974, las autoridades venezolanas expiden un pasaporte de urgencia al Sr. Pey Casado y, el 28 de enero, le otorgan asimismo un documento de identidad para los extranjeros “transeúntes” (Documentos C48 Y C253).

25. El 9 de enero de 1974, el Consulado de España en Caracas concede al Sr. Pey Casado una visa para España, válida por tres meses, que el Sr. Pey Casado utiliza el 31 de mayo de 1974 para trasladarse a España.

26. Según la Demandada, el Sr. Pey Casado habría realizado, entre el 8 de enero y el 11 de junio de 1974, distintos viajes desde Perú a Colombia, Alemania y Estados Unidos, con 3 pasaportes diferentes. El Sr. Pey Casado niega no sólo haber hecho estos viajes sino también haber dispuesto de un documento de viaje distinto a los pasaportes de urgencia expedidos por Venezuela (Transcripción del 5 de mayo de 2003, páginas 32-36,168-169; Transcripción del 7 de mayo de 2003, páginas 30-31, 44). La Demandada reconoció en el curso de la audiencia del 6 de mayo de 2003; “*Quizá haya errores [concernientes a los viajes del Sr. Pey Casado] ; no nos consta* (Transcripción, página 142)”.

27. El 4 de junio de 1974, el Sr. Pey Casado se inscribe en la Municipalidad de Madrid y recibe un documento nacional de identidad español y un pasaporte español. Según la Demandada (Documento C51), el señor Pey Casado habría omitido registrarse en el Registro del Estado Civil español, lo que, en opinión de ésta, habría sido necesario conforme al Convenio de doble Nacionalidad hispano-chileno si éste hubiese deseado modificar su nacionalidad “efectiva”.

28. El 11 de junio de 1974, el Sr. Pey Casado recibe un pasaporte español en Madrid, válido hasta el 10 de junio de 1979.

CONFIDENCIAL

29. En 1974, el Sr. Pey Casado se registró en el Consulado de España en Caracas, y, el 28 de enero de 1975, recibió por parte del gobierno de Venezuela un documento de identidad de residente.

30. El 24 de mayo de 1977, se inscribe en el Consulado de España en Lima, del cual obtendrá varios pasaportes: el 25 de junio de 1979 (un pasaporte válido hasta el 24 de junio de 1984) y el 16 de enero de 1984 (un pasaporte válido hasta el 15 de enero de 1989).

31. El 17 de noviembre de 1988, el Sr. Pey Casado recibe un pasaporte del Consulado de España en Caracas (válido hasta el 16 de noviembre de 1993) y el 18 de enero de 1989, renueva ante el mismo Consulado de España su documento nacional de identidad español.

32. En el ámbito que podría denominarse patrimonial, es decir, el de las confiscaciones por las que reclaman las Demandantes, cabe señalar que el 21 de octubre de 1974 el Decreto Exento chileno No. 276 aplica el Decreto No. 77 a las sociedades C.P.P. S.A. y EPC Ltda. Se somete a examen la situación “patrimonial” del señor Pey Casado y de otras personas.

33. Según la Demandada, el Decreto No. 600 de fecha 13 de julio de 1974 estableció el “Estatuto de la Inversión Extranjera”, el cual, junto con el Decreto No. 746 del 9 de noviembre de 1974, confirmaría que la Decisión No. 24 de la Comisión de Cartagena había sido aplicada en Chile (véase preámbulo y artículo 19-1).

34. Más tarde, el 10 de febrero de 1975, el Decreto No. 165 ordena la disolución de las sociedades C.P.P. y EPC Ltda. y transfiere sus bienes al Estado. El Decreto No. 580 del 24 de abril de 1975 aplica el Decreto No. 77 al Sr. Pey Casado y confisca un edificio de propiedad de la sociedad EPC Ltda. Estos textos, junto con el Decreto No. 1200 del 25 de noviembre de 1977, disponen o confirman la confiscación de “todos los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones pertenecientes al mencionado Sr. Pey Casado”.

CONFIDENCIAL

35. Las Demandantes alegan que todavía pesaba sobre el Sr. Pey Casado la prohibición de entrar libremente en Chile, que éste no había recibido notificación de tales medidas y que *“nadie tomó en Chile la representación ni la defensa de las mpresas C.P.P. S.A. ni EPC Ltda., ni tampoco del Sr. Pey. Nadie ha formulado una reclamación al respecto, ni cuando fueron confiscadas por el Decreto de 10 de febrero de 1975, ni cuando el Servicio Nacional de Impuestos Internos interpuso su querrela judicial el 15 de septiembre de 1975, ni cuando ‘la totalidad de los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones’ del Sr. Pey fueron confiscados por el Decreto No. 580 de 1977”*.

36. Además, en septiembre del año 1975, las autoridades fiscales de Chile iniciaron acciones penales por presunto fraude fiscal contra el Sr. Pey Casado y otras personas. El Sr. Pey Casado no habría sido notificado de dicha querrela ni tampoco habría sido representado en el procedimiento judicial (documento D19). Desde el 11 de diciembre de 1975, el Director de la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos no le habría imputado ninguna infracción (Documento C189 y C191). El primero de septiembre de 1976, el Juez lo había declarado en “rebeldía” (documento C197). En este proceso, las autoridades chilenas no habrían acusado al Sr. Pey Casado de haber cometido infracción alguna al Decreto Ley No. 258/1960 (Documento C111) o al Decreto No. 482/1971 o a la Decisión No. 24 o siquiera al Decreto Ley No. 1.272/1961 que establecía el control de cambios (Documento C112).

37. Cabe advertir que, luego de la caída del régimen militar de Pinochet, los Decretos No. 276, 580 y 1200 fueron declarados nulos y sin efecto.

38. El 14 de junio de 1984, el Ministerio del Interior aprueba el Decreto No. 597 que introduce un Nuevo Reglamento de Extranjería. Según la Demandada, este texto confiere plenos poderes a este Ministerio para determinar, en caso de duda, la nacionalidad extranjera. Fue precisamente a este Ministerio que el Sr. Pey Casado dirigió, el 10 de diciembre de 1996, una comunicación por medio de la cual puso en su conocimiento que

CONFIDENCIAL

él no revestía carácter de beneficiario del Convenio de doble Nacionalidad desde 1974 (documento C21).

39. De acuerdo con la Demandada, el hermano del Sr. Pey Casado, en su supuesto carácter de representante del mismo, habría declarado el 25 de marzo y el 12 de abril de 1989 que el Sr. Pey Casado era nacional chileno. Y siempre, según la Demandada, el Sr. Pey Casado actuó en los actos constitutivos de la Fundación con su doble ciudadanía hasta 1997.

40. Luego del fracaso de la candidatura del General Pinochet en el plebiscito del 5 de octubre de 1988, el Sr. Pey Casado retornó a Chile el 4 de mayo de 1989 por primera vez desde 1973. Según las Demandantes, se trataba de una visita en calidad de turista deseoso de informarse sobre la situación de sus bienes, y, en especial, de sus acciones en la sociedad C.P.P. S.A. En opinión de la Demandada, el Sr. Pey Casado habría regresado para volver a establecer su residencia en Chile.

41. Según el Departamento de Fronteras y Límites de Carabineros de Chile (Ministerio del Interior) (“Memorial de réplica sobre las excepciones a la competencia”, documento No. 9) el Sr. Pey Casado había ingresado en Chile el 4 de mayo de 1989 “*en calidad de turista español*”, con su pasaporte español. Y es en este mismo carácter que el 22 de mayo de 1989 (es decir, 18 días después de su ingreso) él habría dejado Chile; retornado a Chile el 25 de mayo de 1989; que hubiera nuevamente salido y regresado varias veces, siempre con su pasaporte español, hasta noviembre de 1990.

42. Según la Demandada, el Sr. Pey Casado retomó su residencia en Chile y el 6 de octubre de 1989 habría comparecido ante un notario en Miami (EE.UU.) con el propósito de otorgarle plenos poderes al Sr. Garcés a fin de que éste creara la Fundación Presidente Allende identificándose en esta instancia como nacional español.

43. Fue el 16 de enero de 1990 cuando, a raíz del Poder otorgado por el Sr. Pey Casado el 6 de octubre de 1989, se creó la Fundación Presidente Allende conforme al

CONFIDENCIAL

derecho español y se estableció su sede en España. En el Acta de Constitución, el Sr. Pey Casado es identificado como doble nacional chileno y español (Memorial de Contestación del 3 de febrero, documento 22).

44. El 6 de febrero de 1990, el Sr. Pey Casado, identificándose con un pasaporte español, compareció ante un notario en Miami y, en nombre de la Fundación española y en virtud de los plenos poderes, que el artículo 6 del Estatuto de esta institución le confiere al Presidente de la Fundación¹, suscribió un contrato de cesión irrevocable, por una parte, y de aceptación de la cesión, por otra parte, en lo que respecta al *“patrimonio, los títulos, derechos y créditos de toda índole que se derivan de los contratos privados de compraventa que el cedente celebró en 1972 con el Sr. Darío Sainte-Marie Soruco, por medio de los cuales este último vendió al Sr. Víctor Pey Casado el ciento por ciento de las acciones de C.P.P. S.A. y EPC Ltda.”* (Memorial del 17 de marzo de 1999, documento No. 18).

Es el 27 de abril de 1990, que la Fundación Allende fue inscrita como institución de beneficencia ante el Ministerio de Cultura español.

45. Aproximadamente seis meses después, el 18 de octubre de 1990, el Sr. Pey Casado ingresó nuevamente a Chile con su pasaporte español.

46. El 5 de enero de 1991, el Sr. Pey Casado solicitó y recibió un documento de identidad chileno (Réplica de las Demandantes del 23 de febrero de 2003, páginas 177-178).

47. El 20 de febrero de 1991, mientras se encontraba en Chile, el Sr. Pey Casado advirtió que había perdido su pasaporte español No. 13.008, expedido el 17 de noviembre de 1988 y válido hasta el 16 de noviembre de 1993 (documento C48), por lo que solicitó

1 «Artículo 6. El Consejo de Fundadores y, en su nombre, el Presidente, ejercerá las atribuciones reservadas a la Dirección, de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 9, sección 3, de la Reglamentación de las Fundaciones Culturales Privadas (Decreto 2930/72 del 21 de julio de 1972), a partir de la fecha de inscripción de la Fundación en el Registro y hasta tanto no se haya realizado la designación y el nombramiento de la totalidad de los miembros de la Dirección».

CONFIDENCIAL

y obtuvo de las autoridades chilenas un pasaporte. El artículo 1 del Decreto No. 676 del 15 de febrero de 1966, por el que se aprobaba el Reglamento de Pasaportes, estatuyó que los extranjeros podían solicitar el pasaporte chileno en casos excepcionales (Anexo No. 15 al “Informe de la Demandada”, establecido por el Sr. Nogueira, traducción en la “Demanda Incidental” del 23 de febrero de 2003, página 38). El Decreto No. 1.010 del 5 de septiembre de 1989, “por el que se aprobaba el Reglamento de Pasaportes Ordinarios y de Documentos de Viaje y de Títulos de viaje para extranjeros” (Diario Oficial del 17 de noviembre de 1989), autorizaba la expedición de pasaportes a naturales extranjeros para salir del país (ver artículos 3.b y 11 del anexo No. 16 al “Informe del señor Nogueira”, producido por la Demandada el 3 de febrero de 2003, versión en francés en el documento C260).

48. Las autoridades chilenas comprobaron que el Sr. Pey Casado se sirvió de dicho pasaporte chileno para entrar en Chile sólo en dos ocasiones, el 22 de agosto de 1991 y el 6 de noviembre de 1994, pero no volvió a utilizarlo después de haber viajado a España en mayo de 1997. Además, verificaron que las autoridades españolas le habrían expedido un pasaporte No. 027703339-B el 28 de mayo de 1997 con validez hasta el 27 de mayo de 2007 (“Memorial en réplica del 27 de diciembre de 1999, documentos No. 9 y C10 y C48). Este hecho corrobora las declaraciones que el Sr. Pey Casado realizara al respecto ante el Tribunal de Arbitraje durante las audiencias del 29 de octubre de 2001 y 7 de mayo de 2003 (Transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, páginas 123-124). Con este pasaporte chileno, el Sr. Pey Casado viajó, según la Demandada, a EE.UU. el 5 de julio de 1991.

49. Es oportuno recordar que el Convenio del CIADI fue suscrito por Chile el 25 de enero de 1991 y entró en vigor el 24 de octubre de 1991, mientras que, en el caso de España, dicho Convenio fue firmado el 21 de marzo de 1994 y entró en vigor el 17 de septiembre de 1994.

CONFIDENCIAL

50. El 2 de octubre de 1991, Chile y España suscribieron un Acuerdo de Protección y Promoción de Inversiones (en lo sucesivo “APPI” o “API”), que entró en vigor el 29 de marzo de 1994.

51. Después de recordar estas fechas importantes, se retomará el orden cronológico de los hechos relativos a la nacionalidad del Sr. Pey Casado. Según las alegaciones de la Demandada, a partir del 20 de febrero de 1991, fecha de solicitud del pasaporte, el Sr. Pey Casado se presentó en reiteradas ocasiones como nacional chileno y solicitó la asistencia de Chile en tal calidad al regresar a este país. Es así como, por ejemplo, el 17 de febrero de 1992, se inscribió en los registros electorales de Vitacura; el 25 de mayo de 1992, acudió a la Oficina Nacional del Retorno² para acogerse a los beneficios previstos para los nacionales y las personas que habían gozado de la nacionalidad chilena en el caso de que retornaran al país; el 1º de agosto de 1992 suscribió un contrato de trabajo con su hermano, en el cual se identifica como ciudadano chileno. Asimismo, en agosto de 1992, se habría identificado varias veces con su documento nacional de identidad chileno. El 17 de julio de 1993, se inscribió en el Registro Electoral de Reina (un hecho admitido por las Demandantes, que, no obstante, subrayan que las letras (CH) relativas a la nacionalidad no habrían sido escritas por el Sr. Pey Casado). Chile presentó ante el Tribunal diversos documentos que respaldan la tesis según la cual el Sr. Pey Casado se presentó (desde 1991 hasta enero de 1997) como ciudadano chileno a través de un documento de identidad chileno o de un domicilio chileno.

52. El 23 de octubre de 1994, el Sr. Pey Casado viajó a Bolivia usando su pasaporte chileno. Según la Demandada, habría utilizado el mismo pasaporte con motivo de otro viaje a Bolivia que realizó el 6 de noviembre de 1994 y un viaje a España vía los Estados Unidos el 21 de mayo de 1997.

(2) El artículo 1ero. de la Ley No. 18.994 del 14 de agosto de 1990, sobre el retorno de exiliados a Chile [páginas 32-34 del Memorial en contestación de la demandada del 3 de febrero de 2003], concede los beneficios de dicha ley a «todos los exiliados que hayan tenido la nacionalidad chilena», prueba documental No. 31 del anexo al «Memorial en contestación» del 3 de febrero de 2003, versión en francés en la prueba documental C259).

CONFIDENCIAL

53. El 29 de mayo de 1996, el asesor del Sr. Pey Casado envió una comunicación al Ministro de Asuntos Exteriores de España, en la cual declaró que “*en aplicación de instrucciones expresas de su mandato*”, invocaba el APPI publicado en España y en Chile el 2 de octubre de 1991 [Documento C20].

54. El 10 de diciembre de 1996, el Sr. Pey Casado había informado al Departamento de Inmigración de Chile que había fijado su residencia en España desde 1974 y que no deseaba acogerse al Convenio hispano-chileno de doble nacionalidad (prueba documental C21). Constituiría éste, según la Demandada, el primer acto de “renuncia” a la nacionalidad. El 19 de diciembre de 1996, la Municipalidad de Madrid confirmó la residencia de la Demandante en España (Solicitud, documento 8).

55. El 7 de enero de 1997, el Sr. Pey Casado habría solicitado al Consulado de España en Santiago “que hiciera concordar los registros con la realidad, en caso de que los registros pertinentes en el Consulado no mostraran” que no se “había acogido a los beneficios y las ventajas del Convenio de doble Nacionalidad” y “que tenía su domicilio en España desde principios de 1974” (documento C22). El 5 de febrero de 1997, el Consulado español en Santiago tachó el nombre del Sr. Pey Casado del registro de los nacionales españoles con residencia en Chile. El 28 de mayo de 1997, el Sr. Pey Casado recibió en Madrid un pasaporte español.

56. El 16 de septiembre de 1997, el Sr. Pey Casado procedió a efectuar ante el Consulado de España en Mendoza (Argentina) una declaración jurada por medio de la cual renunciaba expresa y solemnemente a la nacionalidad chilena “*en caso de que la Administración chilena requiriera una renuncia formal*”.

57. En cuanto al tema de las confiscaciones y las diligencias tendientes a obtener una indemnización, cabe destacar que el 1º de febrero de 1995 el Sr. Pey Casado había entablado ante el Juzgado Penal No. 8 de Santiago una demanda de restitución de la sociedad C.P.P. S.A. y de los documentos relativos a la misma, demanda que fue objeto

CONFIDENCIAL

de una sentencia favorable dictada el día 29 de mayo de 1995 “*habida cuenta del valor probatorio de los antecedentes*” (Anexo 21 de la Solicitud de Arbitraje).

58. En 1995, las Demandantes interpusieron ante el Presidente de la República (el 6 de septiembre de 1995) y el Juzgado Civil No. 1 de Santiago (el 4 de octubre de 1995) una demanda por medio de la cual solicitaba la restitución de la rotativa GOSS o la compensación por la pérdida de la misma. Dicha petición fue objetada el 17 de abril de 1996 por el Consejo Nacional de Defensa en su carácter de representante de Chile ante el Tribunal Civil, por no tener el Demandante la capacidad jurídica para actuar (*locus standi*), debido a que el Sr. Pey Casado no era propietario y, por lo tanto, no estaba legitimado para actuar: En primer lugar, debido a que, “el Demandante confundió su calidad de propietario del 99% del capital social de la Empresa Periodística Clarín Ltda. con la calidad de titular del derecho de propiedad plena sobre los bienes de esta última”. En segundo lugar y subsidiariamente, porque “el Decreto Supremo No. 165, de 1975, del Ministerio del Interior” que ordenaba la confiscación de C.P.P. S.A. y de EPC Ltda. tenía validez. (Documento C181). No obstante, el Tribunal Civil aceptó considerar la demanda como admisible basándose en seis cuestiones preliminares.

59. El 28 de abril de 2000, el Ministerio de Bienes Nacionales emitió la Decisión No. 43, decisión considerada por las Demandantes como una nueva confiscación o como una nueva manifestación de la confiscación de los derechos que éstas derivaban de su inversión (luego de aquéllas del 10 de febrero de 1975, el 24 de abril de 1975 y el 25 de noviembre de 1977).

60. La Decisión No. 43, que, cabe señalar, se adoptó mientras este arbitraje ya estaba en trámite, suscitó numerosas controversias entre las Partes, tema que será tratado más adelante. El 2 de octubre de 1997, el Sr. Pey Casado otorgó su consentimiento al arbitraje del CIADI, excluyendo sin embargo lo concerniente a la rotativa GOSS (cuestión que había sido sometida a las autoridades judiciales chilenas en octubre de 1995). El 6 de octubre de 1997, la Fundación Presidente Allende expresó su consentimiento al arbitraje, excluyendo asimismo lo concerniente a la rotativa GOSS. El

CONFIDENCIAL

6 de noviembre de 1997, el Sr. Pey Casado había presentado ante el Juez del Registro del Estado Civil de Madrid una solicitud tendiente a que se hiciera constar que él había establecido su residencia en Madrid el 4 de junio de 1974, solicitud que fue transcrita en el Registro Civil Central Uno de Madrid el 20 de noviembre de 1997 por su secretario (Documento C11).

61. El 7 de noviembre de 1997, el Sr. Pey Casado presentó una Solicitud de arbitraje contra la República de Chile y, el 18 de marzo de 1998, Chile manifestó su oposición al registro de dicha solicitud, que no obstante fue registrada por el Secretario General del CIADI el 20 de abril de 1998.

62. El 24 de abril de 1998, el Dr. Garcés, representante del Sr. Pey Casado (Doc. C 24), se presentó ante el Ministerio de Asuntos Exteriores de España con el objeto de que se verificase si *“la comunicación a la Parte chilena de la renuncia formal del señor Víctor Pey a los beneficios del Convenio de doble Nacionalidad”* fue debidamente realizada, en otras palabras, si se confirmó a las autoridades chilenas que *“desde el 4 de junio de 1974, el señor Pey poseía exclusivamente la nacionalidad española”*. La carta relativa a esta solicitud fue remitida el 7 de julio de 1998 a las autoridades chilenas a través del Consulado de España en Santiago, y comunicada el 24 de julio por la Dirección de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile al Registro del Estado Civil chileno, en el cual un funcionario público dejó constancia, el 4 de agosto de 1998, de la renuncia del Sr. Pey Casado a su nacionalidad chilena y de su condición de extranjero. Además, hizo inscribir en su ficha índice que el Sr. Pey Casado era “extranjero” (ver el Decreto No. 597 del 14 de junio de 1984 – Reglamento de Extranjería; que confiere al Ministerio del Interior, según la Demandada, plenos poderes para determinar si una persona es extranjera en caso de duda).

III. CUESTIONES DE DERECHO

Competencia del Tribunal de Arbitraje y admisibilidad de las demandas:

Introducción

1. El 8 mayo de 2002, el Tribunal declaró que: “*Se debe recordar, en primer lugar, que para poder afirmar su competencia, el Tribunal de Arbitraje debe, ante todo, verificar que se cumplan las condiciones impuestas por el Convenio del CIADI y por el Tratado bilateral hispano-chileno y tener en cuenta que basta con el incumplimiento de tan sólo una de las condiciones para que el Tribunal resulte incompetente*”. (Decisión del 8 de mayo de 2002, para. 105).

Siendo así y, habida cuenta de las exposiciones y las conclusiones de las respectivas Partes y, principalmente, de las alegaciones presentadas en mayo de 2003, la primera cuestión que debe examinarse es, evidentemente, la de la competencia del Tribunal de Arbitraje. Este asunto será analizado en 2 etapas sucesivas: 1. La competencia *rationae materiae*: cuestión de la inversión; y 2. La competencia *rationae personae*: cuestión de la nacionalidad de las Demandantes.

3. Conviene aclarar desde un principio que el Tribunal no está obligado a resolver en su totalidad las numerosas cuestiones de hecho o de derecho que han sido planteadas y debatidas por las Partes en el curso de un procedimiento excepcionalmente prolongado, sino que, en lo que atañe a la competencia, es suficiente con que falte una de las condiciones requeridas para que el Tribunal de Arbitraje declare que carece de competencia y se abstenga desde ese preciso instante de pronunciarse sobre cualquier otra cuestión preliminar o de fondo del litigio.

CONFIDENCIAL

4. A título preliminar, conviene recordar que comúnmente incumbe a cada Parte probar los hechos y las circunstancias que cada una alega para luego concluir sus derechos. Tal y como lo dijo este Tribunal en mayo de 2002 en el párrafo 105: “*El principio general de derecho, que en particular se impone en el ámbito del procedimiento, judicial o arbitral, internacional, no es refutado por aquel según el cual la carga de la prueba recae en la Demandada (Actori incumbit probatio). Y es en virtud de este mismo principio que a la Demandada que eleva una excepción le incumbe probar los hechos que alega como soporte de su excepción puesto que, con relación a ella, se encuentra en la posición de una demandante (in excipiendo reus fit actor)*” (cf. Rosenn, [The Law and Practice of the International Court, 1920-1996, Third Edition] pág. 932).

“*Estas reglas generales de procedimiento se encuadran dentro del marco de un principio aún más general, válido en derecho tanto internacional como nacional, que es el de la buena fé, que obliga a las partes, según el caso, a colaborar en pro de la obtención y presentación de las pruebas, por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que la presentación de éstas fuere extremadamente difícil para la parte sobre la que recae esta tarea, como en el caso de que la prueba requerida fuese sobre un hecho negativo.*” Cabe recordar que “*al Tribunal de Arbitraje le compete velar por el respeto de estos principios y apreciar y, en caso de necesidad, resolver, las cuestiones de procedimiento*” (véase artículos 43 y 44 del Convenio de Washington y el Reglamento de Arbitraje del CIADI, artículo 34 y *passim*).” Decisión del 8 de mayo de 2002, párs. 105-106.

El presente laudo regresará más adelante sobre estas cuestiones de prueba y de procedimiento cuando así se amerite.

Capítulo I: La Inversión

A. La competencia *rationae materiae*: la cuestión de la inversión extranjera

5. Para que el Tribunal sea competente, es necesario que la diferencia se relacione con una inversión y, una vez que esto se resuelva afirmativamente, también se requiere

CONFIDENCIAL

que satisfaga las condiciones estipuladas en el Convenio de Washington y el Tratado bilateral hispano-chileno.

6. En mayo de 2002, el Tribunal constató que *“no se discute entre las Partes que una inversión extranjera debe realizarse de acuerdo con la legislación que en su momento se encontraba vigente en el Estado receptor o beneficiario”*. (Decisión del 8 de mayo de 2002 pár. 113).

7. El Tribunal consideró que *“si bien el Tribunal de Arbitraje estaría sin duda en condiciones de pronunciarse en este momento sobre ciertos aspectos de la diferencia relativa a la inversión cuya confiscación se alega en la solicitud de arbitraje, dichos aspectos forman parte de un conjunto de evidente complejidad, cuyos otros elementos no parecen suficientemente establecidos y no podrían aislarse o separarse de las otras facetas del problema sin inconvenientes”*. (pár. 118).

8. En la misma Decisión, el Tribunal, al decidir sobre la procedencia de unir las excepciones de incompetencia al fondo, concluyó que necesitaba información suplementaria y más precisa, *“en particular sobre la cuestión fundamental de la existencia de una inversión acorde con las exigencias planteadas por el Convenio CIADI y el Tratado bilateral hispano-chileno”* (pár. 119).

9. Como consecuencia y de conformidad con dicha decisión, ambas Partes expusieron por escrito y en forma oral, con mayor detenimiento y en detalle, sus respectivas tesis sobre la cuestión mencionada. Por lo tanto, el Tribunal cuenta con elementos necesarios para pronunciarse al respecto, y así procederá a hacerlo luego de examinar, en primer lugar, el caso del Sr. Pey Casado y, en segundo lugar, el de la Fundación Presidente Allende.

10. Ante todo es preciso analizar cuál es el concepto o la definición de inversión que adopta el Convenio de Washington de 1965 y, una vez hecho esto, preguntarse si la compra que realizó el Sr. Pey Casado de las acciones de la sociedad C.C.P. S.A.

CONFIDENCIAL

constituye realmente una inversión conforme a lo establecido en el Convenio del CIADI. También deberá resolverse la misma interrogante acerca de la compra de acciones de la sociedad C.C.P. S.A. efectuada por el Sr. Pey Casado, pero teniendo en cuenta al concepto de inversión del Acuerdo bilateral hispano-chileno de Promoción y Protección de Inversiones (APPI).

11. En este contexto, las Partes plantearon y discutieron una serie de cuestiones jurídicas, algunas veces complejas, entre las cuales podemos mencionar las siguientes: ¿El concepto de inversión implica un mero movimiento de capitales, o se refiere a una transferencia de capitales hacia Chile? ¿Cuál es el derecho aplicable a esa cuestión? ¿Cuáles son las exigencias del derecho interno del país beneficiario de la inversión? ¿Cuáles son los objetivos y el fin del Tratado bilateral? Las condiciones establecidas en dicho Tratado, ¿fueron cumplidas en este caso?

12. Si se admite que la diferencia versa realmente sobre una inversión, ¿puede considerarse que dicha inversión era extranjera con respecto a Chile? En la época en que el Sr. Pey Casado adquirió las acciones de la sociedad C.P.P. S.A., la legislación en vigor en el Estado receptor, ¿consideraba esta inversión como “extranjera”? El carácter de “extranjero” en el caso de una inversión, ¿está determinado por la nacionalidad del inversionista o por las divisas empleadas en la transacción o incluso por otros factores? ¿Cuál es el derecho que debe aplicarse a esta cuestión? La Decisión N° 24 del Acuerdo de Cartagena, que fue ampliamente discutida por las Partes, ¿se encontraba en vigor en Chile en el momento que se realizó la inversión aducida por el Sr. Pey Casado? ¿Era aplicada efectivamente? ¿Era aplicable a la inversión en C.P.P. S.A.? De no ser así, ¿cuál habría sido el régimen aplicable a dicha transacción? etc. etc. En su réplica del 23 de febrero de 2003 (página 55) y durante las audiencias del 5 y 7 de mayo de 2003, las Demandantes invocaron, a título subsidiario, la cláusula de la nación más favorecida del APPI hispano-chileno. Sostuvieron que los inversionistas belgas, suizos, franceses, austriacos o australianos en Chile, al igual que los chilenos en estos países, estarían exentos de la condición previa de “inversión extranjera” contemplada en el artículo 2(2) del APPI celebrado entre España y Chile (pruebas documentales C227 y C228):

CONFIDENCIAL

“Artículo 2.3. : “El presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen incluso antes de la entrada en vigor por inversionistas³ de una Parte Contratante en el territorio de la otra. No se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”.

En este punto del análisis, el Tribunal resalta que el artículo 2 del APPI suscrito entre Chile y España dispone:

“2. El presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra. No obstante, también beneficiará a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte Contratante, tuvieren la calidad de inversión extranjera.

3. No se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”.

Las Demandantes solicitaron asimismo acogerse a los beneficios del artículo 7.1 del APPI concertado entre Chile y Bélgica:

“Artículo 7.1: Normas Aplicables. 1. Cuando un asunto relativo a las inversiones esté regido a la vez por el presente Acuerdo y por la legislación nacional de una de las Partes Contratantes, o por convenios internacionales existentes o suscritos en el futuro por las Partes, los inversionistas de la otra Parte Contratante podrán hacer prevalecer las disposiciones que les sean más favorables”.

13. Por último, suponiendo que se reúnan todas las condiciones para que se trate de una inversión extranjera, permitiendo así al Sr. Pey Casado acogerse al Convenio de Washington y al Tratado bilateral hispano-chileno, dichas condiciones, ¿se cumplen también en lo que respecta a la Fundación Presidente Allende, a favor de la cual el Sr. Pey Casado cedió una parte de sus derechos?; en otras palabras, la Fundación Presidente Allende, ¿constituye un inversor de acuerdo con el derecho aplicable? ¿Cuál es el derecho aplicable a esta cuestión, derecho que no necesariamente es idéntico, *prima*

³ Artículo 1.2. «El término "inversiones" designa todo elemento de cualquier activo y todo aporte directo o indirecto en dinero, en especie o en servicios, invertido o reinvertido en un sector cualquiera de la actividad económica (...). Ninguna modificación de la forma jurídica en la que los haberes y los capitales hayan sido invertidos o reinvertidos afectará su calificación de inversión en el sentido del presente Acuerdo ».

CONFIDENCIAL

facie, al que se aplica a la validez de la cesión entre el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende?

Tales son las principales cuestiones que deben ser analizadas aquí, a la luz de las pretensiones y los argumentos respectivos de las Partes.

¿Propiedad del Sr. Pey Casado?

14. El Demandante, ¿puede acaso invocar su calidad de inversionista, es decir, la de propietario de bienes (o de una parte de los bienes) que fueron confiscados por el régimen militar a partir de octubre de 1973? *A esta pregunta fundamental, las Partes respondieron de manera opuesta luego de análisis escritos y orales extremadamente detallados, de los cuales será suficiente recordar sus puntos principales y resumir su contenido.*

15. Resulta superfluo, para los fines del análisis de la competencia del Tribunal, realizar una exposición pormenorizada de los numerosos argumentos esgrimidos por las Partes. En efecto, dichos argumentos han sido desarrollados a fondo y ciertamente con talento por los abogados de las Partes tras la Decisión del Tribunal de Arbitraje del 8 de mayo de 2002 de unir las objeciones a la competencia al fondo. Los mismos abogados podían y debían tener en cuenta la posibilidad de que el Tribunal de Arbitraje, en caso de declararse competente, procedería seguidamente a pronunciarse sobre el fondo; de allí lo detallado de sus argumentos. De ello se deduce que, por la naturaleza de las cosas, al menos una parte de los argumentos desarrollados por las Partes no tendría importancia ni pertinencia si el Tribunal se declarase incompetente. Más concretamente, si el Tribunal debiese concluir, en un caso hipotético, que la inversión realizada por el Sr. Pey Casado no reviste carácter de “extranjera”, poco importaría, en dicho contexto, resolver la cuestión de fondo, por ejemplo, el saber qué porcentaje de acciones de la sociedad C.P.P. S.A. habría adquirido el Demandante en la época en cuestión.

CONFIDENCIAL

Atento a esta observación liminar, cabe resumir las tesis que las Partes procedieron a formular en lo referente al tema de la existencia de una inversión.

16. Las Demandantes expusieron, en primer lugar, las circunstancias de hecho en las que el señor Darío Sainte-Marie habría vendido las acciones del Consorcio del que era propietario a través de la retención de casi la totalidad del capital accionario (93%) de la sociedad C.P.P. S.A., mientras que algunas acciones aisladas quedaron en poder de integrantes de su familia.

17. La situación fue resumida por el mismo Sr. Pey Casado durante las audiencias celebradas en mayo de 2003 en la ciudad de Washington, D.C. (ver Transcripción del 5 de mayo de 2003 de la audiencia en la página 69 y ss.). De acuerdo con lo expuesto por el Sr. Pey Casado, el Sr. Darío Sainte-Marie, un amigo de larga data, recurrió a él, cada vez más y poco a poco, como consejero y colaborador técnico, principalmente para desarrollar y expandir la empresa. A principios de 1972, el señor Sainte-Marie habría tomado la “decisión sorpresiva” de abandonar rápida y definitivamente el país (para instalarse en España) por razones estrictamente personales, aparentemente de índole familiar. Por este motivo, el Sr. Sainte-Marie pidió al Sr. Pey Casado que le comprase el diario, pedido al que este último accedió “*enseguida, en cuestión de unos pocos días*” y sin que el “*mecanismo de cesión de la empresa*” pudiese efectuarse de conformidad con los “*minuciosos procedimientos*” que suelen emplearse en el ámbito de los negocios.

18. Asimismo, el Sr. Pey Casado explicó cómo en vista de la imposibilidad que existe en Chile de crear una sociedad anónima con un solo miembro, él se había puesto de acuerdo con el señor Carrasco para que este último retuviese nominalmente el 1% del capital accionario y cómo había acordado con su amigo, el señor González, que le transferiría a éste un paquete de 20.000 acciones y, del mismo modo, pactó con el señor Venegas por 6.400 acciones. El Sr. Pey Casado, queriendo inicialmente consagrarse a la expansión y al desarrollo de la empresa, lo que llevaría a aumentar el valor de las acciones, luego de lo cual podría revender sus acciones y “*retomar lo antes posible sus actividades profesionales*” de empresario. Ofreció así un paquete de acciones de C.P.P.

CONFIDENCIAL

S.A. a los señores González y Venegas (y también una acción al señor Carrasco), quienes fueron inscritos en el libro de accionistas de la empresa C.P.P. S.A., pero “*reservando para sí los títulos y los traspasos en blanco, hasta que no se pudiese establecer con justicia el precio de la acción*”.

19. Es en este contexto y con estas intenciones que el Demandante declaró haber comprado las acciones del señor Darío Sainte-Marie en Portugal (en Estoril) y luego en Suiza (en Ginebra) hasta conseguir “la totalidad de las 40.000 acciones del Consorcio” antes de volver a Chile para dedicarse de lleno a mejorar el sistema de producción y de distribución de la sociedad C.P.P. y del diario “Clarín”, tareas que desempeñaba cuando sobrevino el golpe de Estado militar del 11 de septiembre de 1973. Más adelante volveremos sobre los distintos pagos que fueron realizados por el Sr. Pey Casado al anterior propietario, el Sr. Darío Sainte-Marie.

20. Por su parte, el Dr. Garcés, consejero jurídico principal de las Demandantes, destacó que, en el caso, se reunían todos los elementos de un contrato de compra de un diario (el perteneciente a la empresa C.P.P. S.A.): la definición de las dos partes, el acuerdo sobre el precio, el pago del precio y la entrega por parte del vendedor de los títulos de propiedad.

En su opinión, la Demandada intentó sin éxito establecer, basándose en ciertas declaraciones de los señores Venegas, González o Carrasco, la existencia de un contrato análogo o del pago de un precio por las acciones de las que, en cierto momento al menos, pretendieron ser propietarios.

21. Según las Demandantes, la transacción entre los señores Darío Sainte-Marie y V. Pey Casado se llevó a cabo en dos etapas, la primera concertada en Estoril (Portugal) el 13 de mayo de 1972 (con referencia a la facultad del comprador de pagar parte en forma de renta vitalicia) y la segunda celebrada el 2 de octubre en Ginebra (en la cual el comprador optó por pagar la totalidad del precio). Entre estas dos fechas (esto es, en

CONFIDENCIAL

agosto - septiembre de 1972) se habrían emitido los nuevos títulos de propiedad a nombre de los señores González y Venegas.

22. Asimismo, cabe advertir que, según la Demandante, los señores González, Venegas y Carrasco, serían “accionistas delegados”, de la misma manera que, con anterioridad, el señor Darío Sainte-Marie, ejerciendo el control de la sociedad y siendo el “dueño absoluto del diario Clarín”, habría hecho inscribir en el libro de accionistas a sus hermanos, su cuñado, su suegra, por el mismo sistema⁴ de cesión de títulos con los traspasos en blanco sin firma y sin testigos (y también sin pago de impuestos). Según el Dr. Garcés, “el señor Pey había actuado de igual forma” con respecto a los señores Venegas, Carrasco y González, quedándose en poder de los nuevos títulos con traspasos en blanco y sin testigos. Esto habría constituido una práctica habitual en la época, principalmente en sociedades de mediana envergadura controladas por una sola persona.

23. Las tesis formuladas por la Demandada en lo concerniente al requisito de la inversión, y, ante todo, a la cuestión de la propiedad que invoca el Sr. Pey Casado con respecto a las acciones de la sociedad C.P.P. pueden resumirse de la siguiente manera: a la luz de los escritos producidos en el caso y, en particular, los alegatos presentados en mayo de 2003 en los cuales los abogados de la República de Chile, sin reiterar todos sus argumentos precedentes, se propusieron “reexaminar y aclarar” sus argumentos principales.

24. Como lo expusiera claramente el Dr. Goodman, abogado de la Demandada, la cuestión de la propiedad de las acciones de CPP es a la vez una cuestión de fondo y de competencia, y es a este último aspecto al que, tal como lo dijimos, debe consagrarse el presente análisis en primer lugar.

⁴ Dado que la Demandada no pudo producir el Libro de Accionistas de C.P.P. S.A., las Demandantes no habrían tenido modo de verificar las condiciones precisas en las que se llevaron a cabo los acuerdos entre el Sr. Darío Sainte-Marie y los integrantes de su familia más allá de lo que había declarado al respecto el Sr. Osvaldo Sainte-Marie el 8 de octubre de 1975 (documento C113, páginas 31 y ss.).

CONFIDENCIAL

25. De acuerdo con la Demandada, “*en vista de que el señor Pey Casado nunca compró o fue propietario de las acciones de C.P.P.*”, no podría haber una inversión conforme a lo dispuesto en el Tratado bilateral suscrito entre Chile y España o en el Convenio del CIADI y, en opinión de la Demandada, no existiría prueba alguna de que el Sr. Pey Casado habría sido propietario de siquiera una acción de C.P.P. Asimismo, los tratados aplicables sólo rigen las “*inversiones hechas por nacionales de otros Estados contratantes*”, sin embargo “*el señor Pey también gozaba de la nacionalidad chilena (que incluso era su ‘nacionalidad efectiva y dominante’ en 1972, año en el que supuestamente habría realizado la adquisición, en dos fechas claves para el Convenio del CIADI)*”. Por último, el Tratado bilateral de inversiones hispano-chileno, al haber entrado en vigor el 29 de marzo de 1994, no podría aplicarse retroactivamente a actos realizados por el Gobierno chileno en 1973.

26. En lo referente a la cuestión de la propiedad de las acciones, el abogado de la República de Chile, el Dr. Di Rosa, expuso un estudio detallado de las circunstancias de los acuerdos que supuestamente se habrían firmado en Estoril y Ginebra entre el Sr. Darío Sainte-Marie y el Sr. Pey Casado y, sobre todo, del texto de los documentos producidos al respecto. En dicho análisis, se puso de relieve la forma de los contratos, o, en su defecto, y sobre los términos empleados y la interpretación literal.

27. En cuanto al tema que le compete, el del examen de la competencia, el Tribunal de Arbitraje estima que no es necesario recurrir a este tipo de análisis y de crítica literal. El propósito y la función de la interpretación es revelar la verdadera intención de ambas Partes, teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias, sin detenerse en cuestiones de forma y en el empleo más o menos feliz u oportuno que las Partes hicieran de tal o cual término tomado en particular.

28. Ahora bien, resulta evidente, en la opinión del Tribunal de Arbitraje, que del conjunto de las circunstancias, de la conducta de las Partes interesadas y, principalmente, de la entrega de títulos realizada por el Sr. Darío Sainte-Marie y de los pagos efectuados

CONFIDENCIAL

por el Sr. Pey Casado, surge que la voluntad real de las Partes fue sin duda proceder a la compraventa de la participación del vendedor en la sociedad C.P.P.

29. Poco importa al respecto que el Sr. Pey Casado haya tenido la intención de adquirir dichos títulos para conservarlos o para revenderlos al cabo de cierto tiempo. Y su supuesto carácter de “mandatario”, tal como fuera invocado por la Demandada, no pudo establecerse en modo alguno ni tampoco probarse con verosimilitud.

30. Se ve entonces el Tribunal de Arbitraje obligado a constatar que las explicaciones presentadas ante el mismo por el Sr. Pey Casado en persona en lo que respecta a las circunstancias en las que se celebraron los acuerdos sobre la cesión de acciones de la sociedad C.P.P. resultan ser más verosímiles que las explicaciones ofrecidas al respecto por la Demandada, en especial en lo concerniente al papel que desempeñaron los señores González, Venegas y Carrasco, cuyos testimonios así como la función exacta que asumieron en las oscuras circunstancias de la época en cuestión suscitan, por decir lo menos, bastantes dudas e interrogantes en las que resulta superfluo ahondar aquí.

31. Si, como se adujo en su momento, el señor Pey Casado nunca hubiese adquirido la propiedad de las acciones de C.P.P. o los derechos de la sociedad EPC Ltda., muy difícilmente podrían explicarse varios de los hechos establecidos en el procedimiento, en particular los pagos efectuados por el mencionado Demandante. Y, menos aún podrían explicarse las confiscaciones de las que fuera objeto el Demandante por parte de las autoridades chilenas. Todo esto sin incluso mencionar algunos actos de diversas autoridades chilenas que reconocen, según las Demandantes, la propiedad y los derechos del señor Pey (cf. Transcripción de la audiencia, en especial, páginas 136 y ss. y pássim); cabe citar aquí, por ejemplo, el Memorándum de 1975 (prueba documental C8, Anexo 20 de la Solicitud de arbitraje, distintos documentos de los organismos fiscales chilenos, como los documentos del anexo C49 y documentos tales como los anexos C41 y C43). De varios actos de las autoridades chilenas, ya sean administrativas, fiscales o judiciales, se deduce que la propiedad del señor Pey Casado fue plenamente reconocida y, por ende, no puede ser de manera seria puesta en duda con certeza, sin que sea incluso necesario

CONFIDENCIAL

recurrir al principio general del Derecho denominado estoppel (*non venire contra factum proprium*). En cambio, lo que se objetó fue que dicha titularidad revistiera carácter de “inversión extranjera” conforme a lo dispuesto en los textos aplicables, cuestión a evaluar a continuación.

¿Existió una inversión extranjera?

32. incumbe ahora al Tribunal establecer su propia postura al respecto y decidir, a la luz de las exposiciones de las Partes, si el mencionado requisito se cumple en el presente caso.

33. En ninguna parte del Convenio se brinda una definición del concepto de inversión. Su historia revela que, en la época de su elaboración, se hicieron diversos intentos, pero no pudo llegarse a ningún acuerdo. Es así como, según el Comentario del Profesor Schreuer (del artículo 25, publicado en *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* vol. 11, No. 2 Fall 1996, páginas 318, 355 y *pássim*), se propuso definir el mencionado concepto como "*any contribution of money or other assets of economic value for an indefinite period, or, if the period be defined, for not less than 5 years*". De acuerdo con una definición sugerida por la Secretaría del Comité jurídico, el término inversión significaba: "*the acquisition of 1) property rights or contractual rights (including right under a concession) for the establishment or the conduct of an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise; 2) participation or share in any such enterprise; or 3) financial obligation of a public or private entity other than an obligation arising out of short-term banking or credit facilities*" (Schreuer, página 356). Finalmente, se convino que: "*the precise delimitation of the Centre's jurisdiction was best left to the Parties*" y, de todos modos, si resultaba difícil definir el término, "*an investment was in fact readily recognisable*" (*ibídem*, página 357). Así mismo, en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco se concluyó que, en vista del requisito fundamental del consentimiento de las Partes, no era preciso dar una definición.

CONFIDENCIAL

34. Esta ausencia de definición permitió —según un comentarista autorizado (G. Delaume, ICSID Arbitration, in JDM Law, *Contemporary problems in international arbitration*, 23, página 26)— al Convenio del CIADI "*to accommodate both traditional types of investment in the form of capital contributions and new types of investment, including service contracts and transfer of technology*".

La jurisprudencia del Centro contempla una gran variedad de casos o tipos de inversión que se relacionan tanto con la explotación de recursos naturales como con inversiones industriales o el desarrollo de instalaciones turísticas o urbanas, construcciones de fábricas que transfieren tecnologías en los ámbitos más diversos, contratos de gestión, de cooperación técnica o de licencia, etc. etc. (cf. Moshe Hirsch: *The Arbitration mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, 1993, página 61). Los comentaristas más renombrados concuerdan, pues, en que el concepto de inversión del Convenio debe interpretarse de manera amplia.

35. Sin embargo, de la práctica puede extraerse cierto número de criterios tanto generales como típicos de operaciones que conforman inversiones. Uno de estos criterios es, evidentemente, una cierta duración de la relación, al menos según las intenciones de las Partes. Otro criterio es el de una cierta "*regularity of profit and returns*", al menos de acuerdo con las expectativas de las Partes, siendo igualmente importante la idea de riesgo para las Partes (cf. Schreuer, página 372). También se considera en general que los compromisos asumidos deben ser sustanciales y que la operación debería aportar una contribución al Estado beneficiario de la inversión.

36. A modo de ejemplo de las tendencias de la jurisprudencia y la doctrina podemos citar el análisis propuesto recientemente por un tribunal arbitral del CIADI en el caso *Salini Costruttori e Italstrade c. Marruecos* (Rivista dell'Arbitrato 2002-2 381 página 391). La decisión recuerda que la existencia de una inversión es una condición objetiva para determinar la competencia del CIADI, así como el consentimiento de las dos Partes y estos dos requisitos son analizados por el Tribunal tanto desde el punto de vista del Convenio del CIADI como del Tratado bilateral en cuestión (página 390). El Tribunal concluyó que, en ese caso, existía una inversión (en know-how, personal y equipo), que el acuerdo había sido celebrado por un determinado término, que el inversionista había asumido diversos riesgos

CONFIDENCIAL

y, por último, que el proyecto, que consistía en la construcción de una autopista, aportaba una contribución significativa al desarrollo de Marruecos. Se invocará también la decisión *Alcoa Minerals c. Jamaica* (*VI Yearbook of Commercial Arbitration* 1979, 206), de 1975, decisión según la cual estos criterios son interdependientes y deben ser considerados como un todo, incluso si el análisis jurídico recurre a un examen individual por cuestiones de razonamiento.

37. Es interesante observar que en la mencionada decisión *Salini*, el Tribunal de Arbitraje señala que los criterios que permiten definir una inversión aparecen tal vez con más claridad en las decisiones de incompetencia (ya que emanan de un tribunal de arbitraje o de la negativa del Secretario General del CIADI de registrar una solicitud — *Aegian Express c. Greater Colombo Economic Commission*, relatado por Hirsch, op. cit. página 59-60. Véase también Shihata-Parra, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 1999-2, 299, y 308) que en las decisiones en las que se admite la competencia del Centro.

38. Sobre la base de los criterios enumerados anteriormente, ¿puede considerarse al señor Pey Casado como “inversionista” de acuerdo con el Convenio? La respuesta a este interrogante, se ve afectada por el hecho de que la operación que realizó el señor Pey Casado se habría limitado a la adquisición de una entidad de producción ya existente (la sociedad C.P.P. S.A.) o ¿habría al contrario incluido el aporte de contribuciones suplementarias? Cabe preguntarse si la presidencia del Consejo de Administración y las competencias técnicas al servicio de la sociedad C.P.P. S.A. no representaron también una contribución y una inversión.

39. En el Memorial del 17 de marzo de 1999 las Demandantes precisaron que:

“3.1.5. Tras la compra de la totalidad de las acciones de C.P.P. S.A., el inversionista español aportó a las dos empresas su considerable know-how, tanto en el plano profesional como en su calidad de empresario, adoptando medidas tendientes a multiplicar la productividad y la competitividad de las compañías. Entre otras medidas, con la ayuda financiera de la ADI (International Development Agency, del Gobierno de los Estados Unidos), importó e instaló una

CONFIDENCIAL

segunda rotativa de prensa de gran potencia —de marca GOSS— con capacidad para editar el diario en tres horas y dedicar así el resto del tiempo (al igual que la otra rotativa de prensa) a publicaciones comerciales rentables (revistas, libros, periódicos de terceros, etc.).

3.1.6. La puesta en funcionamiento de la rotativa de prensa GOSS programada para fines de septiembre de 1973 permitiría diversificar la producción de EPC Ltda. acrecentando así sus utilidades netas en más del 100% anual”. (Memoria del 17 de marzo de 1999, p. 78) Véase también al respecto un informe de la Comisión de Aplicación del Decreto-Ley No. 77 fechado el 29 de octubre de 1974 por el Delegado de la Junta Militar ante las empresas C.P.P. S.A. y EPC Ltda.”

La presidencia del Consejo de Administración en la sociedad C.P.P. S.A. y las competencias técnicas representaron también una contribución de gran valor y eficacia según los testimonios de los señores Darío y Osvaldo Sainte-Marie (pruebas documentales C156-159; C113).

40. La operación alegada y establecida por el procedimiento puede ser considerada, en opinión del Tribunal de Arbitraje, como una inversión “clásica”. En tanto se trata de la compra de un medio de producción según los criterios resumidos anteriormente, los actos del señor Pey Casado se ajustan a la definición de inversión generalmente aceptada. En primer lugar, su compromiso financiero era sustancial, ya que había invertido más de un millón de dólares en la adquisición de la empresa editora del diario Clarín, lo que, en 1972, (en especial en un país en desarrollo) era indiscutiblemente una contribución importante. Sin lugar a dudas, también estaba presente el elemento del riesgo al haberse convertido prácticamente en el único propietario de la editorial, el señor Pey Casado debía, a ese título, asumir la responsabilidad ilimitada en cuanto a las eventuales pérdidas y beneficios. El componente de duración estaba igualmente presente al tratarse de una editorial que desempeñaba una actividad continuada. Por último, podemos considerar que la adquisición de una empresa editorial (con su modernización y los adelantos técnicos introducidos por el señor Pey Casado, según sus propias declaraciones) contribuían al desarrollo económico, social y cultural del país beneficiario.

CONFIDENCIAL

41. En conclusión, el Tribunal de Arbitraje estima que, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio del CIADI, la adquisición de la sociedad C.P.P. S.A. y del diario Clarín que el señor Pey Casado alegó haber realizado debe ser considerada como una inversión.

Aplicación al presente caso

42. No obstante, queda por examinar si, en el presente caso, se satisfacen los criterios particulares convenidos por las Partes y, más precisamente, por el Acuerdo bilateral hispano-chileno de 1991 (que entró en vigor el 29 de marzo de 1994, en adelante “APPI”). En el artículo 1 (2) del Tratado, el término inversión se define como *“todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular...: acciones y otras formas de participación en sociedades”*.

43. Esta definición es muy amplia, ya que engloba “todo tipo de haberes”, pero impone la condición de que las inversiones deben haberse hecho o adquirido “de acuerdo con la legislación del país receptor”.

En el presente caso, la Parte chilena objeta la existencia de este acuerdo y sostiene que su derecho interno no fue respetado. Según la misma, Chile nunca aceptó que las transacciones invocadas en el caso por las Demandantes sean consideradas como inversiones y, por lo tanto, concluyó que no se cumplen los requisitos del Tratado bilateral (Memorial de incompetencia, pár. 3.2.1.2). Más precisamente, la Demandada considera, en primer lugar, que los actos realizados por las Partes Demandantes no conforman “la transferencia de capitales” que exige el derecho nacional aplicable. Además, estima que las “inversiones” alegadas por las mismas no podrían de todos modos ser consideradas como “extranjeras” según la legislación del país receptor, es decir, Chile.

Estas son las dos condiciones que es preciso analizar antes de comprobar, llegada la circunstancia, si fueron cumplidas en el caso.

CONFIDENCIAL

44. ¿Es necesario que se realice una transferencia de capitales hacia Chile? La Demandada responde afirmativamente a esta pregunta, subrayando por un lado que se trata de un requisito fundamental conforme a la legislación chilena aplicable en esa época y basándose, por otro lado, en la finalidad del Tratado bilateral de promoción y protección de inversiones.

45. A fin de demostrar que dicha condición constituye una parte integral del orden jurídico chileno, la Demandada se fundó en diversos ejemplos de su legislación, principalmente en el artículo 14 de un Decreto No. 1272 – 1961 (que se refiere a “personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que transfieran a Chile capitales en divisas extranjeras”), en el artículo 1 de un Estatuto de los inversionistas (DFL 258 – 1960) que concierne a las “personas que aporten al país nuevos capitales, provenientes del exterior...”, así como en la Decisión No. 24 del Acuerdo de Cartagena sobre “los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o empresas extranjeras...” y, por último, en un Decreto-Ley No. 600 –1974 que define las inversiones extranjeras como “los aportes provenientes del exterior...” (véase Memorial de incompetencia de Chile, pár. 3.2.2.4 al 7 y anexos 16 al 18). La Demandada reconoce que algunos de estos textos tal vez no pueden aplicarse directamente al caso; sin embargo, confirma que la exigencia de la transferencia de capitales caracteriza a la legislación del país receptor.

46. La Demandada invoca que las Demandantes mencionaron que la transferencia de capitales se formalizó en Europa (Réplica pár. 3.3.8.1), lo que implicaría reconocer que no medió ninguna transferencia de capitales a Chile. A esto las Demandantes responden que “*es evidente que el Sr. Sainte-Marie desinvertió sin retirar de Chile ningún bien de C.P.P. S.A. Lo que demuestra que en la compra de CPP S.A. ha habido un aporte de capital extranjero a la economía chilena*” (Contestación, pár. 4.9.6.1). Asimismo, destacan que “*la inversión se refiere a activos que se encuentran en el territorio del Estado receptor*” (Dúplica, página 30).

CONFIDENCIAL

47. En apoyo de la tesis según la cual la transferencia de capitales sería un requisito indispensable para el Acuerdo bilateral, la Parte chilena invoca también las “reuniones técnicas” celebradas en Madrid entre representantes chilenos y españoles a fines de septiembre y a principios de octubre de 1998; es decir, cabe destacar, mientras el presente arbitraje estaba pendiente (el registro de la Solicitud había tenido lugar el 20 de abril de 1998). Dicha circunstancia así como el carácter “técnico” de las reuniones no permiten al Tribunal de Arbitraje atribuir un valor particular a la interpretación que habría sido admitida por los dos Estados en el curso de ese encuentro de la expresión “inversión”, la cual hacía “referencia a la transferencia de capitales hacia el país receptor de la inversión” y suponía “una entrada de activos en el territorio de la parte contratante receptora de la inversión”. Parece preferible, al realizar una abstracción de dichas “reuniones técnicas” hispano-chilenas, buscar la interpretación correcta de las disposiciones del Tratado bilateral en cuanto a la inversión, haciendo uso para ello de los principios generales de interpretación reconocidos principalmente por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Convención cuya aplicación a esta diferencia a sido largamente debatida entre las Partes durante el presente arbitraje.

48. Basta al respecto determinar lo siguiente: la intención común de las Partes del Tratado bilateral APPI fue claramente la de crear condiciones favorables a la inversión (un concepto que con frecuencia es definido, sea dicho de paso, como un gasto destinado a una adquisición capaz de producir ganancias; (cf. *Black's Law Dictionary* 6th edition, "Investment: an expenditure to acquire property or other assets in order to produce revenue"). Este es, en general, el propósito de todos los tratados bilaterales de inversión, cuyo objetivo principal es impulsar la promoción y la protección de inversiones extranjeras, asegurarles un trato equitativo y justo a los inversionistas extranjeros y fomentar el libre comercio (véase por ejemplo R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*; y P. B. Gann, *US Bilateral Investment Treaty Program*, Stanford Journal of International Law, vol. XXI, Issue 1, 1985, 373).

49. En defensa de sus tesis, la Demandada fundó su argumento principalmente en el Preámbulo del Tratado bilateral, que efectivamente hace alusión a la transferencia de

CONFIDENCIAL

capitales, a lo que las Demandantes respondieron, en sustancia, que en el ámbito de la interpretación debía atribuirse más valor al texto mismo de las disposiciones del Tratado y a la realidad económica que a la interpretación estricta de un preámbulo.

50. Al respecto, cabe señalar que el cuerpo mismo del Tratado bilateral no menciona la transferencia de capitales y que el artículo 1 brinda o ilustra un concepto muy amplio del término inversión. No se podrían emplear entonces en este caso, sobre todo y por una cuestión de prioridad, los términos de un preámbulo —cuya función y objetivo es indicar una filosofía general así como las intenciones de las Partes— a fin de contradecir la interpretación razonable que impondrían las normas mismas del Tratado. (ver artículos 31 y 32 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969)

51. Así fue como lo declarara el juez Anzilotti en su Opinión individual en el caso del *Régimen Aduanero austro-alemán*:

*"C'est un principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétation ainsi donnée ne conduise à des resultants déraisonnables ou absurdes"*⁵ (Opinión consultiva No. 20, 5 de septiembre de 1931 C.P.J.I. serie A-B No. 41 1931 – corresponde concederle primacía al sentido usual y común de los términos elegidos por las Partes.

Este principio fue desarrollado como sigue en una Opinión consultiva posterior de la Corte Internacional de Justicia:

“La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturelle et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte. Si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là. En revanche, si les mots, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, sont équivoque ou conduisent à des résultats déraisonnables, c'est alors – et alors seulement – que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand elles se

⁵ El texto en inglés dice lo siguiente: “It is a fundamental rule of interpretation that words must be given the ordinary meaning which they bear in the context unless such an interpretation leads to unreasonable or absurd result”.

CONFIDENCIAL

sont servies des mots dont il s'agit"⁶. (Cuestión relativa a la competencia de la Asamblea General de Naciones Unidas para admitir a un Estado en las Naciones Unidas, Opinión consultiva del 3 de marzo de 1950, CIJ Recueil, 1950, página 8).

Finalmente la Corte precisó, en 1975, que la carga de la prueba recae sobre la Parte interesada, la cual debe demostrar que:

"C'est au Maroc qu'il incombe de démontrer de façon convaincante que le terme avait le sens spécial qu'il lui attribue".⁷(*Sahara occidental*, Opinión consultiva del 16 octubre de 1975, CIJ Recueil 1975, página 53).

52. En el presente caso, el sentido común de los términos se encuentra de conformidad con la interpretación más amplia sostenida por las Demandantes, según las cuales las operaciones efectuadas por el señor Pey Casado entran en el concepto generalmente reconocido de “inversión”. Este concluyó la transacción alegada de la compra de los medios de producción de una empresa editorial, con el objeto de derivar beneficios financieros de dicha adquisición. Asimismo, el concepto mismo de “transferencia de capitales” no implica necesariamente la entrada de capitales en el territorio de un país determinado.

53. Destacaremos, antes de proseguir, que en el curso del procedimiento oral y en respuesta a las preguntas del Tribunal, las Partes intentaron explicar la diferencia que podría suscitarse entre los conceptos de "movimiento de capitales" y de "transferencia de capitales". Según las Demandantes, el concepto de “transferencia de capitales” tendría como fin el garantizar que los valores invertidos puedan ser retirados del país beneficiario, mientras que el “movimiento de capitales” abarcaría la entrada de capitales internacionales en un país determinado. Según la Demandada, sería preciso distinguir

⁶ El texto en inglés dice lo siguiente: “*The Court considers it necessary to say that the first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty, is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur. If the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end of the matter. If, on the other hand, the words in their natural and ordinary meaning are ambiguous or lead to an unreasonable result, then, and then only, must the Court, by resort to other methods of interpretation, seek to ascertain what the parties really did mean when they used the words.*”

⁷ El texto en inglés dice lo siguiente: “*It is for Morocco to demonstrate convincingly the use of the term with that special meaning.*”

CONFIDENCIAL

entre el concepto de “transferencia de capitales” que se desprende del Preámbulo del Tratado bilateral y aquél que se define en el artículo 6 del Tratado, en el cual se lo considera como una “transferencia de beneficios”. La diferencia alegada no ha sido verdaderamente explicada y mucho menos probada con suficiente claridad o precisión para que se le pueda admitir en la presente.

54. Como conclusión de este punto, el Tribunal de Arbitraje estima que la interpretación propuesta por la Demandada, según la cual el Tratado exigiría la transferencia física de capitales del exterior al interior del Chile no es convincente teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias del presente caso. Es preferible optar por una interpretación amplia y abierta del término inversión conforme a una tendencia que impera en los tratados bilaterales sobre el tema (tendencia que reúne por otra parte el espíritu, indicado más arriba del Convenio CIADI), que es la de asegurar una cierta flexibilidad en la aplicación del Tratado (cf. R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1995, página 56). Esta tendencia generalizada se comprueba también en el terreno regional de América Latina. Como escribe A. Escobar (*Introductory Note on Bilateral Treaties recently concluded by Latin American States*, in vol.11 No. 1 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Spring 1996, página 87): “*The definitions of investment found in the BIT's here reproduced are broad and non-exhaustive. The most common formulation is that investment means, or comprises, "every kind of asset". Invariably, such a formulation is followed by a non-exhaustive list of what the definition includes as investment. These definitions reflect the consistent pattern of recent treaty practice*”. El mismo autor señala, acertadamente, que si las Partes del Tratado bilateral hubiesen deseado restringir la libertad de los interesados a través de condiciones específicas, no habrían omitido expresarlas, como pudieron hacerlo fácilmente en otras ocasiones y así lo hicieron.

55. Este análisis ha sido perfectamente confirmado por la práctica del CIADI y, sobre todo, por la jurisprudencia, como lo evidencia una importante decisión clave dictada bajo la presidencia del Profesor F. Orrego Vicuña, en el caso *Fedax N.V. c. República de Venezuela* (caso No. ARB-96-3, Decisión del Tribunal sobre las objeciones a la

CONFIDENCIAL

jurisdicción, 11 de julio de 1997, 5 ICSID Reports 183). Esta decisión es de particular interés para el caso, tanto en lo que concierne al concepto de “inversión extranjera” (y el de “inversión extranjera directa”) como en lo referente a la cuestión de una posible condición de “transferencia de fondos al territorio del Estado receptor de la inversión”. Cabe citar aquí algunas de las partes pertinentes de dicha decisión de gran relevancia:

"The Republic of Venezuela has made the argument that the disputed transaction is not a "direct foreign investment" and therefore could not qualify as an investment under the Convention" (No. 24).

Y el Tribunal destaca *"the broad reach that the term investment must be given in light of the negotiated history of the Convention"*. A continuación, (No. 25), el Tribunal observa que:

"Precisely because the term investment has been broadly understood in the ICSID practice and decisions, as well as in scholarly writings, it has never before been a major source of contention before ICSID tribunals. This is the first ICSID case in which jurisdiction of the Centre has been objected to on the ground that the underlying transaction does not meet the requirements of an investment under the Convention. On prior occasions ICSID tribunals have examined on their own initiative the question whether an investment was involved..."

El Tribunal también recalca *"the broad scope of Article 25 (1) of the Convention and the ensuring ICSID practice and decisions"* (No. 29).

56. Ese Tribunal procede a examinar luego las disposiciones del Acuerdo bilateral invocado, que constituye *"the specific bilateral investment treaty governing the consent to arbitration"* y, sobre la base de la definición brindada por las Partes en el artículo 1, el Tribunal concluye que la misma demuestra que *"the Contracting Parties to the Agreement intended a very broad meaning for the term investment"*. El Tribunal advierte incluso (No. 34) que *"a broad definition of investment such as that included in the Agreement is not at all an exceptional situation. On the contrary, most contemporary bilateral treaties of this kind refer to "every kind of asset" or to "all assets",... This broad approach has also become the standard policy of major economic groupings such as the*

CONFIDENCIAL

European communities" (de la cual formaba parte el Reino de los Países Bajos, país del inversionista —al igual que sucede en este caso con el Reino de España).

57. En lo referente a la cuestión aquí controvertida de la transferencia de capitales, merece igualmente citarse la misma decisión del caso *Fedax N.V. c. Venezuela*: la República de Venezuela sostenía que la Demandante Fedax N.V. no podía pretender revestir el carácter de inversionista "*because it has not made any investment in the territory of Venezuela*" y este es el mismo argumento que esgrime en el procedimiento la Parte chilena. A este argumento, el Tribunal de Arbitraje respondió lo siguiente: (No. 41):

"While it is true that in some kinds of investments listed under Article 1 (a) of the Agreement, such as the acquisition of interest in immovable property, companies and the like, a transfer of funds or value will be made into the territory of the host country, this does not necessarily happen in a number of other types of investments, particularly those of a financial nature. It is a standard feature of many international financial transactions that the funds involved are not physically transferred to the territory of the beneficiary, but put at its disposal elsewhere..."

58. Estas consideraciones y confirmaciones generales se aplican también al presente caso. Además, no es evidente que la inversión alegada por el señor Pey Casado se limite sólo al pago de sumas de dinero que éste, fuera de Chile, hizo transferir al señor Darío Sainte-Marie, si se tienen en cuenta las responsabilidades de orden técnico y comercial que asumió el Demandante en calidad de propietario o accionista mayoritario de C.P.P. S.A., presidente del consejo de administración, etc., así como el trabajo personal que puso al servicio de la puesta en ejecución de sus proyectos de desarrollo para la empresa.

Por último, la idea de que una inversión extranjera implicaría siempre y necesariamente una transferencia de fondos del exterior al territorio del Estado receptor resulta incompatible con el amplísimo concepto y la flexibilidad del término inversión — como se vio anteriormente— tanto en el Convenio del CIADI como en la práctica general de los tratados bilaterales de inversión.

CONFIDENCIAL

59. Las Demandantes habían asimismo invocado la cláusula de la nación más favorecida del APPI suscrito entre España y Chile en relación con la definición del término “inversión” en el APPI celebrado entre Chile y Bélgica:

“Artículo 1.2: “*El término "inversiones" designa todo elemento de cualquier activo y todo aporte directo o indirecto en dinero, en especie o en servicios, invertido o reinvertido en un sector cualquiera de la actividad económica (...). Ninguna modificación de la forma jurídica en la que los haberes y los capitales hayan sido invertidos o reinvertidos afectará su calificación de inversión en el sentido del presente Acuerdo*”. (Documento C228).

En el APPI chileno-australiano, puede leerse lo que sigue:

“*Article 1.2:*

“(2) *"investor" means :*

(a) *a natural person from one Contracting Party which owns or effectively controls an investment in the territory of the other Contracting Party where that natural person is a citizen or permanent resident, according to the law of that Contracting Party;*

(b) *a legal entity from one Contracting Party which owns or effectively controls an investment in the territory of the other Contracting Party, if that legal entity, including companies, corporations, business associations and other legally recognized entities, regardless of whether or not the entity is organized for pecuniary gain, is legally constituted or otherwise duly organized under the law of that Contracting Party and carries on business in the territory of that same Contracting Party.*” (Documento C234)

No se ven, en los acuerdos bilaterales citados, elementos susceptibles de afectar las consideraciones que preceden.

60. Queda por preguntarse, en vista de las tesis opuestas de las Partes al respecto, lo siguiente: (a) si la inversión del señor Pey Casado puede calificarse de extranjera y (b) si se realizó conforme a la legislación del país receptor o no.

El artículo 1 del Tratado bilateral hispano-chileno sobre inversiones dispone, como se citó más arriba, que "*por inversiones se designa todo tipo de haberes, tales como*

CONFIDENCIAL

bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión...".

61. Las Demandantes admiten la condición según la cual “una inversión extranjera”, para ser reputada como tal, debe serlo conforme al derecho chileno (“Memorial, pár. 4.3.12.3, página 24), pero consideran que, en la época en que se realizó la inversión, y en ausencia de una definición exacta de inversión extranjera en Chile, procede juzgar por aplicable, en ese entonces y en la actualidad, la definición del artículo 1° del APPI hispano-chileno. Piensan, igualmente, que, en el régimen jurídico vigente en Chile en 1972, el carácter de extranjera de una inversión se derivaba de la procedencia exterior, es decir, extranjera, de los recursos financieros en cuestión (Memorial, página 32, Memorial sobre la competencia y el fondo, páginas 70-72). A título subsidiario, invocaron la cláusula de la nación más favorecida en cuanto a la definición de la inversión extranjera en los artículos 2.3 y 7.1 del APPI en vigor entre Chile y Bélgica (cf. pár. 12 supra y prueba documental C228).

Por su parte, la Demandada sostiene que la naturaleza extranjera de una inversión se define por la nacionalidad del inversionista. Si el Tribunal de Arbitraje admitiera esta tesis, convendría entonces interrumpir aquí el análisis y remitir toda decisión sobre esta naturaleza al capítulo posterior, consagrado a la nacionalidad del Demandante. En cambio, y para mayor seguridad, es preferible examinar más adelante la argumentación del Demandante.

62. En mayo de 2002, el Tribunal de Arbitraje observó que *“no se discute entre las Partes que una inversión extranjera deba realizarse de acuerdo con la legislación que en su momento se encontraba vigente en el Estado receptor o beneficiario...”* (Decisión del 8 de mayo de 2002, pár. 113). Sin embargo, las Partes discrepan en lo que concierne al contenido del derecho aplicable en esa época.

En su “Réplica” del 23 de febrero de 2003 y durante las audiencias del 5 al 7 de mayo de 2003, las Demandantes invocaron la cláusula de la nación más favorecida del

CONFIDENCIAL

APPI entre España y Chile en relación con la definición de inversión en el APPI entre Chile y Bélgica (artículos 1.2; 2.3; 7.1; documento C228) y el APPI entre Chile y Australia (artículo 1.2 ; documento 234) (ver cuadro sinóptico de los APPI ratificados por Chile e invocados de conformidad con la cláusula de la nación más favorecida, documento C227). En el transcurso del procedimiento oral, las Partes debatieron largamente la cuestión del derecho aplicable, de la cláusula de la nación más favorecida, del contenido de la legislación chilena, y en particular de la pertinencia de la aplicación a este caso de la Decisión No. 24 de la Comisión de Cartagena, según la cual inversión extranjera es aquélla que ha sido realizada por un nacional extranjero.

63. El Decreto No. 482-1971 define a una inversión extranjera así: *Inversión extranjera directa: Los aportes del exterior, de propiedad de personas naturales extranjeras, al capital de una empresa, en monedas libremente convertibles, plantas industriales, maquinarias o equipos, con derecho a la reexportación de su valor y a la transferencia de utilidades al exterior”* Y al inversionista extranjero como siendo “*El propietario de una inversión extranjera directa”*.

Las Demandantes, como se verá, parecen haber admitido en una gran medida la pertinencia de la referida Decisión No. 24, mientras se oponen a su aplicabilidad en el presente caso.

64. Aunque probablemente parezca superfluo, a los fines de dictar una decisión sobre la competencia, resolver controversias entre las Partes sobre (a) el carácter extranjero de la inversión y (b) su sometimiento a la legislación aplicable, cabe examinar aquí en detalle, *ex abundante cautela*, los argumentos que las respectivas Partes esgrimen al respecto.

65. Las Demandantes sostienen, en primer lugar, que el contexto jurídico aplicable en la época de la inversión estaba conformado por una serie de leyes y decretos (en especial, el Decreto No. 258-1960 y la Ley No. 1272-1961) que definían como inversión extranjera aquélla que procedía de capitales extranjeros, los otros textos jurídicos mencionados por

CONFIDENCIAL

la Demandada o bien no eran obligatorios o bien no estaban en vigor en Chile en el momento en que se realizó la inversión, o incluso no eran aplicables a la inversión del señor Pey Casado en C.P.P. S.A. (cf. Réplica sobre la competencia del 23 de febrero de 2003, páginas 53-60).

66. La tesis de las Demandantes se funda en gran parte en la aplicabilidad del Decreto 258-1961 que creó un “Estatuto del Inversionista” aplicable a aquellos que, sin distinción de nacionalidad, *"aporten al país nuevos capitales, provenientes del exterior, con el objeto de iniciar... mejorar o renovar las actividades productoras"*. Este Decreto, que entró en vigencia el 4 de abril de 1960, dispone principalmente que (artículo 2) *"los aportes a que se refiere el presente Decreto con fuerza de Ley sólo podrán ingresar (a) en divisas o créditos debidamente calificados"* (documento C-111 de las Demandantes y documento 17 de la Demandada sobre la competencia). Cabe observar que dicho Estatuto estipula que el Presidente de Chile puede conceder ciertas ventajas o franquicias si las inversiones respetan las disposiciones del Estatuto y que el artículo 4 otorga facultades exclusivas al Presidente de la República para aceptar o denegar la entrada de nuevos capitales extranjeros que deseen beneficiarse de las ventajas o franquicias establecidas en dicho Decreto. (Memorial sobre incompetencia, pár. 3.3.3.5.3).

67. Las Demandantes sostienen que ninguna de las disposiciones del mencionado Estatuto del Inversionista DFL No. 258/1960 puede aplicarse al señor Pey Casado y que todas esas disposiciones tienen un carácter facultativo, al depender del deseo del inversionista de obtener o no las ventajas ahí previstas. Señalaremos en esta etapa que el concepto mismo de franquicia o ventaja y el sistema así previsto tienden a demostrar en efecto el carácter facultativo del sistema. Ese carácter facultativo sobresale igualmente de la Circular No. 161 del 22 de diciembre de 1972 y también de la encuesta detallada realizada entre 1969 y 1971 en Chile por el Dr. Stephen F. Lau (documento 116, p.17). La Circular No. 161 del 22 de diciembre de 1972 de la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos (punto II.2)⁸ se afirmaba:

⁸ Ver el documento No. 15 anexado al Informe del señor Sainte-Marie; la Demanda Incidental del 23 de febrero de 2003, pp. 45-46, y la prueba documental C111.

CONFIDENCIAL

“2. En lo concerniente a las franquicias por las cuales podrían optar los inversionistas, en el DFL N° 258 éstas figuraban en los títulos del II al IV inclusive (...).”

El Tribunal de Arbitraje tendrá igualmente en consideración el resultado del amplio estudio realizado entre 1969 y 1971 en Chile por el Dr. Stephan F. Lau, bajo la dirección del profesor Howe Martin, Director del American University Business Laboratory, publicado en 1972, quien luego de haber estudiado el conjunto de las normas relativas a las inversiones extranjeras, incluyendo el Decreto 482/1971, constató su carácter facultativo y no obligatorio: *foreign legal entities interested in making capital investments in Chile have the option of applying for special privileges under the provisions of DFL 258”* (Anexo C 116)

68. Sin embargo, la Demandada subraya que el Estatuto del Inversionista fue completado por la Ley No. 1272-1961, que fija un marco general para aquellas personas que tengan la intención de transferir capitales a Chile. En consecuencia, invoca que o uno u otro de estos dos textos (el Estatuto 258-1960 o la Ley No. 1272-1961) debe necesariamente aplicarse, de lo contrario, la inversión alegada por el señor Pey Casado quedaría desprovista de reglamentación jurídica.

69. Por su parte, las Demandantes concluyen que la Ley No. 1272-1961 reafirma que *“la condición de inversión extranjera no la confería pues la nacionalidad del inversor sino la naturaleza extranjera del medio de pago”* (Respuesta, pár. 4.10.3.1), de lo que se deduce que el Estatuto del Inversionista no se funda en la nacionalidad sino en la condición de que los capitales provengan del exterior de Chile (Respuesta, 4.11.c).

70. Según la Parte chilena, *“la supuesta operación realizada por el señor Pey Casado en un ‘país extraño’ debió haberse sometido al Decreto 1272 a fin de que hubiese producido efectos en Chile”* (Réplica, pár. 3.5.12.3), puesto que existía en la época en que se realizó la inversión un mercado de cambio formal y obligatorio en Chile. De acuerdo con dicha Parte, los artículos 14 y 16 de la Ley 1272-1961 contienen normas obligatorias de control de cambio que imponen a los operadores actuar a través del Banco Central de

CONFIDENCIAL

Chile o de otras instituciones públicas o autorizadas —normas éstas que no habrían sido respetadas por las Demandantes (Memorial sobre incompetencia, pár. 3.3.2.1, Anexo 16).

71. A lo que las Demandantes responden que el propósito de dicha ley era organizar un control cambiario de conformidad con los estatutos del Fondo Monetario Internacional (Exposición complementaria sobre competencia, D15, página 52) y que su aplicación no era obligatoria sino facultativa, ya que se limitaba a aquéllos que deseaban beneficiarse de ciertas exenciones, franquicias o ventajas específicas (ibíd., página 55, Informe del Presidente del Banco Central de Chile durante los años 1970-73, Anexo C44).

72. Según la Parte chilena, ninguna de las dos leyes en cuestión (Estatuto del Inversionista y Decreto No. 1272-1961) era en efecto obligatoria en sí misma, lo que resultaría "lógico y evidente" en virtud de que "*si alguno de estos regímenes hubiera sido obligatorio, el otro no hubiera existido*" (Memorial de incompetencia, pár. 3.3.3.6.3). No obstante sostiene que las operaciones que llevó a cabo el señor Pey Casado no podrían haber tenido lugar si no hubiesen respetado el marco jurídico existente, es decir una u otra de esas disposiciones; de manera que, por más que ninguna de esas normas fuera obligatoria, era imposible que un inversionista procediese a realizar una inversión en Chile sin haberse registrado ya sea conforme al Decreto Ley No. 258-1960, o según el Decreto No. 1272-1961.

Podemos citar también el artículo 14 de dicho Decreto Ley No. 1272, según el cual "*las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que transfieran a Chile capitales en divisas extranjeras y que se inscriban en el Banco Central de Chile, podrán vender libremente dichas divisas con la limitación indicada...*".

73. En esta etapa del análisis, el Tribunal de Arbitraje debe hacer notar que no se ha demostrado la supuesta imposibilidad aducida —las disposiciones invocadas, ya sea respecto de los poderes del Presidente de la República mencionados más arriba o a la facultad de inscribirse en el Banco Central de Chile, parecerían corroborar más bien el carácter facultativo de dicha reglamentación.

CONFIDENCIAL

74. La Parte Demandada manifiesta, por último, que sólo las inversiones registradas ante la Comisión de Inversiones Extranjeras podían ser consideradas “extranjeras”, independientemente del carácter obligatorio o facultativo de dicho registro. Además, en el fondo, toda la discusión parece tener un carácter puramente teórico, a partir de que una reglamentación jurídica completamente diferente, que se derivaba de la aplicación de la Decisión No. 24 de la Comisión de Cartagena, resultaba en efecto aplicable, de manera que la legislación chilena discutida precedentemente, es decir, los Decretos No. 258-1960 y la Ley No. 1272-1961, no representarían más que una cuestión secundaria (Memorial de Contestación sobre el fondo y la competencia, página 164).

75. Antes de pasar al examen de este importante argumento, cabe mencionar un argumento específico de la Parte Demandada, según el cual la inversión aducida no habría respetado otra disposición específica del derecho chileno, la Ley 16643 sobre la prensa, del 4 de septiembre de 1964, que exigía que todos los periódicos publicados en Chile debían permanecer bajo control chileno, es decir, en manos de nacionales o sociedades que tuviesen su domicilio o residencia en Chile. En caso de que el propietario fuera una persona jurídica, al menos 85% del capital de la sociedad debía pertenecer a nacionales chilenos (Memorial sobre incompetencia, pár. 3.3.4.1.2). Esta disposición particular es interpretada por la Parte chilena como una prohibición a la participación de capitales extranjeros en materia de prensa.

76. En respuesta a dicha afirmación, las Demandantes sostienen que, por una parte, el Convenio Bilateral de 1958 sobre la doble nacionalidad permitía, de todos modos, el control de una sociedad de prensa por parte de un nacional español y que, por otra parte, una eventual infracción de dichas disposiciones sólo entrañaría sanciones puramente administrativas (Réplica del 7 de febrero de 2000, página 34 ; Respuesta, pár. 4.10.3.2;). El Tribunal constata, por lo demás, que los términos “capital”, “capitales”, o sus equivalentes, no son mencionados en absoluto a lo largo de esta ley, cuyo artículo 5 se refiere a la nacionalidad, el domicilio y la residencia del propietario de una empresa de prensa.

CONFIDENCIAL

77. De este debate, se deduce, en opinión del Tribunal de Arbitraje, que ninguno de los argumentos invocados por la Demandada es suficiente para probar que la inversión alegada violaría la legislación chilena. Es preciso, por lo tanto, examinar con mayor detenimiento la cuestión a fin de determinar si la Decisión No. 24 de la Comisión de Cartagena es aplicable al caso y, de ser así, si conduce a una conclusión diferente.

78. El Tribunal de Arbitraje procede a abordar la cuestión de establecer el contenido preciso de la legislación chilena en 1972. Las partes se enfrentaron duramente con respecto a este punto, en especial en lo referente al tema de dilucidar si la «Decisión No. 24» del Acuerdo de Cartagena había sido introducida y aplicada en el derecho interno chileno. Esta «Decisión No. 24» instauraba en los cinco países del «Grupo Andino», Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú, un «Régimen común de tratamiento (aplicable) a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías».

79. La Demandada fue la primera en invocar que la «Decisión No. 24» habría sido aplicada en Chile en donde había sido incorporada, según ella, por medio del Decreto No. 482 del 21 de junio de 1971 y del Decreto de Insistencia No. 488 del 30 de junio de 1971. Advertiremos a simple vista que, al sostener que la inversión del señor Pey Casado, que tuvo lugar el año siguiente, debía necesariamente cumplir con las disposiciones de la «Decisión No. 24», supuestamente incorporada en el derecho interno chileno, la Demandada reconocía en esta forma que dicha inversión revestía carácter de extranjera puesto que, como se verá más adelante y como lo indica en primer lugar el título de la «Decisión No. 24», ésta había creado un «Régimen común» de tratamiento de los «capitales extranjeros» válido en los cinco países del Grupo Andino.

El Tribunal de Arbitraje se aventurará a formular una doble hipótesis en lo referente a este tema. Al haber sido la misma Demandada la que se fundara en la «Decisión No. 24 », parecería que esta Parte tuviese la intención de mantener, por un lado, que las operaciones concluidas por el señor Pey Casado no podrían ser

CONFIDENCIAL

consideradas inversiones extranjeras en razón de que éste no era un ciudadano extranjero sino chileno y, por otro lado, que su inversión no exhibía carácter de extranjera conforme a lo estipulado en la «Decisión No. 24» dado que el señor Pey Casado no suministró pruebas de que hubiera acatado dicha decisión incorporada al derecho chileno desde 1971.

80. El Tribunal de Arbitraje procederá a continuación en tres etapas: i) En primer lugar, verificará si la «Decisión No. 24» fue objeto de «incorporación» en el derecho interno chileno; ii) En segundo lugar, averiguará si dicha «Decisión No. 24», tal como fue incorporada al derecho chileno, dio lugar a textos internos subsecuentes que permitieron la puesta en aplicación general y concreta en el espacio jurídico chileno y iii) En tercer lugar, se cuestionará si la naturaleza misma de la inversión del señor Pey Casado no excluía ipso facto y de jure la aplicación de la «Decisión No. 24» a su caso.

81. Hemos señalado, al pasar, que el principio de la economía procesal debería impulsar al Tribunal de Arbitraje a consagrarse exclusivamente a examinar el tercer punto, ya que bastaría con declarar que, aún cuando se admitiese que la «Decisión No. 24» fue adoptada por el derecho chileno y fue concretamente aplicada gracias a la existencia de órganos de ejecución apropiados, la mencionada «Decisión No. 24» no podía aplicarse en modo alguno a la inversión del señor Pey Casado habida cuenta de la naturaleza misma de dicha inversión. No obstante, a fin de que el análisis resulte completo, el Tribunal de Arbitraje evaluará, una a una, las cuestiones suscitadas por la «Decisión No. 24» con el objeto de resolver definitivamente los puntos controvertidos.

i) La incorporación de la «Decisión No. 24 » en el derecho interno chileno:

82. El Tribunal de Arbitraje recordará que, al término de la sesión que celebrara en Washington del 5 al 7 de mayo de 2000, la Demandada había sostenido que fue a través del Decreto No. 482 de fecha 21 de junio de 1971 que la «Decisión No. 24», que

CONFIDENCIAL

establecía un «Régimen común aplicable a los capitales extranjeros...», había sido incorporada a la legislación chilena y que, en consecuencia, ésta regía sobre la inversión que efectuó al año siguiente el Sr. Pey Casado.

Las Demandantes afirmaron que, en lo que las concierne, la mencionada «Decisión No. 24» no pudo haberse introducido de manera legítima en el derecho chileno por el Decreto No. 482 anteriormente citado y que no fue legalmente incorporada al orden jurídico chileno sino por uno de tres decretos leyes dictados en 1974 por la Junta Militar a propósito de cuestiones relativas a la inversión, a saber: el Decreto Ley No. 746 del 6 de noviembre de 1974, que sobrevino en una fecha que se sitúa dos años después de que el Sr. Pey Casado hubo realizado la inversión. Sin embargo, las Demandantes reconocen que el Decreto No. 482 del 21 de junio de 1971 había sido debidamente promulgado y publicado en el «Diario Oficial» de Chile. La Demandada añadió que dicha publicación había sido pertinentemente notificada a la Junta del Grupo de Cartagena («Pacto andino», cuya sede se encuentra en Lima).

83. El Tribunal de Arbitraje no desconoce el hecho de que el mencionado Decreto No. 482 enfrentó la oposición de la institución encargada del control previo de la legalidad de los actos jurídicos, la «Contraloría General de la República». En efecto, este órgano había considerado (a través de la resolución de fecha 25 de junio de 1971, prueba documental No. 20 anexada al Memorial sobre las excepciones a la competencia de 1998) que la materia que cubría este Decreto Ley debía ser de la competencia de una ley parlamentaria y no de dicho acto del Ejecutivo (Documento No. 20, *in fine*, del Memorial sobre las excepciones a la competencia).

El Poder Ejecutivo hizo caso omiso de la oposición del Contralor General y adoptó un segundo Decreto Ley No. 488, al que se denomina «Decreto de Insistencia», por el cual la «Decisión No. 24» fue debidamente publicada en el «Diario Oficial» chileno. El Tribunal de Arbitraje es consciente de que dicho acto del Ejecutivo suscitó críticas en lo que respecta a su rectitud jurídica conforme al derecho interno chileno (cf.,

CONFIDENCIAL

por ejemplo, *Enrique Silva Cimma: «Derecho Administrativo Chileno Comparado», Ediciones Jurídicas de Chile, 1996, p. 244 – 247).*

84. No obstante, no es de la incumbencia del presente Tribunal pronunciarse sobre la validez, en atención al derecho público interno de un Estado, de un acto jurídico del Ejecutivo de dicho Estado. Por consiguiente, este Tribunal no puede más que admitir prima facie que el Decreto Ley de Insistencia No. 488 introdujo la «Decisión No. 24» en el orden jurídico interno chileno.

85. Esta introducción de la «Decisión No. 24» en el orden jurídico chileno, ¿supone asimismo su adopción en el orden jurídico regional de los países andinos? Dado que el «Régimen común» pretendía la integración simultánea y coordinada de los mercados de los Estados miembro del Acuerdo de Cartagena, de donde parece posible inferirse que la «Decisión No. 24» no debía nacer a la vida jurídica en Chile más que cuando viera la luz en los otros cuatro países andinos y recíprocamente.

86. Las Demandantes afirman al respecto que fue sólo después del 15 de septiembre de 1973, momento en que Colombia ratificó la «Decisión No. 24» por el Decreto No. 1900 de misma fecha, cuando dicha Decisión habría entrado en vigor efectivamente. En efecto, las Demandantes sostuvieron que, en su Informe de fecha 9 de septiembre de 1974, la Junta de Cartagena había constatado la dificultad de la puesta en aplicación efectiva en Colombia del «Régimen común» instaurado por la «Decisión No. 24» durante el período transcurrido entre el 5 de julio de 1971, fecha en la cual Colombia habría notificado a la citada Junta sus instrumentos de ratificación (por un Decreto No. 1299 declarado inconstitucional por la Corte Suprema colombiana) y el 15 de septiembre de 1973, fecha en la cual habría sido publicado el Decreto No. 1900 a través del cual se incorporaba la «Decisión No. 24» en el ordenamiento jurídico de Colombia (Informe de la Junta, documento C 100).

CONFIDENCIAL

87. Esta interpretación fue objetada por la Demandada debido a que Colombia habría ratificado plenamente la mencionada Decisión en 1971 y a que la única condición para su entrada en vigor internacional (en el ámbito del Grupo de los países andinos) era la comunicación de los instrumentos de ratificación a la Secretaría del Acuerdo de Cartagena. Ahora bien, dicho requisito se habría cumplido el 30 de junio de 1971 y, por ende, no sería de mayor relevancia en el plano internacional que la declaración de inconstitucionalidad de un instrumento de ratificación se hubiese producido en una fecha posterior en el marco del orden jurídico interno de un país (Réplica, párrafos 3.5 y 14.2; y reproducción de documentos de ratificación en el anexo No. 20 del Memorial sobre las excepciones a la competencia).

88. A este respecto, la Demandada produjo, con motivo de la audiencia del 5 de mayo de 2000, una carta fechada el 26 de abril de 2000 por medio de la cual el Director General de la Comunidad Andina, Sr. Nicolás Lloreda, confirmó que la «Decisión No. 24» había entrado en vigor el 13 de julio de 1971, es decir, antes de la inversión del Sr. Pey Casado en 1972 (sin precisar cual era el organismo chileno al que le competía la aplicación de la «Decisión No. 24»).

El Tribunal de Arbitraje cree detectar una ambigüedad cierta en el debate entre las partes: el señor Pey Casado trata la cuestión de la fecha de puesta en aplicación efectiva de la «Decisión No. 24», mientras que la Demandada se limita a mencionar únicamente la introducción de dicha Decisión en los distintos órdenes jurídicos internos de los cinco países miembro.

89. Si se admite que la «Decisión No. 24» que establece un «Régimen común» para los cinco países andinos habría entrado en vigor tanto en el territorio andino en su conjunto como en el orden jurídico chileno en particular, restaría por examinar una segunda cuestión, la de determinar si la «Decisión No. 24», tal como fue incorporada en la legislación chilena en 1971 a través del Decreto de Insistencia, fue seguida, a los efectos de su aplicación general y concreta en el espacio chileno, de la adopción de textos

CONFIDENCIAL

subsecuentes y de medidas administrativas que permitieran llevarla a la práctica o si, por el contrario, luego de su publicación en el «Diario Oficial», quedó en letra muerta.

ii) Aplicación general y concreta de la Decisión 24 en Chile por textos internos

90. Las Demandantes afirmaron que no existía en la legislación chilena ninguna providencia, ordenanza ni texto de cualquier índole que se refiriera a la aplicación de la «Decisión No. 24» o que designara el o los órganos administrativos encargados de su ejecución, aún cuando el Decreto Ley de Insistencia No. 488 contuviera una disposición transitoria «Artículo D», tomada de la «Decisión No. 24», que precisaba lo siguiente:

«...dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor del presente régimen, cada País Miembro designará el organismo u organismos competentes para la autorización, registro y control de la inversión extranjera (...) e informará (...) y a la Junta sobre esa designación»⁹

Las Demandantes subrayaron en particular que en 1972, año en el que efectuó la inversión el Sr. Pey Casado, la «Decisión No. 24», aunque promulgada en Chile, no había sido seguida por textos de aplicación que definieran las opciones específicas de ese país en lo concerniente a las diferentes cuestiones que plantea la implantación del « Régimen común » en territorio chileno (organismos competentes para la evaluación de inversiones, la identificación de ámbitos reservados, la determinación de criterios y baremos diversos, etc...), aspectos que el Decreto Ley de Insistencia tan sólo aborda en forma de principios generales (Réplica del 7 de febrero de 2000, p.17).

91. La Demandada, por lo que a ella se refiere, produjo, al término de la sesión del Tribunal de Arbitraje celebrada del 5 al 7 de mayo de 2000, un atestado de la Junta del Grupo de Cartagena que establecía que, el 5 de julio de 1971, Chile había notificado a esta Junta de la publicación del Decreto Ley de Insistencia. Además, presentó como

⁹ La cursiva es nuestra.

CONFIDENCIAL

prueba otra atestación del Presidente del Banco Central de Chile, funcionario que todavía continúa en el ejercicio de sus funciones, sobre dicho Decreto Ley.

92. A la vista del Tribunal, parece que un Decreto de Insistencia, en caso de imponerse a los funcionarios del Estado, puede ser recurrido ante los tribunales chilenos por particulares o terceros ajenos a la administración. De ello resulta aparentemente que la «Decisión No. 24», que es un tratado internacional, no pudo haber sido introducida en el derecho chileno sino por medio de un Decreto de Insistencia, esto significa que cualquier persona puede interponer un recurso en su contra tendiente a evitar su aplicación.

Una situación de esta naturaleza suscita dudas en cuanto al carácter de la «Decisión No. 24» de obligación internacional cuya aplicación, para Chile y en Chile, sería legítimamente imperativa. El hecho es que, en Chile, este Decreto Ley no parece haber sido aplicado, ya sea en forma general o concreta. La Demandada, a través de los dos atestados que produjo, no proporcionó pruebas de la creación de uno o varios organismos administrativos para la ejecución de la «Decisión No. 24» y el Tribunal de Arbitraje no encuentra registros de la creación de dicho órgano de control (el Decreto Ley No. 746 es el que más tarde, en 1974, designará a la Comisión de Inversiones Extranjeras para cumplir con las nuevas misiones asignadas por la «Decisión No. 24»).

93. El Tribunal recuerda que, en derecho internacional, existen tanto los «self-executing treaties», provistos de mecanismos de aplicación directa, como los «non-self-executing treaties», los cuales requieren, a fin de poder ser aplicados en el ámbito interno, la adopción de medidas de acompañamiento legislativas o reglamentarias (cf. Thomas Buergenthal: «Self-executing and non-self-executing treaties in national and international Law», Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1992, IV, tomo 235, p. 303-399). Además de la jurisprudencia nacional e internacional analizadas, así como la doctrina citada, el juez Thomas Buergenthal se refirió (p. 392) al siguiente

CONFIDENCIAL

estudio chileno: S. Bedanava: « Las relaciones entre derecho internacional y derecho interno ante los tribunales chilenos », en Nuevos enfoques del derecho internacional, No. 9, Santiago, 1992.

94. Este autor analiza en esta obra, entre otros, un fallo del 22 de octubre de 1984 de la Corte Suprema de Chile concerniente a la aplicación en el territorio chileno de un Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, argumentos que pueden, empero, aplicarse exactamente a la cuestión de la aplicación de la «Decisión No. 24» que examinamos aquí. La Corte Suprema chilena declaró, entre otras cuestiones, que ese Pacto de 1966 de las Naciones Unidas no podía aplicarse en el país por el hecho de que todavía no se había dictado una legislación nacional que hiciera efectivos los derechos reconocidos en el mencionado Pacto. El «Considerando» No. 12 de dicho fallo merece ser citado:

« Que, en resumidas cuentas, la tesis de la incorporación automática en nuestro derecho interno se encuentra invalidada por lo que dispone el Pacto mismo en su artículo 2, párrafo 2: «Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter».

95. Esto es precisamente lo que esperaba el Grupo de Cartagena de cada uno de los cinco Estados miembro del Pacto Andino, entre los cuales se encuentra Chile. Es así como el preámbulo del Decreto No. 482 de 1971, haciéndose eco del contenido de la «Decisión No. 24», disponía lo siguiente:

«Que, en el inciso 2 del artículo 27 precitado, se compromete a los países miembro a adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica este régimen dentro de los seis meses siguientes a su aprobación por la Comisión» del Grupo de Cartagena.

CONFIDENCIAL

Esa fue la expresión clara y jurídicamente correcta de la naturaleza del tratado que creó el Pacto Andino, en calidad de «non-self-executing treaty». De hecho, el anexo No.1 de la «Decisión No. 24» (que figura en las opiniones de derecho del Sr. Santa Maria, anexo No. 10), que se intitula «Líneas directrices para la solicitud de autorización, registro y control de la inversión extranjera», muestra el sinnúmero de operaciones que el inversionista sólo puede efectuar si existe, en el plano interno, uno o varios órganos calificados e identificados para instruir la petición de inversión. Manifiestamente, la «Decisión No. 24» constituía una suerte de derecho programatorio que necesitaba y esperaba las providencias o los textos reglamentarios para su aplicación efectiva. Asimismo, el Tribunal cita la Revista « Vanderbilt Journal of Transnational Law » (Vol. 5, No. 2, Spring 1972, p. 337), la cual reza lo siguiente:

«The Agreement of Carthage, as the basic structural documents for subregional integration, is therefore essentially a framework within a framework».

Veremos que las providencias dictadas a tal efecto en Chile y presentadas como prueba por la Demandada habrían sido los Decretos leyes No. 600 y 746 de 1974.

96. La «Decisión No. 24» (tal como fue introducida en el espacio jurídico chileno por los Decretos No. 482 y 488 de 1971) constituye un «non-self-executing-treaty» (lo que, por otra parte, nunca negó la Demandada) y que su aplicación efectiva necesitaba la adopción de medidas legislativas o reglamentarias. El Tribunal de Arbitraje podría detenerse allí, habiendo constatado que la Demandada no ha aportado prueba convincente, que respalde su argumento sobre la aplicabilidad de la Decisión No. 24 al Demandante y el incumplimiento de sus disposiciones por este último. Pero [el Tribunal] prefiere, *ex abundante cautela*, examinar con más la argumentación de la Demandada en lo concerniente a dichas medidas.

97. La República de Chile incorporó al expediente la fotocopia de un documento de dos páginas que contenía una comunicación fechada el 13 de enero de 1972 que se le

CONFIDENCIAL

atribuía al Presidente Allende y que habría estado destinada, sin seguir la vía jerárquica regular, a los «Sres. Miembros de la Comisión de Inversiones Extranjeras». El Sr. Alfonso Inostroza,, quien ocupaba un escaño en esta Comisión en su calidad de Presidente del Banco Central de Chile y es autor de un testimonio que presentó en agosto de 1998 ante el Tribunal de Arbitraje, autenticado por escritura notarial, parece desmentir en todos sus términos el contenido de dicha fotocopia, puesto que el Sr. Inostroza por otra parte no realiza mención alguna en su declaración al hecho de que la «Decisión No. 24» haya sido aplicada en 1972 (prueba documental C 44).

98. Dicho documento, presentado por la Demandada, no contiene mención de las disposiciones prácticas indispensables para la puesta en aplicación del Decreto-ley No. 488 de 1971 a las inversiones extranjeras y no cubre, por su naturaleza y sobre todo por su contenido, las necesidades que debe tener un texto para la aplicación efectiva de la «Decisión No. 24», como lo son las disposiciones reglamentarias de aplicación en el marco de los Decretos Leyes No. 258 de 1960 y No. 600 de 1974.

Por otra parte, el Tribunal de Arbitraje señala que la Demandada no aportó la prueba de la publicación en el «Diario Oficial» de la designación de la Comisión de Inversiones Extranjeras (prueba documental No. 17 A anexada al Informe del Sr. Santa Maria, perito de Chile y Réplica de las Demandantes del 23 de febrero de 2003, p. 53 – 54). Esa misma Comisión de Inversiones Extranjeras ha sido parte de la representación de la Demandada en este procedimiento y que, ante el requerimiento de las Demandantes, dicha Comisión no suministró prueba de que alguna vez se hubiera solicitado una autorización para realizar una inversión extranjera o de que se hubiera registrado este tipo de operaciones bajo el régimen de la «Decisión No.24» antes del 11 de septiembre de 1973.

99. Según un Informe del 8 de septiembre de 1974 (prueba documental C 100) del Directorio del Grupo de Cartagena, Chile, que había introducido la «Decisión No. 24» en su orden interno por medio del Decreto de Insistencia No. 488 de 1971, no había

CONFIDENCIAL

adoptado ninguna disposición interna más que la prevista en el Decreto Ley No. 600, dictado el 13 de julio de 1974. Pero, además, dicho texto reglamentario para la puesta en aplicación de la «Decisión No. 24» resultó ser, a juicio del Grupo de Cartagena, «incompatible» con esta última. El Informe precisa, de hecho, que dicho texto contraviene ciertas disposiciones del Acuerdo de Cartagena. El epílogo será que, el 30 octubre 1976, Chile renunció al «Régimen común» establecido por la «Decisión No. 24» y abandonó el Grupo Andino.

100. El Tribunal de Arbitraje constata así que toda la información de la que dispone lleva a las siguientes conclusiones:

a) Indudablemente, Chile introdujo en su legislación interna a la «Decisión No. 24» por medio del Decreto Ley de Insistencia No. 488 de 1971, que retomaba el Decreto No. 482 suprimido en primer lugar por la Contraloría General de la República;

b) Empero, Chile no adoptó, antes del golpe de estado del 11 de septiembre de 1973, ningún texto de aplicación en lo referente a ese Decreto Ley y, por ende, no designó uno o más organismos internos con competencia para autorizar, registrar y controlar las inversiones extranjeras mediante criterios y procedimientos determinados, previstos en el Anexo No. 1 de la «Decisión N° 24» intitulada « Líneas directrices...»;

c) Parece pues materialmente imposible que la «Decisión No. 24» haya podido ser aplicada en 1972, época en la cual realizó la inversión el Sr. Pey Casado y esto suponiendo que esta inversión haya sido del tipo de inversiones que «Decisión No. 24» podía reglamentar. Punto éste que corresponde ahora examinar y que ha sido largamente debatido entre las partes.

iii) La inaplicación de la «Decisión No. 24» en lo que respecta a la inversión del Sr. Pey Casado habida cuenta su naturaleza

CONFIDENCIAL

101. La «Decisión No. 24» había previsto un mecanismo, supuestamente obligatorio según la Demandada, de autorización y control de las inversiones extranjeras por parte de un organismo chileno competente. Esta exigencia no habría sido respetada por el Sr. Pey Casado, de acuerdo con la Demandada, para quien, de todas formas, por más que el Sr. Pey Casado hubiese presentado una solicitud para el registro de su inversión, dicha petición habría sido rechazada por ser contraria al derecho interno chileno debido a que se trataba de una empresa de prensa, para la cual se excluye, por principio en la legislación chilena, la introducción de capitales extranjeros. Dicha exclusión fue contemplada en el artículo 43 de la «Decisión No. 24», en la cual se disponía que: «no se admitirá nueva inversión extranjera directa en empresas periodísticas». La inversión realizada en 1972 por el Sr. Pey Casado sería consecuentemente contraria a la «Decisión No. 24» y a la legislación chilena.

102. Las Demandantes respondieron a esta argumentación sosteniendo que, aún cuando la «Decisión No. 24» hubiese sido puesta efectivamente en práctica en Chile, no habría constituido una reglamentación aplicable de manera generalizada, sino que habría sido una relación detallada de las obligaciones facultativas, disponibles sólo para ciertos tipos de inversiones extranjeras que, por otra parte, no caían dentro de la competencia del régimen jurídico imperante en Chile en la época de la inversión del Sr. Pey Casado. El régimen de ese entonces, por más facultativo que fuera, era el instaurado principalmente por los Decretos Leyes No. 258 de 1960 y 1272 de 1961 (documento C 44, Informe del Sr. Inostroza, Presidente del Banco Central de Chile en 1972). Más específicamente, según las Demandantes, aún cuando la «Decisión No. 24» hubiese sido efectivamente aplicada en 1972, lo que no fue el caso, ésta «no estaba dirigida a la inversión en CPP S.A. (empresa chilena) efectuada por un natural español que en esa época se acogía a las ventajas del Convenio de doble nacionalidad de fecha 24 de mayo de 1958» (prueba documental D 15, página 65; audiencia del 5 al 7 de mayo de 2003, p. 197-208 y 474-477).

CONFIDENCIAL

103. El Tribunal de Arbitraje no piensa que dicho enfoque de las Demandantes brinde una solución a la cuestión que le fue planteada. Ninguna de las partes afirmó que el Gobierno de Allende habría decretado los textos reglamentarios que son necesarios para la puesta en aplicación del Decreto Ley No. 482 o No. 488 de 1971. En ausencia de tales reglamentos de aplicación, el Tribunal no está en condiciones de conocer o apreciar las gestiones que podría haber realizado el Sr. Pey Casado en 1972 en lo concerniente a su inversión.

Este Tribunal no puede erigir escenarios virtuales, no fundados en normas puestas a su conocimiento, ni imaginar cuáles habrían sido las vías que, luego de disposiciones hipotéticas, estaban abiertas en 1972 a los inversionistas extranjeros deseosos de beneficiarse de las franquicias establecidas en el Acuerdo de Cartagena. Un inversionista extranjero, ¿ante qué organismo habría tenido que presentar su solicitud? ¿Con quién habría tenido que convenir, llegado el caso, el contrato de inversión? ¿En virtud de qué decreto u ordenanza habría tenido dicho organismo la autoridad para estatuir sobre una posible petición? El Tribunal ignora tales aspectos: las respuestas a estas diversas preguntas no fueron puestas en su conocimiento ni tampoco logró el Tribunal develar tales interrogantes a pesar de sus esfuerzos.

104. En resumen, la Demandada ha sostenido la invalidez del informe de extranjería establecido por los Decretos-leyes de 1960 y de 1961, con el deseo de aplicar a la inversión realizada por el Sr. Pey Casado las disposiciones del Decreto No. 482 del 21 de junio de 1971 o No. 488, entendiéndose por introducida la “Decisión No. 24” dentro del orden jurídico chileno. Al Tribunal de Arbitraje le parece que esta argumentación es poco convincente. Esto por las dos razones siguientes:

a) El referido Decreto de 1971 no pudo haber sido plenamente incorporado y efectivamente aplicado dentro del orden jurídico chileno sino por el Decreto con fuerza

CONFIDENCIAL

de ley (“DFL”) No. 746 del 6 de noviembre de 1974 dictado por la Junta militar y, por lo tanto, dos años después de la inversión del Sr. Pey Casado;

b) Y, admitiendo incluso que el Decreto No. 482 del 21 de junio de 1971, así como el Decreto de Insistencia No. 488 hubieran podido ser aplicados a las inversiones efectuadas en 1972, tales decretos no podían haber sido aplicados a los capitales internacionales del Sr. Pey Casado. En efecto, las disposiciones mismas de los Decretos No. 482 y 488 de 1971 no afectaban y no podían afectar esta inversión del Sr. Pey Casado, quien efectuó una inversión “extranjera” en una empresa “nacional” chilena.

105. A fin de realizar un estudio completo e intentar encontrar una salida al inextricable laberinto de textos legales, el Tribunal de Arbitraje procederá, a continuación, a efectuar una recapitulación del conjunto de textos que puede llegar a ser invocado, por una u otra parte, con el objeto de verificar si la inversión llevada a cabo en 1972 por el Sr. Pey Casado reviste carácter de extranjera o no. Esos textos son los siguientes:

- El Decreto con Fuerza de Ley (DFL) No. 258 del 30 de marzo de 1960, publicado el 4 de abril del mismo año, por el que se establecía el «Estatuto del Inversionista» (Documento No. 17 del Memorial sobre las excepciones a la competencia);
- El Decreto No. 1.272 del 7 del septiembre de 1961 sobre operaciones internacionales de cambio y otras materias (Documento No. 16 del Memorial sobre las excepciones a la competencia);
- El Decreto Ley No. 482 del 21 de junio de 1971 que introdujo en Chile la «Decisión No. 24» de la Comisión del Grupo de Cartagena, el cual fue dictado nuevamente como Decreto de Insistencia No. 488;

CONFIDENCIAL

- El Decreto con Fuerza de Ley (DFL) No. 326 del 18 de febrero de 1974 (cf. el «Diario Oficial» del 21 de febrero de 1974);
- El Decreto con Fuerza de Ley (DFL) No. 600 del 11 de julio de 1974 que contenía el «Estatuto de la Inversión Extranjera» y que abrogaba el «DFL» No. 258 del 4 de abril de 1960 (cf. el «Diario Oficial» del 15 de julio de 1974);
- El Decreto con Fuerza de Ley (DFL) No. 746 del 6 de noviembre de 1974 promulgado por la Junta Militar a fin de poner en vigor en Chile, por medio del Decreto No. 482 del 21 de junio de 1971, la «Decisión No. 24» y, por consiguiente, la incorporación de dicha decisión en el orden jurídico chileno (cf. el «Diario Oficial» del 9 de noviembre de 1974);

106. Los Decretos No. 482 y 488 de 1971 fueron suficientemente examinados más arriba y, por lo tanto, no será necesario ahondar en este tema. Los dos primeros decretos, el del 30 de marzo de 1960 y el del 7 de septiembre de 1961, poseen en común las características siguientes:

a) la calificación de «extranjera» que se le atribuye a una inversión no depende de ningún modo de la nacionalidad del inversionista. La condición de extranjería se refiere exclusivamente al carácter internacional de los capitales que se han empleado para la inversión efectuada en el espacio económico chileno;

b) los nacionales chilenos, titulares de capitales internacionales, son considerados consecuentemente como sujetos de dicha inversión, encontrándose en igualdad de condiciones que los ciudadanos no chilenos;

c) ninguno de estos dos decretos pretende de modo alguno exigir a los aportantes de capital, cualquiera sea su nacionalidad, que se comprometan a transferir al exterior las utilidades como condición para que la inversión de sus capitales en el espacio económico chileno pueda hacerse acreedora de la calificación de «extranjera». Estos dos textos crean

CONFIDENCIAL

un derecho que los aportantes de capital tienen la facultad de ejercer libremente y no constituyen una obligación que tendrían el deber imperativo de ejecutar.

d) La argumentación de la Demandada, que dicho sea de paso, pareciera causar cierta confusión en cuanto al empleo que hace de los textos legales antes citados (Memorial sobre las excepciones a la competencia, puntos 3.2.2.4; 3.2.2.5; 3.2.2.8; 3.3.1.; 3.3.3.4; 3.3.3.5; 3.4.2; 6.3.3.3; Contestación, puntos 3.1.1; 3.1.2; 3.1.3; 3.1.4.2; 3.1.4.3; 3.4; 3.5.10.3; 3.5.10.6; 3.5.12). En efecto, los dos decretos, el de 1960 y el de 1961, conceden a los capitales extranjeros la simple opción de remitir las utilidades, y esto, según ciertas franquicias, siempre que, en caso de desear ejercer dicha alternativa, los inversionistas satisfagan ciertas condiciones a tal efecto;

e) En consecuencia, conforme a la legislación chilena en vigor en la fecha en que se efectuó la inversión en 1972, que los capitales internacionales pudiesen ser invertidos en el espacio económico chileno sin que sus titulares se vieran por ello obligados a acogerse a dichas franquicias, como lo ha explicado muy claramente el Sr. Alfonso Inostroza, Presidente del Banco Central de Chile en la época en que tuvo lugar la inversión del Sr. Pey Casado (cf. el documento C 44);

f) por último, no existía en Chile en 1972 otra definición del concepto de inversión de capitales foráneos que pudiera aplicarse a las circunstancias de la operación comercial que efectuó el Sr. Pey Casado. El requisito de la nacionalidad (extranjera) no se contemplaba en la legislación chilena de 1972 como criterio para calificar a un capital de «extranjero».

107. La inversión realizada por el Sr. Pey Casado cumplía perfectamente con la única condición exigida por la legislación chilena de 1960 y 1961, la cual se regía por el «Estatuto del Inversionista» de capitales internacionales en la fecha en la cual se llevó a cabo la inversión de los mencionados capitales. Esto constituye por el mismo acto e *ipso facto* el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 2 (2) del Acuerdo

CONFIDENCIAL

hispanochileno para la Protección y Fomento Recíprocos de las Inversiones del 2 de octubre de 1991.

Ciertamente, el primer Decreto, el de 1960 (DFL No. 258) del 30 de marzo y publicado el 4 de abril de 1960) fue derogado por el DFL No. 600 del 11 de julio de 1974, el cual contenía el «Estatuto de la Inversión Extranjera». No obstante, la inversión del Sr. Pey Casado tuvo lugar en 1972 y la abrogación del texto de 1960 no se produjo hasta 1974. Esto quiere decir que la inversión fue ciertamente realizada bajo el régimen jurídico establecido por el decreto de 1960.

108. En cuanto al segundo decreto, el de 1961, éste se encontraba igualmente en vigor en el momento en que el Sr. Pey Casado efectuó su inversión en 1972. En consecuencia, poco importa que el Decreto de 1961 haya sido posteriormente modificado o derogado por la Junta Militar (a través del Decreto con Fuerza de Ley No. 326 del 18 de febrero de 1974), ya que la inversión del Sr. Pey Casado ocurrió bajo el régimen jurídico del Decreto de 1961. Este Decreto Ley de 1961 se refiere a las operaciones de cambio internacionales y a otras materias. En su Artículo 3 (Documento No. 16 del Memorial sobre las excepciones a la competencia), se disponía lo siguiente:

«Artículo 3. Las (...) operaciones de cambios internacionales se sujetarán a las disposiciones de la presente ley (...).

Constituyen operaciones de cambios internacionales la compra, venta o transacción (...) que se refieren a (...) cheques, giros, cartas de crédito, órdenes telegráficas o documentos de cualquier naturaleza en moneda extranjera, aunque no importen traslado de fondos o giros de Chile al exterior o viceversa».

Esta norma reviste una importancia decisiva en el presente debate y aporta la prueba del carácter extranjero de la inversión del Sr. Pey Casado. De esta manera, es claro que la legislación vigente en Chile en la época de la mencionada inversión no imponía la transferencia física de fondos del extranjero al territorio chileno como condición para que una inversión fuera considerada «extranjera».

CONFIDENCIAL

109. En resumen, las normas que regían las inversiones extranjeras en Chile en 1972, es decir, en el momento que el Sr. Pey Casado había realizado su inversión, eran únicamente los Decretos Leyes No. 258 del 30 de marzo de 1960 y No.1.272 del 7 de septiembre de 1961. En estos dos textos legales, que ofrecían una opción a los inversionistas, la expresión «inversión extranjera» significaba «capitales foráneos aportados indistintamente por chilenos o extranjeros».

110. Resultan aplicables a la inversión del Sr. Pey Casado las definiciones de «inversión extranjera» del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) No. 258 del 4 de abril de 1960, que trata sobre las inversiones de capitales extranjeros en Chile realizadas por nacionales *chilenos* o extranjeros. Aunque *opcional*, dicho decreto se encontraba en vigor en 1972 (y fue derogado por el DFL No. 600 del 11 de julio de 1974).

111. Son igualmente aplicables al Sr. Pey Casado las definiciones de «inversión extranjera» del DFL No. 1.272 del 7 septiembre de 1961 (*cf. documento No. 16 del Memorial sobre las excepciones a la competencia*), que, a pesar de ser facultativo, estaba en vigor en 1972. Prueba de ello es que el DFL No. 326 del 18 de febrero de 1974 (*Diario Oficial* del 21 febrero de 1974), que introducía una modificación al artículo 14 del DFL No. 1.272 del 7 de septiembre de 1961, pudo estatuir que:

«Artículo 1- El artículo 14 de «DFL» N° 1.272, de 7 de septiembre de 1961 (....) será remplazado por lo siguiente:

« Artículo 14 – Las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, que transfieran a Chile capitales en divisas extranjeras y que se inscriban en el Banco Central de Chile, podrán vender libremente dichas divisas con las limitaciones legales y las de carácter general establecidas por el Comité Ejecutivo de dicho organismo a la fecha de liquidación de las mismas. Para estos efectos, el Banco Central de Chile autorizará el aporte y les otorgará un certificado de inscripción nominativo e intransferible.

CONFIDENCIAL

Las personas que se hayan acogido a esta disposición podrán reexportar libremente, en forma total o parcial, dichos capitales, sujetos a las limitaciones legales y a las de carácter general establecidas por el Comité Ejecutivo de Banco Central de Chile vigentes a la fecha en que se otorgó el respectivo certificado, previa devolución del mismo o anotación de la remesa parcial en su caso.

Asimismo, de acuerdo con las condiciones anteriores y dentro de las limitaciones legales, el Banco Central de Chile autorizará las remesas correspondientes a los intereses de los créditos o a los beneficios, en su caso ».

(...) Artículo transitorio No. 2: el régimen de transferencia de capitales establecido en el presente Decreto con Fuerza de Ley se aplicará a los aportes que se internen en el país luego de su publicación en el Diario Oficial».

112. En conclusión, ni el objeto ni la razón de ser de la «Decisión No. 24» son aplicables a la inversión del Sr. Pey Casado. En lo que concierne al Decreto No. 482 de junio de 1971 («Decisión No. 24»), esto resulta de los siguientes hechos:

La cuestión de la plena puesta en aplicación de esta decisión sólo fue resuelta en Chile a través del Decreto con Fuerza de Ley (DFL) No. 746 del 6 noviembre de 1974 (*Diario Oficial* del 9 de noviembre de 1974); su objetivo principal figura en el artículo 28 y siguientes, los cuales especifican que las empresas extranjeras que deseen gozar de las ventajas arancelarias de los países miembros del Grupo Andino deben transformarse en empresas nacionales, en un plazo no mayor de 15 años en el caso de Colombia, Chile, Perú y Venezuela y de 22 años para Bolivia y Ecuador; el concepto de sociedad « extranjera » aparece definido en los artículos 1 y 30 de la «Decisión No. 24» y en la «Decisión No. 47» de la Comisión del Grupo Andino:

- «*Sociedad (o inversión) nueva extranjera significa: la que se cree (o la inversión que se realice) con posterioridad al 30 de junio de 1971, en la cual los inversionistas del Mercado Común Andinos son minoritarios y no ejercen control alguno. Igualmente se considera como nuevas inversiones extranjeras los aportes de capital realizados en fecha posterior al 30 de junio en las empresas extranjeras ya existentes*», (cf. P. Schliesser y S. Volnay en *Journal de droit international*, 1972, No.3, p.560);

CONFIDENCIAL

113. Una definición de empresa «nacional» o de inversionista «nacional» puede encontrarse en los artículos 1 y 30 de la «Decisión No. 24» y en las «Decisiones No. 46 y No. 48 » de la Comisión del Grupo Andino:

- *«Inversionista nacional» significa: personas naturales y jurídicas que tengan la nacionalidad del país receptor de la inversión; se consideran también como inversionistas nacionales a las personas naturales extranjeras con residencia ininterrumpida en el país receptor no inferior a un año, que, conforme al Código [de inversiones], renuncien el derecho de reexportar el capital y transferir utilidades al exterior. Los nacionales de otros países del Mercado Común Andino así como la Sociedad Andina de Desarrollo serán considerados de la misma forma como inversionistas nacionales en las nuevas sociedades extranjeras» (P. Schliesser y S. Volnay, *op. cit.*, p. 560).*

El artículo 1 del decreto No. 482 del 25 de junio de 1971 dispone lo siguiente:

114. Ahora bien, los aportes del Sr. Pey Casado provenían sin duda alguna del exterior, pero el solicitante no era en 1972 una persona física «extranjera» en Chile. Además, no había optado por el beneficio de ninguno de los regímenes que en ese momento otorgaba el derecho a la transferencia de utilidades, lo que constituye una de las características determinantes de la inversión a la que hace referencia la «Decisión No. 24» y consubstanciales a los objetivos de ésta.

El artículo 2 del Decreto No. 482 del 25 de junio de 1971 define uno de los objetivos de este régimen:

«Todo inversionista extranjero que desee invertir en alguno de los países miembro deberá presentar una solicitud ante el organismo nacional competente, el cual, previa evaluación, la autorizará cuando corresponda a las prioridades del desarrollo del país receptor».

CONFIDENCIAL

Sin duda alguna, el Sr. Pey Casado, al no ser *extranjero* en Chile en 1972, no estaba obligado a solicitar tal autorización y no existen pruebas en el expediente que permitan afirmar que requirió tal permiso.

115. Dado que, tal como lo dispone el Decreto No. 482 de 1971, la empresa C.P.P. S.A. editora del diario «Clarín» era una compañía «nacional», ésta tenía el derecho de exportar a los países del Mercado Andino, no estando sujeta a otras condiciones:

«Artículo 1. Para los efectos del presente régimen se entiende por:

- Inversionista nacional: el Estado, las personas naturales nacionales, las personas jurídicas nacionales que no persigan fin de lucro y las empresas nacionales definidas en este artículo;

- Empresa nacional: la constituida en el país receptor y cuyo capital pertenezca en más del ochenta por ciento a inversionistas nacionales (...).».

« Artículo 27: Gozarán de las ventajas derivadas del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena únicamente los productos producidos por empresas nacionales y mixtas de los Países Miembros, así como por las empresas extranjeras que se encuentren en vías de transformarse en empresas nacionales o mixtas, en los términos establecidos en el presente Capítulo [II] ».

116. El carácter facultativo y voluntario del Estatuto de la Inversión Extranjera vigente en 1972 y ratificado por el DFL No. 600 de 1974 sólo era aplicable a aquellos que deseaban gozar del beneficio de las franquicias asociadas a éste. El artículo transitorio No. 2 confirma que la modalidad de la inversión practicada en 1972 por el Sr. Pey Casado en C.P.P. S.A. era de naturaleza *extranjera* independientemente del hecho de que no había sido inscrita ante el Banco Central.

117. El DFL No. 600 de 1974, al abrogar el DFL No. 258 del 4 de abril de 1960, demuestra indefectiblemente que era este último (y no la «Decisión No. 24») el que se

CONFIDENCIAL

encontraba en vigor, siendo el único que podía aplicarse en el momento de la inversión que el Sr. Pey Casado realizó en 1972

118. Por último, a fin de completar el examen de los argumentos intercambiados por las partes a propósito de la mencionada «Decisión No. 24», el Tribunal de Arbitraje estima necesario tratar el «dilema fatal» en el que la Demandada declara haber puesto a las Demandantes. Este «dilema fatal» podría presentarse de la siguiente manera: o bien la inversión de 1972 fue realizada por el Sr. Pey Casado en su carácter de nacional chileno y, en consecuencia, sería legítima como «inversión nacional» en Chile en ese momento, pero no como «inversión extranjera», o bien las operaciones que llevó a cabo le confirieron plenamente la calidad de «inversionista extranjero», y, por consiguiente, éstas serían contrarias al derecho chileno, el cual prohíbe toda «inversión extranjera» en la prensa nacional. El Tribunal de Arbitraje es de la opinión que tal dilema no existe ni en los hechos ni en derecho, tanto por las razones ya indicadas, como por las siguientes razones:

119. En los hechos, el Tribunal de Arbitraje no encontró en el expediente, entre la fecha de la inversión en 1972 y la de inicio del procedimiento ante el CIADI en 1998, ninguna observación de las autoridades chilenas en lo concerniente a algún tipo de infracción que habría cometido el Sr. Pey Casado en el marco de la supuesta entrada en vigor del «Régimen común» establecido por la «Decisión No. 24». El primer reproche sobre este punto aparece en el Memorial sobre las excepciones a la competencia del 29 de diciembre de 1999 (incisos 3.2.2.6. y 3.2.2.7.).

120. No obstante, las autoridades chilenas, políticas y administrativas, civiles y militares, habían llevado a cabo investigaciones, al parecer minuciosas, sobre las circunstancias en las cuales el Sr. Pey Casado había adquirido C.P.P. S.A. en 1972 con sus propios capitales extranjeros (documentos producidos por la Demandada el 12 de noviembre de 2002 ante el requerimiento del Tribunal de Arbitraje, prueba documental

CONFIDENCIAL

D. 20). A partir de septiembre de 1975, dicha adquisición había sido incluso objeto de un procedimiento judicial (prueba documental D. 19). Ninguna autoridad había acusado en ese entonces al Sr. Pey Casado de haber infringido la aplicación del «Régimen común» establecido por la «Decisión No. 24» con posteridad al Decreto No. 482 /488 de 1971 o de cualquier otra disposición relativa a inversiones en divisas en una empresa de prensa.

121. De hecho, como ya se señaló, es notable que en toda la legislación chilena sobre inversiones extranjeras en vigor durante el período en cuestión, el elemento que confería la condición de «extranjera» a una determinada inversión (como la realizada en las empresas C.P.P. S.A. y EPC Ltda.) era el origen externo de los fondos y, de ningún modo, la nacionalidad.

En 1972, el Sr. Pey Casado era nacional chileno y gozaba sin traba alguna de su ciudadanía chilena conforme al artículo 2 del Convenio de doble nacionalidad del 24 de mayo de 1958. Estos beneficios no privaban por ello a los capitales de su calidad de «extranjeros» adquirida en virtud de su procedencia foránea en Chile. Los Decretos Leyes No. 258 de 1960 y No. 1.272 de 1961 en vigor a la fecha de la inversión establecían una diferencia en cuanto al origen local o extranjero de los capitales, y no en función de la nacionalidad del inversionista. La opinión unánime del Consejo de Defensa del Estado del 29 de noviembre de 1971 (que retomaba el dictamen redactado en el mismo sentido en agosto de 1971 por el Banco Central de Chile) había demostrado de manera convincente que los Decretos Leyes de 1960 y de 1961 anteriormente citados eran aplicados a las inversiones efectuadas en divisas por los nacionales chilenos. La circular del Servicio de Impuestos Internos de Chile de fecha 22 de diciembre de 1972, así como el testimonio notarial del Sr. Alfonso Inostroza, Presidente del Banco Central en la época de la inversión del Sr. Pey Casado, expresan el mismo parecer.

122. En resumen, el Tribunal de Arbitraje estima y constata que la inversión del Sr. Pey Casado de 1972 es anterior a la aplicación efectiva (eventual) en Chile del Decreto

CONFIDENCIAL

No. 482 del 25 junio de 1971 («Decisión No. 24»). Por otro lado, no se ha probado que haya estado dentro de las finalidades de dicho Decreto el aplicarse a inversiones de la naturaleza de la efectuada por el Sr. Pey Casado y que por último, en 1972 y 1973, se encontraban en vigor el DFL No. 258 del 30 de marzo de 1960 (Estatuto del Inversionista) y el DFL No. 1.272 del 7 de septiembre de 1961 (documentos No. 17 y 16 del «Memorial sobre las excepciones a la competencia»).

Antes de entrar a examinar la naturaleza de la inversión en lo que respecta a la segunda Demandante, es decir, la Fundación Presidente Allende, conviene examinar ahora las cuestiones atinentes a la nacionalidad del Sr. Pey Casado.

Capítulo II: La nacionalidad de la primera demandante

123. Cabe recordar aquí, a manera de introducción, la Decisión del 8 mayo de 2002 (N° 105 ss.) que une las excepciones al fondo, de acuerdo con el Artículo 41 del Convenio de Washington. En su Decisión, el Tribunal ha considerado que “no parece que ni la parte demandada haya probado su afirmación sobre la nacionalidad chilena del demandante ni que este último haya demostrado, por su parte, que ha renunciado válidamente a dicha nacionalidad o que ha sido privado de la misma a raíz de los acontecimientos posteriores al golpe de estado militar del 11 de septiembre de 1973 o a raíz de las disposiciones de carácter general o particular adoptadas por el gobierno chileno” (N° 110).

124. Después de esta Decisión, como nos recuerda el resumen de las actuaciones, ambas partes expusieron en forma detallada y con detenimiento sus respectivos puntos de vista sobre estas mismas cuestiones, tanto en sus escritos como en los alegatos orales, y en un largo debate contradictorio, de manera que el presente Tribunal de Arbitraje se encuentra en condiciones de decidir al respecto.

125. La primera cuestión es saber si el Sr. Pey era nacional español o chileno el 2 de octubre de 1997 (fecha en la que consintió al arbitraje del CIADI

CONFIDENCIAL

mediante declaración escrita en Santiago, consentimiento éste que fue expresado con exclusión de lo que respecta a la controversia relativa a la restitución o la indemnización de la rotativa GOSS) o el 20 de abril de 1998 (fecha en que el CIADI registró la Solicitud de Arbitraje de las demandantes) y/o si poseía la doble nacionalidad en una u otra de dichas fechas.

126. En lo que respecta a los hechos, nos limitaremos aquí, a fin de evitar inútiles repeticiones, a la exposición detallada que se hace en la parte de CUESTIONES DE HECHO del presente Laudo; otro resumen de carácter provisorio también se encuentra en la Decisión del 8 de mayo de 2002 (en el N° 50 y ss., y en los N° 37-39). No obstante, para mayor claridad, debemos recordar los siguientes datos esenciales:

El señor Víctor Pey Casado nació en España en 1915, emigró a Chile en 1939 cuando la República española fue derrotada por la rebelión franquista, y allí vivió hasta 1973. Se inscribió por primera vez en el Consulado de España en Santiago en 1947. El 24 de mayo de 1958, España y Chile firmaron un Convenio bilateral sobre doble nacionalidad, un documento que les permitía a los ciudadanos de una de las partes contratantes adquirir la nacionalidad de la otra, sin perder su nacionalidad de origen. Aplicando este texto, el señor Pey solicitó y obtuvo la nacionalidad chilena (Decreto Supremo N° 8054 del 11 de diciembre de 1958).

127. De acuerdo con el mencionado Convenio sobre doble nacionalidad, cuyo preámbulo recuerda que los españoles y los chilenos forman parte de una comunidad caracterizada por la identidad de tradiciones, cultura y lengua, los Estados contratantes consideran que:

[...] no hay ninguna objeción jurídica para que una persona pueda tener dos nacionalidades, a condición de que sólo una de ellas tenga plena eficacia, origine la dependencia política e indique la legislación a que está sujeta. [sic]

El Convenio prevé (Art. 1.1) que: *“Los españoles nacidos en España, y recíprocamente los chilenos nacidos en Chile, podrán adquirir la nacionalidad chilena o*

CONFIDENCIAL

española, respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor en cada una de las Altas Partes contratantes, sin perder por ello su anterior nacionalidad". El artículo 2 prevé especialmente que: *"Los españoles que hayan adquirido la nacionalidad chilena conservando su nacionalidad de origen deberán ser inscritos en el Registro de Cartas de Nacionalización chileno [...]"*. A partir de la fecha de tal inscripción, los chilenos en España y los españoles en Chile gozarán de la plena condición jurídica de nacionales, en la forma prevista en ese Convenio y en las leyes de ambos países. El artículo 3 precisa que: *"[...] el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática y el ejercicio de los derechos civiles y políticos se regirán por la Ley del país donde se hayan domiciliado [...]"*.

128. El artículo 3, inciso 2, excluye para los casos de doble nacionalidad la aplicación simultánea de las legislaciones de ambos países y hace prevalecer la legislación del país del domicilio. El artículo 4 precisa que se presume que el domicilio se encuentra establecido en el país de la segunda nacionalidad adquirida, y plantea el principio de la unidad de domicilio, el que sólo podrá cambiarse mediante la residencia habitual en el otro país contratante, siempre que dicho cambio se haya registrado en el Registro pertinente.

129. Tal como vimos, en 1958, el señor Pey se convirtió en un doble nacional, siendo su nacionalidad preponderante la chilena, puesto que su domicilio estaba en Chile, y siéndole aplicables las leyes de Chile para cualquier asunto, en especial los relativos a pasaportes, protección diplomática y ejercicio de los derechos civiles y políticos.

130. Posteriormente, el señor Pey, ¿perdió o conservó su nacionalidad chilena en las fechas críticas? El hecho de que la primera demandante había adquirido, en diciembre de 1958, la nacionalidad chilena, y, por ende, su condición de doble nacionalidad, española y chilena, de acuerdo con el Tratado bilateral del 24 mayo de 1958, no es objetada ni objetable. La única cuestión decisiva en este caso es saber si, en las fechas críticas, mantenía la nacionalidad chilena, tal como lo pretende el Gobierno chileno en su

CONFIDENCIAL

excepción de incompetencia, o si, por el contrario, tal como lo alega la demandante, había sido privado de la misma o había renunciado a ella en forma válida.

131. Dado que no se cuestiona que el señor Pey era de nacionalidad chilena en la fecha 11 de septiembre de 1973, parece conveniente respetar la cronología de los acontecimientos y, entre las tesis contradictorias, evaluar, en primer lugar, por razones prácticas, los argumentos del señor Pey Casado en lo que respecta a la pérdida de la nacionalidad chilena y, luego, los argumentos del Gobierno demandado sobre el mantenimiento de la mencionada nacionalidad, todo ello sin perjuicio alguno en cuanto a la carga de la prueba, tema que será tratado y analizado más adelante.

132. Según el señor Pey, él habría perdido su nacionalidad chilena, como consecuencia del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, durante el cual el Presidente Allende fue asesinado. Tras una redada de los militares en las oficinas del diario Clarín, y temiendo por su vida, el 14 de septiembre de 1973 se refugió en la Embajada de Venezuela en Santiago. Las autoridades chilenas, en una fecha que no fue determinada por las partes en el procedimiento, habrían rechazado la renovación de su pasaporte chileno, cuya validez ya había expirado en diciembre de 1971. Esta denegación de pasaporte o de renovación, como se pretende, equivaldría a una “desnaturalización”, a una “desnacionalización” o a una privación *de facto*; pero las autoridades chilenas le acordaron al señor Pey, así como a otras personas, un salvoconducto el 27 de octubre de 1973, que le permitió llegar a Venezuela, donde estableció su residencia y obtuvo un pasaporte de urgencia como apátrida el 8 de enero de 1974 y una cédula de identidad para extranjeros en tránsito el 28 de enero de 1974. En ese país, se lo consideró “en tránsito” (transeúnte) hasta el 28 de enero de 1975, fecha en la que obtuvo, en su condición de residente, una cédula de identidad nacional venezolana.

133. En resumen, la tesis del señor Pey Casado es que, desde septiembre de 1973 (el mes del golpe de Estado militar), él perdió su nacionalidad chilena en razón del accionar de las autoridades militares, que le denegaban los derechos amparados por el Tratado bilateral sobre doble nacionalidad, se negaban a renovarle el pasaporte, le negaban la

CONFIDENCIAL

protección diplomática, lo declaraban “rebelde” (prueba documental C197): en pocas palabras, lo privaban, al menos *de facto*, de su condición jurídica de nacional chileno, por ejemplo, mediante la prohibición de volver a entrar en Chile libremente (v. C257), de modo que a partir de dicho período sólo era un ciudadano español. Esta tesis plantea una serie de cuestiones de hecho y de derecho.

134. En cuanto a las cuestiones de hecho, cabe destacar que la copia del pasaporte que integra el expediente demuestra que su validez expiraba el 12 de diciembre de 1971 [C252]. La demandante manifestó que había viajado a Portugal y a Suiza en mayo y en octubre de 1972, respectivamente, para negociar y cerrar la compra de la sociedad CPP S.A. puesta a la venta por el señor Darío Sainte-Marie. No queda completamente claro cuáles fueron los pasaportes de los que se sirvió durante esos viajes, pero, no obstante, parece que puede tenerse por establecido el hecho de que el señor Pey buscó refugio en el Consulado o la Embajada de Venezuela y se fue de Chile rumbo a Venezuela con un pasaporte chileno vencido. En Venezuela, se rechazó nuevamente su solicitud de pasaporte chileno y las autoridades locales le entregaron un pasaporte especial como apátrida. El 9 de enero de 1974, el Consulado español en Caracas le otorgó una visa de 3 meses para España, adonde llegó el 31 de mayo de 1974.

135. En lo que respecta a las cuestiones de derecho, en este contexto, se plantea la cuestión de saber si el comportamiento de las autoridades chilenas constituyó un retiro o una privación de nacionalidad. A tal fin, cabe recordar los principios y las reglas del derecho internacional en la materia. Sabemos que para el derecho internacional público, la cuestión de la nacionalidad pertenece al dominio reservado de cada Estado, un principio que ha sido permanentemente afirmado por la doctrina y por la práctica arbitral o judicial.

136. En su Opinión Consultiva sobre los Decretos de Nacionalidad entre Túnez y Marruecos, de 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional (Serie B, n° 4) consideró que, dado el carácter fundamentalmente relativo de este problema que depende de la evolución de las relaciones internacionales, los asuntos de nacionalidad son, en

CONFIDENCIAL

principio, de dominio reservado. En 1955, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm* (2ª etapa – *Liechtenstein c. República de Guatemala*, sentencia del 6 de abril de 1955) declaró que “*il appartenait au Liechtenstein, comme à tout Etat souverain, de régler par sa propre législation l'acquisition de sa nationalité (pág. 20), car le droit international laisse à chaque Etat le soin de régler l'attribution de sa propre nationalité*”¹⁰. La misma Sentencia precisa que “*un Etat ne saurait prétendre que les règles par lui établies devraient être reconnues par un autre Etat que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'Etat qui assume la défense de ses concitoyens, par le moyen de la protection vis-à-vis des autres Etats (pág. 23)*”¹¹

137. En cuanto a la Convención de La Haya de 1930 sobre conflicto de leyes en materia de nacionalidad, que entró en vigor el 1º de abril de 1937 (pero que no fue ratificado por España o por Chile, a pesar de que los representantes de ambos países manifestaron su acuerdo durante las negociaciones), ésta declara que es discreción de cada Estado determinar, bajo su propia legislación, quiénes son sus ciudadanos (art. 1) y que “*any question as to whether a person possesses the nationality of a particular State, shall be determined in accordance with the law of that State*” (art. 2). El artículo 3 de la Convención declara además que “*a person having two or more nationalities may be regarded as its national by each of the States whose nationality he possesses*” (179 LNTS 89).

138. Finalmente, cabe mencionar que la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas trató este tema con detenimiento y que su Relator Especial declaró que “*in principle, questions of nationalities fall within the domestic jurisdiction of each State*” (Yearbook of the International Law Commission A / 2163, 1952, pág. 7).

¹⁰ El texto en inglés dice lo siguiente: “*It is for Liechtenstein, as it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality [...]*” (pág. 21), puesto que “*[...] international law leaves it to each State to lay down the rules governing the grant of its own nationality*” (pág. 25).

¹¹ El texto en inglés dice lo siguiente: “*[...] a State cannot claim that the rules it has thus laid down are entitled to recognition by another State unless it has acted in conformity with this general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual's genuine connection with the State which assumes the defence of its citizens by means of protection as against other States*” (pág. 25).

CONFIDENCIAL

139. También puede mencionarse un pasaje del fallo en el caso *Nottebohm* en el que la Corte menciona la situación de los que poseen doble nacionalidad:

Lorsqu'un Etat a conféré sa nationalité à une personne et qu'un autre Etat a conféré sa propre nationalité à cette même personne, il arrive que chacun de ces Etats, estimant qu'il a agi dans l'exercice de sa compétence nationale, s'en tient à sa propre conception et se conforme à celle-ci pour son action propre. Chacun de ces Etats reste jusque là dans son ordre juridique propre.

Cette situation peut se trouver sur le terrain international et être examinée par un Arbitre international [...].

Le plus souvent, l'Arbitre international n'a pas eu, à proprement parlé, à trancher entre les Etats en cause un conflit de nationalité, mais a déterminé si la nationalité invoquée par l'Etat demandeur était opposable à l'Etat défendeur [...]

L'arbitre international a tranché de la même façon de nombreux cas de double nationalité où la question se posait à propos de l'exercice de la protection. Il a fait prévaloir la nationalité effective, celle concordant avec la situation de fait, celle reposant sur un lien de fait supérieur entre l'intéressé et l'un des Etats dont la nationalité était en cause. Les éléments pris en considération sont divers et leur importance varie d'un cas à l'autre. Le domicile de l'intéressé y tient une grande place, mais il y a aussi le siège de ses intérêts, ses liens de famille, sa participation à la vie publique, etc”¹²

La sentencia destaca también que el Juez del tercer Estado:

¹² El texto en inglés dice lo siguiente: “When one State has conferred its nationality upon an individual and another State has conferred its own nationality on the same person, it may occur that each of these States, considering itself to have acted in the exercise of its domestic jurisdiction, adheres to its own view and bases itself thereon in so far as its own actions are concerned. In so doing, each State remains within the limits of its domestic jurisdiction.

This situation may arise on the international plane and fall to be considered by international arbitrators [...] (pág. 23).

In most cases arbitrators have not strictly speaking had to decide a conflict of nationality as between States, but rather to determine whether the nationality invoked by the applicant State was one which could be relied upon as against the respondent State [...] (pág. 23).

International arbitrators have decided in the same way numerous cases of dual nationality, where the question arose with regard to the exercise of protection. They have given their preference to the real and effective nationality, that which accorded with the facts, that based on stronger factual ties between the person concerned and one of the States whose nationality is involved. Different factors are taken into consideration, and their importance will vary from one case to the next: the habitual residence of the individual concerned is an important factor, but there are other factors such as the centre of his interests, his family ties, his participation in public life, [...] etc.” (págs. 23-24).

CONFIDENCIAL

*[...] s'efforce de trancher le conflit, en faisant appel à des critères d'ordre international et sa tendance dominante est à faire prévaloir la nationalité effective. Telle est aussi la tendance qui domine chez les publicistes et dans la pratique*¹³ (pág. 22).

140. Sobre la base de este contexto jurídico general debemos examinar ahora la cuestión para determinar si las autoridades chilenas, tal como lo alega la parte interesada, privaron al señor Pey Casado de su nacionalidad chilena o si, tal como lo manifestaron dichas autoridades en los fundamentos a su objeción a la competencia, el señor Pey Casado había conservado esa nacionalidad en las fechas cruciales para el arbitraje.

141. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe de 1985 sobre la situación más que preocupante de los derechos humanos en Chile, analizó en detalle el derecho a tener una nacionalidad y a no ser privado de la misma de modo arbitrario. Según este informe, del artículo 6 de la Constitución chilena de 1925, se desprendería que la nacionalidad sólo puede perderse en tres casos: en primer lugar, en caso de naturalización en un país extranjero; en segundo término, en caso de anulación de los documentos de naturalización (decisión contra la cual se puede presentar un recurso ante la Corte Suprema); por último, en caso de haber prestado servicios a los enemigos de Chile o a sus aliados durante la guerra.

El primer caso ha sido modificado evidentemente por el Convenio hispano-chileno sobre doble nacionalidad que, en forma expresa, autoriza a los nacionales chilenos a conservar su nacionalidad, aun cuando hayan obtenido la nacionalidad española. En cuanto a las otras dos causales anteriormente mencionadas, si bien, *prima facie*, no parecen aplicarse al presente caso, requieren, no obstante, ser analizadas con mayor detenimiento.

142. La Constitución chilena de 1925 sufrió una enmienda por vía del Decreto 175 del 3 de diciembre de 1973 (posterior al golpe de Estado militar). Dicha enmienda agrega un

¹³ El texto en inglés dice lo siguiente: “[...] seek to resolve the conflict by having recourse to international criteria and their prevailing tendency is to prefer the real and effective nationality. The same tendency prevails in the writings of publicists and in practice” (pág. 24).

CONFIDENCIAL

caso de privación de la nacionalidad por el motivo siguiente: “por atentar gravemente desde el extranjero contra los intereses esenciales del Estado durante las situaciones de excepción previstas en el artículo 72, número 17 de esta Constitución Política”.

143. No se ha establecido que las autoridades chilenas le hayan aplicado efectivamente esta disposición al señor Pey Casado ni que la parte demandada haya sostenido que las acciones del diario Clarín que este último compró en Estoril y/o en Ginebra equivalgan a “atentar gravemente desde el extranjero contra los intereses esenciales del Estado”. Si tal hubiera sido el caso, lo que no ha sido probado, cabría preguntarse si el Tribunal de Arbitraje puede tener en cuenta el Decreto Ley 175, suponiendo que el mismo no haya sido anulado y considerado de efecto nulo por la legislación chilena posterior a la caída del régimen militar. De todos modos, cabe destacar que el artículo 2 del Decreto Ley 175/1973 preveía que todas las pérdidas de nacionalidad se debían declarar por un Decreto Supremo fundado. Y un Decreto subsiguiente (n° 355/1974) le ofrecía al interesado la posibilidad (efectiva o teórica) de apelar ante la Corte Suprema a fin de oponerse a la privación de su nacionalidad por decreto.

144. Se hace notar también que el Gobierno de Chile proporcionó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el nombre de las personas que habían sido privadas de la nacionalidad chilena por las autoridades, y que el nombre del señor Pey Casado no se encontraba en la lista. No obstante, como este hecho dependía sólo de la iniciativa y el juicio de la autoridad en cuestión (juicio que se fundaba, sin duda alguna, en su propio interés, en el contexto de sus relaciones con dicha comisión interamericana), no puede tenerse por una prueba decisiva. Si nos atenemos al derecho chileno, que, en principio, es aplicable según los principios del derecho internacional de los que se ha hecho mención con relación a la nacionalidad chilena del señor Pey Casado, el comportamiento de las autoridades militares chilenas, por más arbitrario o chocante que resulte respecto de la primera demandante, deja dudas en cuanto a la pérdida o el mantenimiento de esa nacionalidad. Entre los diversos documentos incluidos en el expediente, no se encuentra ninguna prueba formal de la pretendida privación de la nacionalidad chilena por un acto de autoridad.

CONFIDENCIAL

145. Otra cuestión la representa el saber si puede interpretarse como un reconocimiento formal, aunque implícito, de la pérdida de nacionalidad el hecho de que las autoridades chilenas le hayan entregado al señor Pey Casado un salvoconducto. La respuesta a este interrogante no puede ser más que negativa, salvo en circunstancias excepcionales, puesto que la expedición de un salvoconducto no está destinada, en absoluto, a los apátridas, sino que caracteriza una situación de conflicto. Por ejemplo, el *Black's Law Dictionary* distingue entre pasaporte y salvoconducto y define a este último como un documento “*conferring permission upon an enemy subject or other to proceed to a particular place for a defined object*”.

El informe de 1974 sobre la situación de los derechos humanos en Chile, publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, afirma, por otra parte, que “*the Chilean Ministry of Foreign Affairs had granted 2945 safe-conducts for Chileans who had taken refuge in diplomatic missions in Santiago, and 547 courtesy safe-conducts for members of the family of those persons*”. Además, el mismo informe menciona que Venezuela había aceptado un total de 249 personas, chilenas o extranjeras, como refugiados de Chile.

146. La demandante sostuvo, basándose en el documento C1, el informe del Secretario General de la ONU ante la Asamblea General del 8 de octubre de 1976, párrafos 415-422, que de hecho y contrariamente a lo que afirma el Gobierno chileno, “*varios millares de chilenos han perdido la mayor parte de los derechos inherentes a la nacionalidad...*” (el subrayado es nuestro). En el informe referido, se indica, por ejemplo, que muchos chilenos eran expulsados por Chile, que tenían pasaportes válidos sólo para salir de Chile de manera definitiva, que no podían renovarlos y que, a veces, se veían obligados a solicitar un documento de viaje en la dependencia de las Naciones Unidas para los refugiados (párr. 420).

No obstante, suponiendo que esa afirmación fuera exacta y haya sido probada, no parece *prima facie* que pueda equiparársela a una prueba de pérdida jurídica de la

CONFIDENCIAL

nacionalidad en sí misma en rigor. Cualesquiera hayan sido las violaciones y los actos arbitrarios perpetrados por el Gobierno militar chileno en 1973, no puede establecerse con certeza que hayan ocasionado la privación *de jure* de la nacionalidad chilena del señor Pey Casado.

147. En este punto del análisis, cabría indicar que las posiciones o declaraciones de las autoridades de Venezuela relativas al señor Pey Casado, como apátrida, extranjero en tránsito (transeúnte), etc., no inciden sobre la cuestión de mantener o perder la nacionalidad chilena. De acuerdo con la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, no posee nacionalidad “*a person who is not considered as a national by any State under the operations of its law*”. Éste no era el caso del señor Pey Casado, quien sin ninguna duda podía ser ciudadano de España y también, es probable que, si le damos crédito por lo menos al examen al que se procedió hasta aquí, fuera ciudadano chileno en 1973. En consecuencia, no era apátrida. Asimismo, de los principios del derecho internacional público enunciados previamente se desprende que la interpretación que pueda hacer un tercer país sobre la situación del señor Pey —en este caso Venezuela— no puede tener ninguna consecuencia en cuanto a definir la nacionalidad chilena, ya que ésta es una cuestión que pertenece al dominio reservado de este Estado.

148. ¿Qué puede pensarse entonces del hecho de que, a semejanza de muchísimos otros ciudadanos considerados enemigos del nuevo régimen surgido del golpe de Estado militar, o rebeldes, y públicamente denunciados como tales por dicho régimen, el señor Pey Casado se vio obligado a buscar asilo en el extranjero para proteger su vida y su libertad? Parece incluso que, habida cuenta de su eminente situación personal y patrimonial, de su influencia y de sus vínculos con el presidente Allende, el señor Pey estaba particularmente amenazado y en la mira de las vías de hecho y las medidas de la dictadura militar.

149. De esta manera, se plantean dos cuestiones en esta etapa. La primera es establecer si, en ausencia de una decisión formal (decreto u otra) de privación de la nacionalidad, las diversas medidas de apremio que tenían como blanco al señor Pey no constituyeron una

CONFIDENCIAL

acción equivalente, por lo menos, a una privación *de facto* de la nacionalidad chilena (efectiva hasta una posible recuperación ulterior, por voluntad del interesado o por decisión de las nuevas autoridades democráticas). Sobre esta cuestión también se presentará, como lo veremos más adelante, el problema de la carga de la prueba.

150. Surge una segunda cuestión, ya sea en la hipótesis de una respuesta negativa al interrogante precedente, ya sea en caso de que a esta segunda cuestión se la considere de manera totalmente independiente: nos referimos al hecho de determinar si un Estado que, al menos de facto, priva a uno de sus nacionales de la casi totalidad o de la mayoría de los derechos vinculados a su nacionalidad (absteniéndose, no obstante, por una razón o por otra, de decretar un retiro formal de esta última) tiene derecho de invocar posteriormente el mantenimiento de la condición jurídica de nacional de tal persona, y esto con el simple y único objetivo de evitar así las reclamaciones formuladas en su contra y la jurisdicción internacional del CIADI (Artículo 25). De tenerlo por establecido, tal comportamiento, ¿sería conforme al principio de buena fe, que es el que normalmente rige la interpretación, por parte tanto de los Estados como de los inversionistas, en cuanto al consentimiento de ambas partes a la jurisdicción del CIADI?

151. Antes de avanzar en el análisis de esas diversas cuestiones, el Tribunal de Arbitraje estima conveniente y necesario proseguir con el examen cronológico de los hechos, en especial a la luz de las alegaciones de la parte demandada, según la cual el señor Pey Casado se declaró nacional chileno en reiteradas ocasiones entre 1973 y 1974, y, posteriormente, habría actuado de un modo que implicaba que se reconocía sin duda alguna como nacional chileno. De esa manera, procede investigar si, a partir de los años 1973-1974 y antes de las dos fechas críticas mencionadas más arriba, se modificó o no la situación en lo que concierne a la nacionalidad de la parte demandante.

A este respecto, las partes se remitieron al Convenio bilateral de doble nacional suscrito en 1958 entre la República de Chile y el Reino de España y debatieron su posible aplicación a esta última cuestión.

CONFIDENCIAL

152. Según el artículo 4.3 de dicho Convenio, "En el caso de que una persona que goce de la doble nacionalidad traslade su residencia al territorio de un tercero Estado, se entenderá por domicilio, a los efectos de determinar la dependencia política y la legislación aplicable, el último que hubiere tenido en el territorio de una de las Altas Partes contratantes". De ello resulta que, según ese Convenio, en la época en que se estableció en Venezuela, el señor Pey Casado conservaba su nacionalidad chilena como su nacionalidad "primaria", al tiempo que continuaba siendo un nacional español.

153. De acuerdo con el artículo 4.2 del mismo tratado bilateral de doble nacionalidad, un chileno sólo puede cambiar su domicilio si traslada su residencia habitual a España y se inscribe allí en el Registro Civil de España. Pues bien, el 31 de mayo de 1974 el señor Pey Casado viajó a España y el 4 de junio de 1974 se inscribió en el Registro de la Municipalidad de Madrid, recibiendo en esa ocasión una cédula de identidad nacional española.

154. El artículo 10 de la Ley de 1957 sobre el Registro Civil de España declara que el Registro Civil está compuesto por los Registros Municipales, los Registros Consulares y un Registro Central [C150]. El Registro Central tiene competencia subsidiaria o residual para inscribir los hechos que no pueden ser registrados en otro Registro (artículo 18). El artículo 64 de la misma ley prevé que los asuntos de nacionalidad y de domicilio se inscriben en el Registro pertinente. Por otra parte, el artículo 1º del Reglamento de 1958 sobre el Registro Civil de España prevé que los diversos órganos del Registro Civil tienen la obligación de comunicarse entre sí [C150].

155. Contrariamente a la tesis que sostiene la demandada, de lo que antecede se desprende que la inscripción del señor Pey en el Registro Municipal de Madrid produjo indudablemente sus efectos: se produjo, al menos, un cambio válido en la nacionalidad "primaria" del señor Pey Casado, en el sentido del tratado bilateral. Por consiguiente, en 1974, aplicando ese tratado, la nacionalidad primaria del señor Pey sería la española, mientras que su nacionalidad "secundaria", conforme a dicho tratado, continuaría siendo la chilena.

CONFIDENCIAL

156. Se alegó también que la inscripción en el Registro Municipal, no había de hecho sido registrada en el Registro apropiado y, por lo tanto, no habría sido válida en esa época, un defecto que se corrigió recién en 1996. Este argumento no tiene relevancia para este caso. En efecto, la falta de registro debería ser considerada, en caso de haber sido probada, como una mera omisión de un funcionario español en relación con una formalidad requerida. Además, el artículo 64 de la Ley de 1958 sobre Registro Civil prevé en forma expresa que la fecha de la declaración, y no la del registro, es la que debe considerarse como la fecha de inscripción. Por otra parte, cualquier conclusión diferente sobre este tema sólo podría tener consecuencias sobre las circunstancias que permitan definir la nacionalidad “primaria” y el derecho aplicable, y no sobre la cuestión que examinamos aquí, es decir, la de poseer una nacionalidad como tal.

157. Poco después de estos acontecimientos, el 11 de junio de 1974, el señor Pey obtiene un pasaporte español. Sale, entonces, de España para regresar a Venezuela y, el mismo año, se inscribe en el Consulado español en Caracas [C18]. El 8 de enero de 1975, recibe la cédula de identidad como residente en Venezuela. El 10 de abril de 1977, recibe un pasaporte español del Consulado en Caracas (válido hasta el 10 de mayo de 1979). Viaja luego desde Venezuela a Perú donde, el 24 de mayo de 1977, se inscribe en el Consulado español en Lima. Dicho Consulado le entrega dos pasaportes: uno, el 25 de junio de 1979 (válido hasta el 24 de junio de 1984) y el otro, el 16 de enero de 1984 (válido hasta el 15 de enero de 1989). En 1988, regresa a Venezuela y el 17 de noviembre de 1988 recibe un pasaporte del Consulado español en Caracas (válido hasta el 16 de noviembre de 1993). El 18 de enero de 1989, renueva su cédula de identidad española. Finalmente, el 4 de mayo de 1989, tras la caída del régimen del General Pinochet, el señor Pey Casado visita Chile, por primera vez desde 1973.

158. Las partes trataron la cuestión de saber si, en algún momento entre 1974 y 1989, la nacionalidad del señor Pey Casado se habría modificado en virtud del Convenio bilateral de 1958 hispano-chileno sobre doble nacionalidad, que prevé de manera precisa las condiciones de un cambio de situación al respecto. En este

CONFIDENCIAL

caso, el señor Pey Casado habría podido cambiar su nacionalidad “primaria” aplicando el artículo 2.2 de dicho Convenio, pero solamente trasladando su domicilio e inscribiéndose en el Registro de Cartas de Nacionalización de Chile. En su defecto, su nacionalidad “primaria” habría continuado siendo la misma aun cuando su domicilio se hubiera trasladado a un tercer Estado no contratante (en este caso, Venezuela o Perú).

159. En este caso no se ha alegado que el señor Pey Casado hubiera trasladado su domicilio de España a Chile, de lo que resulta que durante todo este período y hasta 1989, el señor Pey Casado habría continuado teniendo la doble nacionalidad española y chilena y que su nacionalidad “primaria”, en el sentido del Tratado bilateral hispano-chileno, habría continuado siendo española desde 1974.

160. Cabe examinar ahora si hubo un cambio de nacionalidad con posterioridad a 1989. El 4 de mayo de 1989, tal como fue señalado, después de que el General Pinochet fue depuesto, el señor Pey viaja a Chile. Según él, se trató de una visita de turista, que deseaba conocer la situación de las acciones en la sociedad CPP S.A. En cambio, de acuerdo con la demandada, el señor Pey habría tenido la intención de restablecer su residencia en Chile.

161. Después de 1989, se produce una serie de hechos o acontecimientos de interés a los fines de examinar la cuestión de la nacionalidad. Comprenden diferentes declaraciones del señor Pey Casado respecto de su nacionalidad así como diversos hechos que resultaron de su retorno a Chile o que fueron paralelos a tal retorno.

162. Un primer ejemplo es la creación de la *Fundación Presidente Allende*, una fundación cuya acta de constitución al momento de su creación, el 16 de enero de 1990 en España, mencionaba que el señor Pey Casado, uno de sus tres fundadores, tenía doble nacionalidad, española y chilena. Tal vez no deja de ser interesante recordar el hecho de que, más tarde, en 1999 (C135), los estatutos de la Fundación fueron modificados con el fin de hacer desaparecer la mención de la nacionalidad chilena e indicar la nacionalidad

CONFIDENCIAL

española como la única que tenía el señor Pey. (Ver al respecto los siguientes documentos: Memorial de Contestación de la demandada, Anexo 22 y Documento C7 de las demandantes, que coinciden al declarar que el señor Pey tenía la doble nacionalidad al momento de la creación de la Fundación, y ver el Documento anexo 135 del Memorial de Contestación sobre la modificación de los estatutos de la Fundación que describen al señor Pey sólo con la nacionalidad española).

163. Según la demandada, el señor Pey Casado se identificó o se describió a sí mismo en diversas ocasiones, desde el 2 de octubre de 1991, como de nacionalidad chilena, y solicitó la ayuda de las autoridades chilenas tras su regreso. Así, por ejemplo, el 5 de enero de 1991, pide y obtiene una cédula de identidad chilena. El 17 de febrero, se inscribe en el Registro electoral de Vitacura (Memorial de Contestación, Anexo 29). El 20 de febrero de 1991, siempre en Chile, constata la pérdida de su pasaporte español y le solicita un pasaporte a la autoridad chilena, que se lo otorga. Con un pasaporte chileno viaja a Venezuela y, según afirma la demandada, también a Europa en 1997. Entre el 20 de octubre de 1991 y enero de 1997, el señor Pey Casado se habría hecho pasar por chileno en diversas ocasiones, principalmente cuando pide ayuda invocando el regreso de los exiliados. De este modo, el 25 de mayo de 1992, se presenta en la Oficina Nacional del Retorno (que se ocupa de los exiliados chilenos que regresan al país). El primero de agosto de 1992, en un contrato de trabajo con su hermano, se identifica como chileno, lo que vuelve a hacer en diversas ocasiones ayudado por su cédula de identidad chilena en agosto de 1992. En 1993, el señor Pey se inscribe en el Registro electoral de La Reina (Chile). El 23 de octubre de 1994 viaja a Bolivia con su pasaporte chileno. Con el mismo pasaporte habría viajado a Bolivia el 6 de noviembre de 1994 y después a España, el 21 de mayo de 1997, pasando por los Estados Unidos. El 28 de mayo de 1997, mientras está en España, obtiene en Madrid un pasaporte español.

164. Para apreciar correctamente el alcance de los hechos que se acaban de citar y de algunos ejemplos sobre el comportamiento del señor Pey y sus efectos sobre la cuestión de la nacionalidad, tal vez no esté de más considerar también el principio de “vínculo

CONFIDENCIAL

efectivo” que, tal como se vio, ha sido desarrollado por la práctica en el Derecho Internacional.

165. Ese concepto de "vínculo efectivo" está ligado al derecho que tiene cada país de ejercer su protección diplomática frente a quienes considera sus propios ciudadanos. Facilita la determinación de la nacionalidad en los casos en que más de un Estado pretenda tener el derecho de actuar y proteger a un individuo. Este principio fue enunciado por la Corte Internacional de Justicia en el famoso caso *Nottebohm* (C.I.J. caso *Nottebohm* (segunda etapa) *Liechtenstein c. República de Guatemala*, Sentencia del 6 de abril de 1955, Recueil C.I.J. 1955 pág. 23).

166. El mismo principio del vínculo efectivo fue aplicado en diferentes situaciones, y sobre todo en los casos de doble nacionalidad para determinar cuál de las dos se consideraría efectiva o preponderante en el ámbito de la protección diplomática. Así, tal como lo sabemos, por ejemplo, en el caso *Nottebohm*, la Corte concluyó que Liechtenstein no podía representar en forma válida al señor Nottebohm, a pesar de que éste fuese su nacional, porque, contrariamente a lo que sucedía en relación con Guatemala, no existía un vínculo efectivo entre el señor Nottebohm y el Principado.

167. El mismo criterio fue utilizado y especificado por la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. En el caso n° A-18 (Iran v. United States case n° A-18), citado con frecuencia, el Tribunal concluyó que era competente “*over claims against Iran by dual Iran-United States nationals when the dominant and effective nationality of the claimant during the relevant period from the date the claim arose until 19 January 1981 was that of the United States*”. Para definir la nacionalidad preponderante y efectiva, el Tribunal tuvo en cuenta “*all relevant factors, including habitual residence, centers of interest, family ties, participation in public life and other evidence of attachment*” (cita extraída de C.N. Brower and J.D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal*, pág. 32 (1998), Cf. también pág. 34).

CONFIDENCIAL

168. En otra decisión pertinente, el mismo tribunal no consideró la decisión de la demandante de establecerse en los Estados Unidos como un criterio de pretendida nacionalidad norteamericana preponderante, porque esta decisión estaba, en su opinión, “*motivated by the revolutionary conditions in Iran at the time, rather than a national allegiance to the United States*” (Brower y Brueschke, pág. 38). Resulta interesante la idea de investigar las motivaciones que originan un cierto comportamiento que, según se alega, implicaría el reconocimiento o, a la inversa, la negación de cierta nacionalidad.

169. Suponiendo que se pudieran transponer las citas precedentes de su esfera particular (la de la protección diplomática, la competencia jurisdiccional, conforme a la Declaración de Alger, etc.) a la del Artículo 25 del Convenio del CIADI —lo que quedaría por demostrarse—, podríamos llegar a la conclusión de que la nacionalidad “efectiva” del señor Pey Casado efectivamente era la chilena. Para respaldar tal conclusión o hipótesis podría mencionarse su regreso a Chile a partir del momento en que la situación política interna —es decir, la caída del régimen de Pinochet— se lo permitió, así como sus solicitudes de ayuda a diversos servicios chilenos, su inscripción con el fin de ejercer su derecho a voto, y su solicitud de una cédula de identidad y luego de un pasaporte. En el mismo orden de ideas, podría invocarse eventualmente la ausencia de algún acto similar para ratificar su nacionalidad española, y, por ejemplo, el hecho de que transcurrieron varios años entre la pérdida de su pasaporte español y su solicitud de un nuevo pasaporte, así como el hecho de que no parece haber pasado mucho tiempo en España en la época aquí considerada.

170. Sin embargo, tales propuestas o conclusiones conservan su carácter hipotético puesto que el Convenio bilateral de 1958 sobre doble nacionalidad regula expresamente las consecuencias de la doble nacionalidad española y chilena. El Tratado no distingue la nacionalidad “primaria”, es decir “efectiva”, de la nacionalidad “secundaria” si no es para ciertos fines precisos y específicos, sin dejar la menor duda sobre el hecho de que ambas nacionalidades subsisten de todos modos. A lo que puede agregarse la consideración, elemental por cierto, de que no es de la incumbencia de ese tratado bilateral determinar en sí la nacionalidad de ninguno de los Estados contratantes dado que esa cuestión sólo es

CONFIDENCIAL

de la competencia del derecho de cada uno de los Estados; por lo tanto, resulta superfluo que el Tribunal se dedique a comentar con detalle las controversias y los argumentos de las partes sobre ese tratado bilateral. Por último y tal como se mencionó anteriormente, para que se reúnan las condiciones de competencia exigidas por el Artículo 25 del Convenio del CIADI, tal parece que no basta con que la nacionalidad efectiva de la demandante sea la de otro Estado distinto del Estado demandando: es indefectiblemente necesario que no posea la nacionalidad de ese Estado demandado.

171. A esta altura del análisis, de los acontecimientos antes mencionados que ocurrieron luego de que el señor Pey Casado regresó a Chile después de 1989, debemos concluir que tales acontecimientos no parecen haber modificado la situación jurídica que existía anteriormente.

Pero, también queda por examinar si, tal como él mismo alega, el señor Pey Casado renunció en forma válida a su nacionalidad chilena.

172. A ese respecto y a riesgo de ser reiterativos, debemos recordar los hechos que, según lo considera la primera demandante, implican una renuncia a la nacionalidad chilena. Tales hechos pueden resumirse de la siguiente manera:

El 10 de diciembre de 1996, el señor Pey Casado informa al Departamento de Inmigración de Chile que él trasladó su residencia a España desde 1974 y que no quedaba amparado por el Convenio hispano-chileno sobre doble nacionalidad. Solicitó que se dejara constancia en el Registro chileno de Cartas de Nacionalización —único órgano competente de acuerdo con un fallo de la Corte Suprema (Cf. documento C95)— su situación de hecho, puesto que en septiembre de 1973 Chile le había negado los beneficios de dicho Convenio, de manera que su nacionalidad exclusiva sería la española. El 19 de diciembre del mismo año, la Municipalidad de Madrid confirma la residencia del señor Pey en España. El 7 de enero de 1997, el señor Pey Casado solicita al Registro Civil del Consulado español en Santiago que tome nota de que él no es beneficiario del tratado de doble nacionalidad y el 5 de febrero de 1997, el Consulado de España en

CONFIDENCIAL

Santiago elimina el nombre del señor Pey de su registro de ciudadanos españoles residentes en Chile luego de haber comprobado que su domicilio legal está radicado en España.

173. El 16 de septiembre del mismo año, 1997, el señor Pey presta una declaración en el Consulado de España en Mendoza (Argentina) y repite lo que precedentemente le había escrito al Ministerio del Interior de Chile el 10 de diciembre de 1996. Lo que especifica es lo siguiente: “Para que no quepa duda al respecto, manifiesto que la comunicación del 10 de diciembre de 1996 [...] debe entenderse del modo que mejor en Derecho procede para el fin con el que fue presentada, inclusive como constancia de mi renuncia expresa y solemne a la nacionalidad chilena en el caso de que la Administración chilena requiriera la renuncia formal. Renuncia [...] a la nacionalidad chilena, en la que de nuevo me afirmo y ratifico en este acto...” (ver los documentos C40, C14 y C52).

174. Algunas semanas más tarde, el 2 de octubre de 1997, el señor Pey da su consentimiento al arbitraje del CIADI (decisión que también adopta cuatro días después la Fundación; en ambos casos, con exclusión del litigio por la rotativa GOSS). El 20 de noviembre de 1997, el juez del Registro español hace lugar a la solicitud del señor Pey al recibir la confirmación de que su residencia está en Madrid a partir del 4 de junio de 1974.

175. El 24 de abril de 1998, el abogado del señor Pey Casado solicita al Ministerio de Relaciones Exteriores de España que verifique el cambio de domicilio del señor Pey en 1974. Una copia de dicha solicitud se envía el 7 de julio de 1998 a las autoridades chilenas por intermedio del Consulado español en Santiago. La carta se transmite el 24 de julio 1998 al Registro chileno donde un funcionario público inscribe, el 4 de agosto de 1998, la renuncia del señor Pey a su nacionalidad chilena y, consecuentemente, su situación de extranjero. Cabe notar que con posterioridad se objetaría la validez de dicha inscripción así como la competencia de dicho funcionario.

CONFIDENCIAL

176. La comunicación hecha por el señor Pey Casado al Departamento de Inmigración de Chile según la cual él residía en España desde 1974, por lo que no estaba amparado por el Convenio sobre doble nacionalidad del 10 de diciembre de 1996, ¿tuvo alguna consecuencia jurídica? En caso afirmativo, ¿cuál? Tal como vimos hasta ahora, el Convenio hispano-chileno sobre doble nacionalidad prevé expresamente, para los ciudadanos de ambos países, la posibilidad de conservar su nacionalidad de origen. La declaración del señor Pey sobre su cambio de residencia a España tiene como consecuencia un cambio sobre la ley aplicable, pero no lo priva en absoluto de sus dos nacionalidades. Por otra parte, el Convenio no prevé nada en cuanto a las consecuencias de hecho de que un ciudadano declare que no desea acogerse al Convenio. Sí contempla las ventajas específicas para quien posee doble nacionalidad, mientras que no dice nada de quienes, luego de adquirir ambas nacionalidades y haber gozado de sus beneficios, o de algunos de ellos, ya no quieren acogerse al mismo. Por lo tanto, la única cuestión es saber si la declaración del señor Pey Casado equivale a una renuncia a su nacionalidad chilena. Ahora bien, tal como se señaló anteriormente, todas las cuestiones relativas a esta nacionalidad pertenecen al dominio reservado de Chile. Cabe entonces analizar el derecho chileno aplicable al respecto.

177. El artículo 11 de la Constitución chilena enumera las siguientes causales de pérdida de la nacionalidad.

1°. Por nacionalización en país extranjero, salvo en el caso de aquellos chilenos comprendidos en los números 1°, 2° y 3° del artículo anterior que hubieren obtenido otra nacionalidad sin renunciar a su nacionalidad chilena y de acuerdo con lo establecido en el N° 4° del mismo artículo.

La causal de pérdida de la nacionalidad chilena señalada precedentemente no regirá respecto de los chilenos que, en virtud de disposiciones constitucionales, legales o administrativas del Estado en cuyo territorio residan, adopten la nacionalidad extranjera como condición de su permanencia en él o de igualdad jurídica en el ejercicio de los derechos civiles con los nacionales del respectivo país;

2°. Por decreto supremo, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados;

CONFIDENCIAL

3°. Por sentencia judicial condenatoria por delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado, así considerados por ley aprobada con quórum calificado. En estos procesos, los hechos se apreciarán siempre en conciencia;

4°. Por cancelación de la carta de nacionalización, y

5°. Por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia.

178. Las partes debatieron extensamente, en especial durante el transcurso del procedimiento, si la enumeración de las causales de pérdida de la nacionalidad que figura en la Constitución de Chile es exhaustiva o no: mientras que la parte demandada sostiene que la respuesta a este interrogante es afirmativa, la demandada, por su parte, considera que es negativa.

179. A ese respecto, advertiremos que, como lo demuestran la experiencia y el derecho internacional comparado, el texto de una constitución suele concebirse en términos de principios generales —que luego son completados y especificados por la interpretación ulterior y la práctica—, de tal modo que no puede presumirse el carácter limitante o exhaustivo del texto constitucional citado anteriormente.

180. Por otra parte y a favor de la primera tesis, podría invocarse el hecho de que —por tratarse de un asunto de derecho público chileno, derecho aplicable a la cuestión de la nacionalidad, tal como hemos visto— incumbe al primer mandatario del Estado chileno pronunciarse y decidir sobre este tema. No obstante y en todo caso, incumbe al Tribunal de Arbitraje apreciar, sin estar sujeto al derecho del Estado cuya nacionalidad se cuestiona, la aplicación de ese derecho en el presente caso, tal como lo veremos más adelante. En el caso en particular (el de la renuncia), corresponderá entonces al Tribunal apreciar si en el caso se presentó prueba del supuesto carácter limitante o exhaustivo de la mención de causales de pérdida de la nacionalidad que se hace en el texto constitucional chileno. Habiendo llegado a esta etapa del análisis, el Tribunal de Arbitraje estima necesario examinar con detenimiento las normas pertinentes en materia de prueba en lo contencioso internacional.

La carga de la prueba

181. Las dudas que persisten, tal como se ha visto, en cuanto a la pertinencia o al alcance de varias alegaciones de hecho y de derecho evaluadas anteriormente, y en cuanto al alcance o el valor de las pruebas producidas por las partes o por sus argumentos obligan al Tribunal de Arbitraje a volver a la cuestión de la carga de la prueba, mencionada a título preliminar a comienzos del presente Laudo (apartado 4, págs. 28-29). Hemos observado que el principio general de derecho, reconocido en el ámbito del procedimiento internacional al igual que en la casi totalidad de los sistemas nacionales, se resumía mediante el adagio romano *Actori incumbit probatio* y hemos especificado que la condición de “actor” no debe entenderse necesariamente como la del “demandante” (o “*claimant*”) en el litigio, o la de aquél que se califique como tal, sino como la condición de la parte que afirma o alega algo para luego desprender de ello su derecho. El adagio romano antes citado también puede expresarse, más precisamente, por medio de la frase *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

182. Ese principio general, de pertinencia y aplicabilidad indiscutibles en el caso, aunque no aparece enunciado en el Convenio del CIADI ni tampoco en la gran mayoría de los reglamentos de arbitraje, está muy arraigado (note cf. C.H. Schreuer. *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge 2001, pág. 647), obra en la que el autor se refiere, en especial, a los laudos arbitrales *Vacuum Salt c. Ghana*, laudo del 16 de febrero de 1994, IV Rappports ICSID 347; *SPP c. Egipto*, laudo del 27 junio de 1990, IV ICSID Report 272; *Tradex c. Albania*, laudo del 29 de abril de 1969, 1967 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 1999, págs. 219-221. Ver también M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues*, Kluwer Law International 1996, págs. 51-117; C. Witenberg, *L'Organisation judiciaire, la procédure et la sentence internationale: Traité pratique*, Paris: Pedone, 1937).

183. La doctrina, relativamente pobre, a fin de cuentas, en lo que respecta a la carga de la prueba, tuvo la oportunidad de subrayar que, dado que un juez o un árbitro no pueden dejar un caso sin juzgar (prohibición del *non liquet*; cf. también Artículo 42 (2) del

CONFIDENCIAL

Convenio de Washington), “las reglas de la carga de la prueba sirven para determinar cuál es la parte que debe probar a fin de no ser vencida”. De esta forma, (en *Revue de Droit Uniforme – UNIDROIT*, 2001 – VI, pág. 915, sobre “la carga de la prueba en los Principios y las Reglas del American Law Institute – UNIDROIT relativas al procedimiento civil transnacional”), A. K. de Carlucci cita, con aprobación, la frase de Enrico Redenti, según la cual, en el proceso, todo consiste en “probar o sucumbir”. En un sentido análogo, Leo Rosenberg, citado por el juez K. de Carlucci, estimaba que “la teoría de la carga de la prueba es, más bien, la teoría de la consecuencia de la insuficiencia de la prueba”.

184. En ese mismo sentido y en referencia a la interdicción del *non liquet*, S. Torres Bernárdez (ex Secretario de la Corte Internacional de Justicia) destaca la importancia de ese principio general, su carácter procesal y su aplicación, incluso en la ausencia de texto, durante la fase en que se delibera y elabora la decisión, cuando las partes no han establecido los hechos o las condiciones que debían probarse en el caso (*Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 70, tomo I, Audiencia de Brujas, 2002-2003, pág. 144 y ss.).

185. Por su parte, el Artículo 24 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como lo hemos manifestado, a diferencia de la mayoría o la casi totalidad de los reglamentos en la materia, confirma expresamente el principio general mencionado anteriormente: “Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas”.

186. En un informe al International Council for Commercial Arbitration (ICCA) sobre “*planning efficient arbitration proceedings*”, el señor Robert von Mehren se refiere a lo que denomina “*the burden of persuasion*” (para él, término que equivale a la carga de la prueba) y escribe: “*this concept ...plays a critical role in judicial proceedings and is ultimately rooted in logic and common sense*”.

CONFIDENCIAL

187. Este concepto no es nuevo: los comentaristas suelen citar al jurista francés Domat, quien, en el siglo XVIII, consideraba que “se llama prueba a lo que convence a la mente de que algo es verdad” (Lois civiles, tomo VIII; citado por H. Motusky, Répertoire de Droit International Dalloz, Paris 1969, artículo Preuve n°1).

188. A modo de resumen, puede decirse que la jurisprudencia de la Corte Internacional confirma el principio según el cual la carga de la prueba recae en la parte que plantea una cuestión o invoca un hecho: por ejemplo, en el caso de las concesiones Mavrommatis (CPIJ serie 1 n° 5 pág. 42) y en el caso de Temple de Preha Vihear (Recueil CIJ 1962, págs. 15-16). Asimismo, podemos citar el caso de Actividades militares y paramilitares en Nicaragua (ICJ Report de 1984, pág. 437), o incluso el litigio por las fronteras entre Burkina Faso y la República de Malí (ICJ Report de 1986, págs. 554-5583).

189. Si bien, en términos generales, el derecho interno de cada país en materia de prueba y de carga de la prueba no ha de transponerse a lo contencioso internacional, por más que pueda constituir una fuente útil de inspiración, esto no quita que el adagio antes citado pueda y deba considerarse un principio general de derecho reconocido y respetado universalmente por la jurisprudencia internacional. No se discute que la carga de la prueba (o el “deber de persuasión”, según la terminología empleada por ciertos autores: cf. Arthur von Mehren... y Keith Highet, citados por M. Kazazi, *op. cit.* pág. 85) recae sobre la parte “*that advances a point for adjudication*”.

190. Asimismo, la práctica internacional se caracteriza por cierta flexibilidad y por la reticencia a atarse a normas rígidas como suelen serlo las reglas del derecho nacional. De esa forma, se tendrá en cuenta la dificultad que, en mayor o menor grado, podría tener una parte para suministrar una prueba directa y concluyente de ciertos hechos cuando esa parte no tiene el control o el dominio para acceder a los documentos pertinentes. Es así como, en el caso del Canal de Corfú (sentencia sobre el fondo, del 9 de abril de 1949, ICJ Report de 1949, pág. 4, pág. 18), la Corte Internacional tuvo en consideración el hecho de que Albania ejercía el control exclusivo en su territorio, lo que traía consecuencias en cuanto a los medios de prueba disponibles. De ello se desprendía que el otro Estado, Gran

CONFIDENCIAL

Breñaña, víctima de una violación del derecho internacional, no se hallaba en condiciones de proporcionar una prueba directa de los hechos que daban lugar a la responsabilidad internacional de Albania. En esas circunstancias, se justificaba una mayor libertad en el empleo de las deducciones de hecho y de las pruebas indirectas.

191. En el mismo orden de ideas, se plantea la cuestión de determinar si a una parte sobre la que, en principio, recayere la carga de la prueba o de la persuasión puede aliviársele, o incluso quitársele, tal carga en caso de tratarse de una prueba negativa, es decir, tener que establecer la ausencia o la inexistencia de un hecho.

192. El hecho de tomar en cuenta las dificultades de hecho que pueden impedir que la parte sobre la que recae la carga de la prueba pruebe su alegación así como el deber general de colaboración que poseen las partes —con el juez o el tribunal de arbitraje y entre ellas—, deber fundado en la buena fe y en la obligación de facilitar una buena administración de justicia, concurren a que, en el caso de prueba negativa, se admita ya sea una inversión de la carga de la prueba o al menos una división o repartición de esa carga entre las partes.

193. En cuanto al deber de colaboración entre las partes, también puede citarse el Artículo 34, párrafo 3, de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que dispone, entre otras cosas, que el Tribunal dejará constancia formal cuando una parte haya faltado a su obligación de cooperar en el proceso, detallando las razones aducidas por ella al respecto de tal incumplimiento. Schreuer (*The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001, pág. 656) opina que “*the duty to cooperate with the tribunal is a natural consequence of the consent to jurisdiction. The tribunal's only sanction is to draw the appropriate conclusion for a refusal which should be reflected in the award. The tribunal will take note of any reasons that may exonerate a party that fails to produce the requested evidence*”.

CONFIDENCIAL

194. Además, puede citarse la opinión disidente del Juez Weeramantry (en el caso de las pruebas nucleares (*Nueva Zelanda c. Francia*, ICJ Reports 1995, pág. 288, Opinión disidente págs. 347-348), en la que, en particular, se observa lo siguiente:

It would be noted in this connection that all the information bearing upon this matter is in the possession of the Respondent. The Applicant has only indirect or secondary information, but has endeavoured to place before the Court such information as it has been able to the best of its ability, to marshal for the purposes of its application....

En el mismo sentido, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos analizó la aplicabilidad del deber de colaboración cuando las pruebas son accesibles al demandado. En el caso *Mohadi c. Irán*, laudo n° 573-271-3 de 2 de diciembre de 1966, el Tribunal advirtió que:

The Respondent could have remedied any deficiencies in its valuation evidence without a difficulty. Documents within the control and access of the Respondent – such as government statistics, tax records and registration records of sale of comparable properties in 1979 – would have been relatively for the Respondent to procure...the Claimant, on the other hand is surely in a weaker position with respect to gathering material held in governmental offices in Iran.

La misma posición es confirmada por los laudos arbitrales bajo el régimen de la Cámara de Comercio Internacional: ver, por ejemplo, Recueil sentences CCI (1974 – 85, pág. 263, pág. 267) en la que se afirma que: “*les deux parties ont au surplus l'obligation de collaborer, selon le principe de la bonne foi, à l'administration de la preuve, tout particulièrement en matière arbitrale*”¹⁴.

195. Un tribunal de arbitraje tiene derecho a deducir consecuencias adversas (*negative inferences*) del incumplimiento de una parte de su deber de suministrar los documentos que tiene en su posesión. Si bien ese principio no aparece formulado expresamente en las reglas procesales, es empleado con frecuencia por los tribunales internacionales, como el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, la Comisión Interamericana de

¹⁴ El texto en inglés dice:.

CONFIDENCIAL

Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (al respecto, ver M. Kazazi, "*Burden of Proof...*" *op. cit.* (Kluwer Law International 1966, pág. 313).

196. En conclusión, bastará indicar que la importancia de la prueba en lo contencioso administrativo, como en los principios generales dimanantes del derecho interno de cada país, se comprueba con el examen de la práctica internacional así como con la siguiente afirmación, con frecuencia evocada por la doctrina: resulta ser lo mismo que un derecho no exista o que no pueda ser probado, es decir, *idem est non esse aut non probari* (citado en la tesis de Thomas Habu-Groud, *Editions de l'Université d'Aix-Marseille 2000*, pág. 7).

197. A la luz de los principios que acaban de ser resumidos, el Tribunal de Arbitraje debe ejercer su facultad y su deber de evaluar las pruebas que las partes presentaron en el caso a fin de fundamentar sus respectivas alegaciones. Esa facultad, indiscutida en la práctica internacional, está además confirmada por el Artículo 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI sobre "Prueba: Principios Generales", cuyo primer inciso reza lo siguiente:

(1) *El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio (Ver también C. Schreuer, the ICSID Convention – A Commentary, Cambridge, págs. 646-647 sobre la "complete discretion" del Tribunal de Arbitraje).*

Es conveniente entonces, siempre esforzándonos por evitar, tanto como fuere posible, la repetición de los hechos y las consideraciones mencionadas anteriormente, examinar la posición de cada parte desde el punto de vista de la carga de la prueba tal como esa obligación está consagrada por la práctica y la doctrina en lo contencioso administrativo.

198. En cuanto a las partes demandantes, les incumbía establecer —y así lo hicieron— que poseían la nacionalidad española, hecho que no se cuestiona por lo demás y que el Tribunal no pudo más que comprobar. A reserva de las observaciones que se realizarán a

CONFIDENCIAL

continuación (sobre la doble nacionalidad), se cumplió indudablemente con la condición establecida en el Artículo 25 (1) del Convenio de Washington (ser “nacional de otro Estado Contratante” distinto del Estado demandado).

199. El siguiente es un punto clave en el problema que se sometió al Tribunal de Arbitraje: según la excepción de incompetencia que desde un principio opuso Chile, una de las demandantes, el señor Pey Casado, también poseía, en las fechas cruciales, la nacionalidad chilena (por ende, la doble nacionalidad), alegación que este último niega y que será analizada más adelante.

200. En virtud de las reglas de prueba pertinente y del adagio antes citado, *reus in excipiendo fit actor*, el Estado demandado adquiere entonces la condición de demandante con respecto a la excepción que formula, por lo que le incumbe la carga de probar, de modo de lograr el convencimiento del Tribunal de Arbitraje, que la demandante Pey Casado, sin duda alguna chilena en 1973 en la época del golpe de Estado militar, había conservado esa nacionalidad después de las dos fechas cruciales (establecidas en el Artículo 25 (2) (a) del Convenio).

201. Una vez respondida esta cuestión fundamental e incluso decisiva, cabrá examinar —aunque más no sea *ex abundantia cautela* y a causa del deber de colaboración de las partes en materia de prueba— si la demandada con respecto a la excepción estableció —tal como hemos visto que así lo intentó— haber perdido la nacionalidad chilena por una razón u otra.

202. Antes de proseguir, recordaremos que, en virtud del principio de buena fe y de la obligación de colaborar, cada parte indudablemente tiene ciertos deberes en materia de prueba (no pudiendo fundarse en una actitud puramente crítica y el posible fracaso de la parte contraria en materia de prueba). No obstante, de eso no se desprende que los deberes sean necesariamente idénticos, de la misma naturaleza o iguales. Así, cabe tener en cuenta, por ejemplo, la opinión del Tribunal, las distintas dificultades que pueden existir para probar ciertos hechos y la diferencia entre la prueba denominada “positiva”

CONFIDENCIAL

(por ejemplo, sobre la existencia de un hecho) y la denominada “negativa” (sobre la ausencia o la inexistencia de un hecho).

203. Del mismo modo, la práctica judicial y arbitral internacional (así como la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Canal de Corfú*) no ha dejado de tomar en consideración el hecho de que los documentos u otras pruebas se hallen situados en el territorio y/o se encuentren bajo el control de una de las partes.

204. En el presente caso, resulta evidente que las pruebas de la nacionalidad chilena en las fechas críticas se encuentran bajo el control y/o en el territorio del Estado chileno, el cual, contrariamente al señor Pey Casado, no puede tener *prima facie* ninguna dificultad para demostrar la nacionalidad de sus nacionales (cf. también, en el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal de Reclamación Irán-Estados Unidos, por ejemplo, en los casos *Sedco c. NIOC*, Laudo n° 309-129-9, *Birnbaum c. Estados Unidos*, Laudo n° 549-967-2, y *Mohtadi c. Irán*, Laudo n° 573-271-3).

Siendo así, ¿cómo evaluar las pruebas presentadas por la demandante con respecto a la excepción sobre el mantenimiento o la conservación de la nacionalidad chilena? A los efectos de la cuestión que examinamos aquí, nos abstraeremos de los argumentos que surgen del debate entre las partes en lo relativo a la interpretación del Convenio hispano-chileno de doble nacionalidad. Asimismo, es conveniente postergar para más adelante la crítica sobre la tesis que formula el señor Pey Casado para fundamentar su supuesta renuncia a la nacionalidad chilena (renuncia no válida o sin efecto de acuerdo con el Estado en cuestión). ¿Cuáles fueron las pruebas “positivas” del mantenimiento de la nacionalidad que produjo el Estado?

205. En la parte de Cuestiones de hecho del presente Laudo, se mencionan diversos hechos y comportamientos del señor M. Pey Casado que, según el Estado demandante con respecto a la excepción de incompetencia, establecerían que aquél se consideró chileno (al solicitar un documento de identidad o de tránsito, al inscribirse en el registro electoral, etc.).

CONFIDENCIAL

206. No se discute que, conforme al derecho internacional público, el derecho aplicable a la nacionalidad de un Estado dado es, en principio, el derecho de ese Estado. No obstante, como lo hemos visto, el juez o árbitro internacional posee la facultad de evaluar los efectos producidos, como se indica, por ejemplo, en la decisión *Soufraki c. los Emiratos Árabes Unidos* del Tribunal del CIADI del 7 de julio de 2004.

207. En la decisión *Soufraki*, el Tribunal de Arbitraje, al cual se había recurrido a fin de que resolviera, al igual que en este caso, la cuestión de su competencia con respecto a la nacionalidad del demandante, recordó, en primer lugar, que, en el derecho internacional, la nacionalidad recaía en el dominio reservado y que la legislación de cada Estado decidía sobre su adquisición o pérdida. En segundo lugar, declaró lo siguiente (en el párrafo 55):

[...] when, in international arbitral or judicial proceedings, the nationality of a person is challenged, the international tribunal is competent to pass upon that challenge. It will accord great weight to the nationality law of the State in question and to the interpretation and application of that law by its authorities. But it will in the end decide for itself whether, on the facts and law before it, the person whose nationality is at issue was not a national of the State in question and when, and what follows from that finding. Where, as in the instant case, the jurisdiction of the international tribunal turns on an issue of nationality, the international tribunal is empowered, indeed bound, to decide that issue.

El Tribunal opina que no se estableció que los actos individuales que, según cita el Estado chileno, llevó a cabo el señor Pey Casado en el terreno práctico (y, demás, sin intención declarada o formal de que produzcan efectos jurídicos en el derecho de nacionalidad) sean suficientes para causar la adquisición o el mantenimiento e incluso a la pérdida de la nacionalidad.

208. La prueba de esta última parece derivarse, más que de la conducta del individuo mencionado, de los actos y documentos oficiales del Estado en cuestión. Ahora bien, en el caso, debe corroborarse que lo esencial de la demostración llevada a cabo por el Estado (demandante con respecto a la excepción de incompetencia) consistió en un análisis y

CONFIDENCIAL

crítica de la argumentación de la parte contraria sobre el hecho de que el señor Pey Casado perdiera su nacionalidad chilena o renunciara a ella.

Si bien ese hecho es comprensible en cierta medida ya que la nacionalidad chilena existía sin ninguna duda hasta el golpe de Estado militar de 1973, no puede bastar, en opinión del Tribunal, para explicar, cabalmente y de modo que se disipen todas las dudas, la falta de actos oficiales o de documentos determinantes en cuanto a la nacionalidad.

209. Esas dudas se confirman o se acrecientan ante otras circunstancias de hecho, como los viajes que efectuó el señor Pey Casado, al parecer, en carácter de turista español, la prohibición que pesaba sobre él de ingresar en territorio chileno (cf. Prueba documental C. 257), la denegación a su solicitud de un pasaporte, o incluso la inscripción de su condición de extranjero en el Registro Civil chileno el 4 de agosto de 1998. Con respecto a esta última cuestión, cabe mencionar también el trámite que realizó el señor Pey el 23 de junio de 1999 ante el Ministerio del Interior de Chile a fin de que se anulara tal inscripción, por más que esa diligencia haya tenido lugar, al igual que la inscripción misma, durante el transcurso del presente procedimiento arbitral.

210. En esta etapa del análisis (y sin perjuicio de la evaluación pendiente de la contraprueba ofrecida por el lado de las demandantes, demandadas con respecto a la excepción), el Tribunal se ve obligado a concluir que subsisten dudas en cuanto a la nacionalidad chilena. Por lo tanto, se impone la necesidad de investigar si esas dudas pueden disiparse o no en vista de los argumentos invocados por las partes contrarias que se refieren, en particular, a la renuncia del interesado a la nacionalidad.

211. Antes de ello, el Tribunal observará de paso que, en su opinión, está de más entrar en disquisiciones sobre las nociones de nacionalidad “primaria”, “efectiva” o “dominante” ya que, por una parte, esas nociones son ajenas, en principio, a la condición de la nacionalidad del solicitante conforme al Artículo 25 (2) (a) del Convenio y, por otra parte, los hechos de la causa dan lugar a dudas, e incluso las imponen, con respecto a la efectividad relativa de las dos “nacionalidades” en discusión. El único punto

CONFIDENCIAL

controvertido aquí es el de la existencia o no de la nacionalidad del Estado receptor de la inversión, por lo que no procede entrar en las controversias que separan a las partes en cuanto a la efectividad relativa de las nacionalidades chilena o española dentro o fuera del marco de la reglamentación del Convenio bilateral hispano-chileno de doble nacionalidad.

212. Hemos señalado que la demandada con respecto a la excepción, el señor Pey Casado, no se encontraba completamente liberado del deber de colaborar aportando las pruebas necesarias para la decisión del Tribunal sino que le incumbía establecer, en la medida de lo posible y según las circunstancias, si bien no, en rigor, la ausencia de su nacionalidad chilena en las fechas críticas (prueba negativa), sí, por lo menos y positivamente, la veracidad y la efectividad de la renuncia a la nacionalidad chilena que él alega haber presentado, nacionalidad que tuvo al menos hasta el golpe de Estado militar del 11 de septiembre de 1973.

213. Desde ese punto de vista y una vez más, resulta pertinente recordar someramente las tesis opuestas en el caso:

Según el señor Pey Casado, él habría sido privado de la nacionalidad chilena en todo caso *de facto* al igual que un gran número de adversarios de la Junta militar y, de todos modos, habría renunciado a tal nacionalidad de manera formal y legítima conforme al derecho chileno: hecho del que darían fe, en particular, no sólo su inscripción en el Registro Civil chileno el 4 de agosto de 1998 (como extranjero) sino también una comunicación que enviara el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile al mismo Registro el 24 de julio de 1998 por la que se certificaba que el señor Pey Casado renunció a la nacionalidad chilena de acuerdo con el artículo 5 del Convenio de doble nacionalidad, todo ello sin mencionar otros actos o actitudes de la autoridad chilena, tales como el recibo, sin protesta o contradicción, de avisos y comunicaciones de las autoridades españolas sobre la nacionalidad exclusiva del señor Pey Casado.

CONFIDENCIAL

214. Esas dos tesis deben examinarse de manera separada. En cuanto a la primera, que se funda en las diversas medidas adoptadas por la Junta militar contra los millares de partidarios del régimen democrático y contra el señor Pey Casado en particular —tema del que nos volveremos a ocupar más adelante—, evidentemente no es de sorprender que el señor Pey Casado no haya podido producir ningún documento oficial por el que se lo privaba de la nacionalidad chilena dado que, por una razón o por otra, la Junta se abstuvo de promulgar tal decreto.

215. A ese respecto, podemos citar el artículo 2 del Decreto Ley del 3 de diciembre de 1973, que establece que toda pérdida de nacionalidad debe declararse por decreto gubernamental (y que tal pérdida es recurrible ante la Corte Suprema) y también el hecho, ya mencionado, de que el señor Pey Casado no figuraba en la lista correspondiente comunicada por Chile. Sin embargo, esos hechos no pueden ser tenidos por prueba decisiva, sea a favor o en contra de la “desnacionalización” del señor Pey Casado.

216. El señor Pey Casado tampoco ha producido pruebas de que la Constitución chilena de 1925 reconociera como legítima la declaración unilateral de la renuncia a la nacionalidad; además, el Gobierno, por su parte, tampoco logró establecer que la enumeración de las causales específicas de pérdida de la nacionalidad fuera restrictiva o exhaustiva en la Constitución, habida cuenta también del carácter general y programático de ese tipo de textos, que con frecuencia son completados o modificados por la interpretación en la práctica, tal como lo demuestra el derecho constitucional comparado.

217. En cuanto a la mención de algunas decisiones de la Corte Suprema de Chile en la materia, no existe ninguna que se refiera a una situación idéntica a la del presente litigio, de tal modo que es difícil o incluso imposible encontrar en tales decisiones pruebas que avalen la buena fundamentación de una u otra de las tesis opuestas que se formularon sobre la renuncia a la nacionalidad. Eso es lo que sucede en especial, y sin que sea necesario realizar un análisis detallado, con el fallo *Vásquez Valencia* del 3 de octubre de 1989 (prueba documental C.92) o el fallo *Turbay* del 25 de julio de 1988 (prueba documental C.147, ver también prueba documental C.28).

CONFIDENCIAL

218. De los argumentos y las pruebas documentales producidos por el señor Pey Casado, se deduce, sin duda alguna, su voluntad de desprenderse de la nacionalidad chilena, pero subsisten ciertas dudas en cuanto al efecto jurídico de las manifestaciones de su voluntad, aun cuando, al parecer, fueron aceptadas por las autoridades chilenas, lo cual puede al menos debilitar, en alguna medida, la credibilidad de la tesis contraria de Chile.

219. Ante esta situación, en la que, según el Tribunal, ninguna de las partes pudo producir una prueba decisiva susceptible de lograr la convicción del Tribunal, éste no puede más que volver a los principios fundamentales resumidos anteriormente en lo relativo a la distribución de la carga de la prueba en lo contencioso internacional. Comprobará entonces que incumbía, en primer lugar, al Estado demandante con respecto a la excepción de incompetencia probar, de modo de satisfacer al Tribunal, que, en las dos fechas críticas enunciadas en el Artículo 25 del Convenio, la del último consentimiento al arbitraje (2 de octubre de 1997) y la del registro de la solicitud (20 de abril de 1998), el señor Pey Casado tenía sin duda alguna la nacionalidad chilena (paralelamente a la nacionalidad española).

220. Por diversos motivos expuestos anteriormente y ante la complejidad de los hechos, argumentos y documentos producidos así como del comportamiento y las acciones de las partes, el Tribunal de Arbitraje, en el ejercicio de su derecho y de su facultad de evaluar el valor probatorio de todo ello y de su deber de resolver, no obstante las dudas existentes, no puede más que concluir que no hay pruebas decisivas que fundamenten la excepción de incompetencia.

221. Una consideración suplementaria viene en apoyo de esta conclusión, por más que se sitúe en un terreno diferente al de las reglas: *Actori incumbit probatio e in excipiendo reus fit actor*.

CONFIDENCIAL

222. Se mencionó, en especial en la sección que aborda las Cuestiones de hecho, que, a partir del golpe de Estado de septiembre de 1973, la Junta militar chilena comenzó a emplear numerosas vías de hecho y a cometer violaciones a los derechos humanos en contra de aquellos que consideraba sus enemigos o rebeldes, acciones que incluían asesinatos, torturas, destierros y confiscaciones de bienes. Esas vías de hecho pueden tenerse por establecidas internacionalmente y, además, fueron, en esencia, reconocidas por los sucesivos gobiernos chilenos, en especial en este procedimiento arbitral, a través de lo manifestado por los representantes autorizados. No obstante, se objetó que esos actos o vías de hecho constituyeran o acarreasen, desde un punto de vista jurídico, la privación *de jure* de la nacionalidad chilena.

223. Parece que la misma complejidad de los hechos puede dar lugar a una cuestión distinta, aunque conexas: ¿resulta admisible y conforme al principio general de buena fe que un Estado pueda privar de protección a uno de sus nacionales, denegarle el beneficio de la mayoría de los derechos vinculados a la nacionalidad (entre los cuales se encuentra el de residir en su territorio contando con la debida seguridad), considerarlo de hecho rebelde y enemigo, y denunciarlo como tal, desterrarlo y quitarle sus bienes y, por otra parte, posteriormente, pretender reconocerle esa misma nacionalidad con el único objetivo de evadir así, por medio de una excepción de incompetencia, los reclamos y las demandas de compensación del interesado?

224. En efecto, se plantea la cuestión de determinar si tal comportamiento no es contradictorio y/o contrario al principio de buena fe o, en otras palabras, si, en esas circunstancias, la excepción de incompetencia no se contrapone a la prohibición de contradecirse en detrimento de otro, principio generalmente reconocido por la jurisprudencia y la doctrina internacionales, y que también encontramos expresado en el concepto de *estoppel*, el cual está ligado, como lo sabemos, al principio general de buena fe y a la prohibición de abuso del derecho (sobre este tema, ver, por ejemplo, Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens, London 1953, Paris II, pág. 105 y siguientes, especialmente págs. 141-149 y *pássim*, con la jurisprudencia citada).

CONFIDENCIAL

225. En los informes interestatales, en principio, se reconoce que una parte no puede adoptar una posición que contradiga la que ya admitió con anterioridad cuando su parte opuesta, fundándose en esa posición anterior, sufrió por ello algún perjuicio o adoptó un comportamiento desfavorable para sí o favorable para la parte que se contradijo. A ese respecto, podemos citar, por ejemplo, a la Corte Internacional de Justicia (caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, Recueil CIJ 1969, pág. 26 párr. 30; el caso de *Land's Island & Maritime Frontiers Dispute (El Salvador c. Honduras)*; Application to intervene, ICJ Reports 1990 párr. 118-119 pág. 92 y Preliminary Objections: ICJ Reports 1998, págs. 303-304, párr. 57-58).

El principio de *estoppel* (y de *non concedit venire contra factum proprium*) es indiscutiblemente un principio de derecho internacional, el cual se aplica también a cuestiones de nacionalidad (cf. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford Clarendon Press, 1998, págs. 645 y 408; ese autor observa en especial que “*in many cases where the basic facts concerning the individual are ambiguous, the conduct of government will provide the answer*”). Del mismo modo, se reconoció que ese principio, si bien se aplicaba generalmente en los litigios entre Estados, también resultaba “*applicable aux relations économiques internationales dans lesquelles sont impliqués des particuliers*”¹⁵ (Tribunal de Arbitraje del CIADI, caso *AMCO c. Indonesia*, en J.D.I., Clunet 1986, pág. 220).

226. En el caso, de los hechos de la causa, tal como fueron expuestos más arriba, y de las consideraciones precedentes, se deduce que el Estado chileno se comportó con el señor Pey como con un enemigo o un rebelde y lo privó de la mayoría de sus derechos de ciudadano, de manera que, forzado al exilio, este último pudo creerse exclusivamente español (procediendo a una renuncia formal a la nacionalidad chilena sólo *ex abundantia cautela* y para los casos en que ésta fuera requerida o de utilidad desde el punto de vista

¹⁵ Esta Decisión fue originalmente dictada en inglés. El texto en ese idioma dice: “[...] *applicable in international economic relations where private parties are involved*”.

CONFIDENCIAL

chileno, renuncia tal vez redundante, pero que, como lo hemos visto, fuera aceptada por ciertas autoridades chilenas).

227. Sea lo que fuere, del conjunto de circunstancias y de la actitud general de la parte chilena, se desprende que el señor Pey, al momento de presentar su solicitud de arbitraje, estaba en derecho de esperar que su solicitud fuera registrada como la de un nacional español y no tenía razones para presumir que el Estado demandado decidiera invocar la persistencia o la “subsistencia” de la nacionalidad chilena a fin de oponerse a la jurisdicción del CIADI.

228. La aplicación del principio general arriba citado a la condición de la nacionalidad exigida en el Artículo 25 (2) (a) del Convenio de Washington de 1965 no presenta, en opinión del Tribunal, ninguna dificultad en particular, sea teórica o práctica. Concuere principalmente con el derecho internacional público en materia de nacionalidad, en primer lugar, y, luego, con el espíritu general del Convenio y con la intención de sus autores (cualquiera sea aquí el alcance de una interpretación histórica de los textos).

229. Parece innecesario, primeramente, recordar que un principio general como el de buena fe (y sus distintas formas como el *estoppel* o la prohibición de abuso del derecho) se aplica en todos los campos regidos por el derecho de gentes y, por ende y en especial al campo de la nacionalidad. Que, en el estado actual de la sociedad internacional, esa materia sea de la competencia del derecho interno de cada Estado no cambia en nada el hecho de que el derecho de un Estado a determinar quiénes poseen su nacionalidad y en qué condiciones no sólo está limitado por el derecho internacional sino que es conferido por éste. De ahí que, como lo ha escrito Van Panhuys, citado por R. Donner, *The Regulation of Nationality in International Law*, New York, pág. 124): “A conferment of nationality contrary to international law constitutes an excès de pouvoir”.

230. Que las decisiones de un Estado estén limitadas por el derecho internacional y, por ende, sean susceptibles de ser juzgadas, reconocidas o no, por un tribunal

CONFIDENCIAL

internacional (como por otros Estados) no es discutible. Un ejemplo de ello es el laudo citado anteriormente del Tribunal del CIADI en el caso *Soufraki*.

231. Además, esa facultad de juzgamiento es conforme al espíritu del Convenio de Washington y a su Artículo 25 (2) (a). Al respecto cabe citar a los comentaristas autorizados, que son A. Broches y C. Schreuer. Según el primero de estos autores (in *Selected Essays World Bank, ICSID and Other Subject of Public and Private International Law*, Dordrecht, Nijhoff, Capítulo 8, págs. 204-205), cuando se elaboró el proyecto del Convenio, no se quiso definir el término “nacionalidad”:

There was a general recognition that in the course of ruling for the competence Commissions and Tribunals might have to decide whether a nationality of convenience (see the Nottebohm case 1955, ICJ Reports page 4) or a nationality acquired involuntarily by an investor could or should be disregarded. (El subrayado es nuestro.)

232 Según el comentario de Christoph Schreuer, (*ICSID Review*, Vol. XII, Spring 1997, pág. 75), un inversionista que tenga doble nacionalidad sólo puede acceder al sistema del CIADI a condición de renunciar a la nacionalidad del Estado demandado antes de prestar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI; la validez de la renuncia se aprecia, en principio, respecto a la ley nacional de dicho Estado, admitiéndose, no obstante, que un tribunal internacional no está sujeto, en todos los casos, a la ley nacional en cuestión (cf. el laudo del CIADI anteriormente citado en el caso *Soufraki*):

... an international tribunal is not bound by the national law in question under all circumstances. Situations where nationality provisions of national law may be disregarded include cases of effective nationality lacking a genuine link between the State and the individual... (op.cit. pág. 70, párr. 429).

233. Esta última situación, mencionada a título de ejemplo, no es evidentemente la única en la que el Tribunal de Arbitraje puede controlar, en nombre del derecho internacional, la intervención o la aplicación del derecho nacional de un Estado. Así, suponiendo que el Estado receptor de una inversión, es decir, la demandada, quisiera

CONFIDENCIAL

imponer su nacionalidad al inversionista, C. Schreuer incluso escribe (*op.cit*, pág. 70 apdo. 430):

During the Convention's preparatory work, it was generally acknowledged that nationality would be determined by reference to the law of the State whose nationality is claimed, subject, where appropriate, to the applicable rules of international law (History, vol. II, page 67, 286, 321, 448, 580, 705, 839). In particular, it was pointed out that the Commission or Tribunal would have to deal appropriately with cases where a host State imposed its nationality upon an investor (pág. 70 apdo. 430). (El subrayado es nuestro.)

234. El siguiente pasaje del mismo autor resulta particularmente significativo o pertinente: demuestra que los redactores del Convenio de Washington fueron conscientes del riesgo de que el Estado receptor de la inversión utilizase su derecho interno sobre la nacionalidad de manera abusiva:

The host State may not impose its nationality on a foreign investor for the purpose of withdrawing its consent. During the Convention's drafting the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Center (History, vol. II, page 658, 705, 876). But it was decided that this question could be left to the decision of the Conciliation Commission or Arbitral tribunal. (El subrayado es nuestro.)

235. En resumen, de lo anterior, el Tribunal de Arbitraje extrajo dos conclusiones:

Por una parte, en el ejercicio de su facultad de apreciación de los hechos y evaluación de las pruebas, facultad que, como hemos visto, es ampliamente discrecional, el Tribunal de Arbitraje estima que el Estado chileno no proporcionó pruebas satisfactorias de lo que le incumbía probar, es decir, la conservación o la subsistencia, en las fechas críticas, de la nacionalidad de la demandante Pey Casado, por lo que no aportó pruebas de las alegaciones que motivan su excepción de incompetencia (cf. los artículos 25 del Convenio del CIADI y 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI).

Por otra parte, suponiendo que se hubiere aportado esa prueba (*quod non est*) o que pudiere aportarse, se plantearía la cuestión de su admisibilidad o de su procedencia

CONFIDENCIAL

de acuerdo con los principios de derecho internacional público enunciados más arriba, como el de *estoppel* o el de la prohibición de abuso del derecho, principios que confirman precisamente la interpretación del Artículo 25 (2) (a) del Convenio de Washington. Según esa interpretación, como lo hemos visto, el Estado demandado no puede conferir o imponer su nacionalidad invocando, ni mucho menos manipulando, su derecho interno, en contradicción con sus posiciones anteriores, con el fin de evitar la jurisdicción del CIADI.

236. De todas las circunstancias y del expediente, no resulta que el Estado demandado haya alegado, revelado o demostrado al respecto otra justificación que no fuera puramente negativa: la de obstaculizar las reclamaciones (y, por consiguiente, privar al posible demandante de su derecho de acceder a la jurisdicción internacional). Asimismo, sólo desde ese punto de vista, el Tribunal de Arbitraje estima que, en la hipótesis en consideración, no podría admitir la excepción de incompetencia fundada en la alegación de la nacionalidad chilena. Por lo tanto, esa excepción de incompetencia no resulta admisible.

237. Aún queda por examinar, si otros argumentos invocados por la demandante serían susceptibles de modificar la presente conclusión. Así, cabe agregar a los análisis precedentes algunas breves observaciones u *obiter dicta* sobre otros puntos o argumentos planteados por las partes, como la cláusula de la nación más favorecida o incluso las consecuencias de la competencia reconocida por los Demandantes a la justicia chilena en lo concerniente a la rotativa GOSS.

238. En lo referente al primero de esos puntos, cabe hacer notar que, en sus alegaciones (v. por ejemplo, Transcripción, págs. 166-175), las demandantes invocaron, como fundamento de su interpretación del Tratado bilateral hispano-chileno de Protección de Inversiones, diversos acuerdos bilaterales que vinculan a Chile con otros países —como la Argentina, Austria, los Países Bajos, Suiza, etc.—, acuerdos que, según dicha parte, deben ser tomados en consideración en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, cuyo alcance sería más general en el Tratado suscrito entre España y Chile.

CONFIDENCIAL

239. En opinión del Tribunal de Arbitraje, por múltiples razones, la pertinencia de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en el presente contexto resulta de lo más dudosa. En vista del fin y la función de esa cláusula, principalmente en los tratados citados por las Demandantes, no se advierte —ni tampoco ha sido explicado— en qué aspectos o en qué forma la mencionada cláusula podría afectar o poner en duda las conclusiones extraídas más arriba.

240. En términos generales, la cláusula de la nación más favorecida, en la práctica internacional, no parece haber sido utilizada en ninguna circunstancia con el objeto de restringir el derecho de un Estado a reglamentar las condiciones de otorgamiento o pérdida de la nacionalidad. De acuerdo con un Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, de 1978, (ver *Yearbook of the International Law Commission 1978* vol. II 2da. parte, artículo 4), la cláusula se define como “*a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most favored nation treatment in an agreed sphere of relations*”; según la doctrina, (Oppenheim's *International Law*, 9na. edición, por Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, pág. 1329), dichas cláusulas “*usually deal only with certain areas of the relations between the countries concerned, such as tariffs, or right of establishment for nationals*”. Su esfera de aplicación, que no siempre es clara, está delimitada, sea por los términos extraídos del tratado en cuestión, sea por el contexto general.

241. El trato de la nación más favorecida al cual tiene derecho el Estado beneficiario, para sí mismo o en beneficio de personas o cosas de cierta categoría, está determinado por el trato acordado por el Estado en cuestión a un tercer Estado (o a personas o cosas que mantengan la misma relación con ese tercer Estado) (cf. artículo 8 y artículo 9 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional). Según dicha cláusula, el Estado beneficiario “*acquires for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject matter of the clause*” (el subrayado es nuestro).

CONFIDENCIAL

242. Así pues, la práctica internacional parece favorecer la interpretación estricta o incluso restrictiva de la cláusula. Es así como, en la Opinión disidente común en el caso *Ambatielos* (Grecia contra Reino Unido, sobre el fondo: obligación de arbitraje; laudo del 19 de mayo de 1953, el Presidente Mc Nair, los Jueces Basdevant, Klaestadt y Read, Recueil de la CIJ 1953, pág. 34), los jueces en cuestión formularon el principio según el cual “*la clause de la nation la plus favorisée énoncée dans l'article 10 du Traité de 1986 liant les Parties ne saurait être étendue à des matières [de commerce et de navigation] autres que celles pour lesquelles elle a été stipulée*”¹⁶.

243. Cabe preguntarse qué sucede con la segunda cuestión, es decir, la objeción opuesta por la parte demandada, según la cual, al presentar ante la Justicia chilena un reclamo en lo concerniente a la rotativa GOSS, las partes demandantes habrían realizado por ese acto una elección definitiva y general de fuero, excluyendo toda posibilidad de presentar una solicitud ante un Tribunal de Arbitraje del CIADI.

244. El argumento (conocido como *fork in the road*) empleado al parecer con bastante frecuencia por un Estado demandado no requiere mayores consideraciones. Procede a la vez tomar en consideración el texto del consentimiento al arbitraje del CIADI y el de la Solicitud de las demandantes, así como el de la reserva en lo referente a la rotativa GOSS y el comportamiento de las demandantes.

245. Resulta claro que esa última reserva constituye una excepción, que *in dubio* ha de interpretarse restrictivamente, a la cláusula general de referencia o del sometimiento a la jurisdicción del Centro o la competencia del Tribunal. Desde ya, por esa razón, es difícil de admitir la tesis según la cual, en caso de contradicción o de conflicto —lo que queda por demostrar—, la competencia conferida a los tribunales internos chilenos es la que prevalecerá sobre la que se le reconoce al arbitraje internacional según el Convenio de Washington (cf. Transcripción pág. 163, Memorial de Contestación de la República de Chile págs. 196-197; ver también sobre el tema de la primacía de la competencia

¹⁶ El texto en inglés dice lo siguiente: “*The most-favoured-nation clause in Article X [del Tratado de 1986 entre las partes] cannot be extended to matters [de comercio y de navegación] other than those in respect of which it has been stipulated*”.

CONFIDENCIAL

internacional: P. Lalive, *The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) - Some Legal Problems*).

246. Por último, otro impedimento en contra de la reclamación de las demandantes fue invocado por la parte demandada, de manera un tanto subsidiaria, en lo relativo a la supuesta ausencia de consultas amistosas que, en su opinión, tendrían que haber sido una condición previa al depósito de la Solicitud de arbitraje.

247. El Tribunal de Arbitraje opina que, manifiestamente, no puede darse lugar a esa objeción por dos tipos de razones. En cuanto a las razones de hecho, no puede admitírsela porque, habida cuenta del número y la naturaleza de las medidas (de expropiación y otras) adoptadas contra el señor Pey Casado y de la política general del Gobierno chileno respecto de su persona (tanto antes como después de noviembre de 1997, fecha del registro de la solicitud), el señor Pey Casado estaba en derecho de considerar que las consultas amistosas no tendrían ninguna posibilidad de éxito y serían *obviously futile* (por transponer aquí un dicho clásico en materia de agotamiento de las vías internas). En cuanto a las razones de derecho, no puede admitírsela porque, según una fórmula que se incluye con frecuencia en los tratados bilaterales de inversiones (TBI), la exigencia de consultas amistosas previas o del intento de conciliación no reviste, en general, carácter de obligatorio o forzoso sino más bien de una recomendación procesal o incluso de una cláusula de estilo diplomático (cf. por ejemplo la decisión del Tribunal del CIADI en el caso *S.G.S. c. Pakistán*, n° ARB/01/03, en el que básicamente se sostiene que “*Compliance with such a requirement is...not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction*”).

248. En resumen, el Tribunal de Arbitraje comprobó que se encontraba, sin duda alguna, ante la presencia de un litigio directamente relacionado con una inversión extranjera, conforme al Convenio del CIADI, y llegó a la conclusión de que el Estado chileno, demandado en el caso y demandante respecto de la excepción de incompetencia, no había probado de manera satisfactoria que la primera demandante, el señor Pey Casado, hubiese tenido la nacionalidad chilena en las fechas críticas (según se establece

CONFIDENCIAL

en los artículos 25 del Convenio y 34 de las Reglas de Arbitraje). Por lo tanto, el Tribunal no puede más que admitir su competencia para resolver sobre el fondo del litigio.

Capítulo III. La posición de la Segunda Parte Demandante la Fundación Presidente Allende:

Cabe examinar la situación particular de la segunda Parte Demandante, la Fundación Presidente Allende, desde el doble punto de vista de las dos condiciones principales: la jurisdicción *rationae materiae* y la jurisdicción *rationae personae*.

250. Los principales hechos que deben tenerse en cuenta al respecto son los siguientes: la Fundación fue creada el 16 de enero de 1990 por acta notarial efectuada en Madrid. El notario, Jaime García Rosado y García menciona que ante él comparecieron el señor Juan Enrique Garcés Ramón quien tenía poderes otorgados por el señor Víctor Pey Casado el 6 de octubre de 1989 y por el señor Gonzalo-Oscar Martner García, (Ministro de Planificación Nacional de Chile entre noviembre de 1970 y septiembre de 1973) y el señor Oscar Soto Guzmán (médico personal del Presidente Allende) con el fin de crear la Fundación Presidente Allende como fundación cultural de derecho privado sin fines de lucro. La Fundación tiene domicilio en la Calle Alfonso XII de Madrid y fue creada por un plazo indeterminado (Documento C7, Memorial de contestación, página 22). El 6 de octubre de 1989, el señor Pey Casado había otorgado un poder al señor Garcés Ramón, con el fin de crear dicha fundación ante un notario de Miami (EE.UU).

251. De acuerdo con el artículo 3 del Estatuto de la Fundación, el objetivo de la misma es la promoción de las libertades y derechos culturales, cívicos, democráticos, sociales y económicos del pueblo de Chile y de los pueblos hispanoamericanos, en coherencia con los valores y los ideales sustentados por Salvador Allende.

252. El capital de la Fundación está compuesto por diversos elementos: un millón de pesetas donado por el señor Garcés Ramón, cien mil pesetas aportadas por el señor Martner García y el 90% de los haberes de diversas sociedades aportado por el señor Pey

CONFIDENCIAL

Casado "*en su condición de propietario de las acciones sociales, del patrimonio y derechos de cualquier naturaleza*" (Doc. C 7). Dichas sociedades se encuentran definidas en el artículo 11 del Estatuto en los siguientes términos: el "Consortio Publicitario y Periodístico S.A." creado el 3 de agosto de 1967 en Santiago ante el notario Rafael Zaldívar, sociedad establecida en Santiago de Chile, y la "Empresa Periodística Clarín Limitada" fundada en Chile en 1955, también establecida en Santiago, adquiridas (por el señor Pey Casado) al señor Sainte-Marie Soruco en 1972. En lo que respecta a los aportes del señor Pey Casado a la Fundación, surge que el señor Pey Casado firmó el acta de transferencia y el de aceptación por ante un notario de los Estados Unidos el 6 de febrero de 1990, actuando en su doble carácter de Presidente de la Fundación y de nacional español. Este acto fue inscrito pero la donación recién habría sido aceptada ante el Ministerio de Cultura español el 14 de diciembre de 1994¹⁷, dos semanas después de la entrada en vigor de la Ley 30/1994 (Diario Oficial del 25 de noviembre de 1994) que eximía a la Fundación de impuestos por las donaciones en su favor (artículo 65).¹⁸

253. Por Ordenanza ministerial del 27 de abril de 1990 (publicada en el Diario Oficial del 6 de julio de 1990), la Fundación es aprobada y registrada como tal. Dicha ordenanza transcribía literalmente, conforme a la legislación que regía las Fundaciones citadas en la Ordenanza, los datos que figuran en las escrituras de constitución de la Fundación del 11 de enero precedente, entre los que se encuentra el capital de la Fundación, el cual se limita a 1,1 millones de pesetas.

254. Según la Demandada, en 1995 y 1996, las actividades de la Fundación parecen haberse consagrado esencialmente al seguimiento de los procedimientos judiciales y/o políticos en curso en Chile, en especial los que se trataban en el Parlamento chileno, relativos al reconocimiento de los derechos patrimoniales cedidos a la Fundación, así como a actuar jurídicamente para obtener del poder judicial chileno una indemnización

(¹⁷) Documento 9 anexo a la «Solicitud de Arbitraje» y documento 18 anexo al «Memorial» del 17 de marzo de 1999.

(¹⁸) Ver la tabla cronológica de hechos en relación con la competencia y el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, página 14.

CONFIDENCIAL

por los perjuicios sufridos a partir de 1973 (Memorial de Contestación sobre la competencia y el fondo, anexos 118, 119, 120 y 121).

255. La Fundación como demandante, por su parte, invocó las actividades múltiples, judiciales, políticas y culturales que desarrolla desde su creación (intervención en el Parlamento Europeo a propósito de las confiscaciones bajo el régimen militar con motivo del examen del acuerdo-marco CEE-Chile; atribución de becas de estudio a estudiantes chilenos en España; defensa de víctimas de cualquier nacionalidad del régimen nacido del golpe de Estado; acciones judiciales en Europa en el “caso Pinochet” ; acciones ante el Parlamento español por la restitución de bienes confiscados ; etc.).

Las Demandantes recordaron que las acciones judiciales entabladas por el señor Pey Casado representaban, a su vez, la defensa de los intereses de la Fundación en virtud de los acuerdos celebrados entre ésta y el señor Pey Casado. Estos acuerdos autorizaban a la Fundación así como al señor Pey Casado a actuar en favor uno del otro para la recuperación de los bienes que les habían sido confiscados.

256. La Demandada alegó que en 1999, el Estatuto de la Fundación había sido modificado en diversos puntos, como el referido al uso que se daría al capital en caso de disolución, y también para indicar que el señor Pey Casado no poseía ya la doble nacionalidad como había sido declarado anteriormente por su mandatario (punto 93), sino solamente la nacionalidad española (Memorial de Contestación sobre la competencia y el fondo, anexo 135).

257. A la luz de los hechos aquí resumidos, cabe examinar si el Centro y el Tribunal de Arbitraje son competentes para pronunciarse sobre la demanda de la segunda Parte Demandante, la Fundación Presidente Allende, o, dicho de otro modo y más precisamente, si ésta última reúne las condiciones requeridas por el Convenio de Washington y por el Tratado bilateral hispano-chileno tanto desde el punto de vista "*rationae materiae*" como desde el punto de vista "*rationae personae*". El aspecto de la

CONFIDENCIAL

jurisdicción "*rationae temporis*" puede quedar en suspenso, por lo menos durante la primera etapa del análisis.

Por comodidad, el Tribunal de Arbitraje procederá en orden inverso al camino elegido en lo que concierne al señor Pey Casado, es decir que, ante todo, examinará la condición de la nacionalidad.

258. No hay duda de que la Fundación posee nacionalidad española, y solamente ésta. Dicha nacionalidad no parece haber sido cuestionada. No obstante, conviene no limitarse a aceptar este hecho, sino examinar si se satisfacen las condiciones requeridas por el artículo 25 del Convenio del CIADI.

El artículo 25 declara:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

[...]

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las Partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las Partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero."

259. La Demandada alegó que, si el Estatuto de la Fundación enuncia claramente que la nacionalidad de esta persona jurídica es española, entre los tres fundadores sólo uno poseía la nacionalidad española (el señor Garcés), otro (el señor Martner) era (exclusivamente) chileno y se describe al tercero, el señor Pey Casado, como doble

CONFIDENCIAL

nacional. En cuanto al capital de la Fundación, es en parte chileno y en parte extranjero en Chile.

260. Entonces, se plantearía la cuestión de saber cuáles son los criterios que determinan la "nacionalidad" de la persona jurídica, una cuestión que, sabemos, ha sido objeto de tratamiento, en diferentes ámbitos (derecho internacional privado, derecho internacional público, por ejemplo protección diplomática, nacionalizaciones, condición de extranjeros, etc.) de numerosos escritos, controversias y jurisprudencia, etc. Los criterios propuestos o elegidos para determinar esta "nacionalidad" (que no necesariamente son iguales según el ámbito considerado) son, esencialmente, el lugar de la constitución y el del domicilio social, el del domicilio real o efectivo o el del centro administrativo, así como (en algunos ámbitos) el del control.

261. En el ámbito de la protección diplomática, la Corte Internacional de Justicia, en el célebre caso *Barcelona Traction, Light & Power, Limited* (2ª fase), sentencia del 5 de febrero de 1970, C.I.J., Recueil 1970, descartó la posibilidad de "levantar el velo corporativo" para definir la nacionalidad de la sociedad tomando en cuenta la de los accionistas. En este caso, no existe tal "velo". La composición de los órganos de la Fundación está inscrita en el Registro del Ministerio de Cultura español, el cual es de acceso público, según la legislación relativa a las Fundaciones sujetas a la protección del Estado que se citan en el expediente (párrafo 95 supra). El criterio de la nacionalidad fue adoptado por el Convenio del CIADI (artículo 25(2)(b) y aplicado, en consecuencia, por los Tribunales de Arbitraje del CIADI (cf. Schreuer, "Commentary", ICSID Review Foreign Investment Law Journal 1997, 59, en la página 82). El APPI hispano-chileno mantuvo, por su parte, un doble criterio: el de la nacionalidad y el de la sede (artículo 1.1). Estos criterios han sido satisfechos por la Fundación demandante.

262. Del mismo modo, en el caso *SOABI c. Senegal* (Caso No. ARB /82/1) Decisión sobre competencia del 1º de agosto de 1984, *ICSID Reports* 175-2 en las páginas 180-181) el Tribunal de Arbitraje consideró que:

CONFIDENCIAL

"As a general rule, States apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality" (y no el de la nacionalidad de los accionistas, salvo en circunstancias excepcionales).

En el mismo sentido, el Tribunal de Arbitraje que intervino en el caso *Amco c. Indonesia* (Caso No. ARB/81/1, Decisión sobre competencia, 25 de septiembre de 1983, *1 ICSID Reports 396*; cf. Schreuer op. cit., *ICSID Review Foreign Investment Law Journal* 12, 1997, 59 en las páginas 120-121) sostuvo que:

"the concept of nationality is there a classical one, based on the law under which the juridical person has been incorporated, the place or incorporation and the place of the social seat..."

haciendo notar que las Partes Contratantes pueden prever excepciones (como lo muestra el artículo 25, párrafo 2 *in fine*).

Por lo tanto, y con toda razón, la Demandada no ha intentado objetar la nacionalidad española de la Fundación Presidente Allende.

263. La segunda condición que la Fundación Allende debe cumplir para que el Tribunal de Arbitraje pueda declararse competente con respecto de su solicitud de arbitraje es la de la inversión. La Fundación demandante demostró que se encuentra en posesión del 90% de las acciones de C.P.P. S.A. (Anexos al "Memorial" del 17 de marzo 1999, documentos 6 a 9, 17 y 18), acciones que le fueron transferidas por el señor Víctor Pey Casado a través de escrituras firmadas entre el 6 de octubre de 1989 y el 27 de mayo de 1990 (Documento 9 anexo a la "Solicitud de Arbitraje", anexos 17 y 18 al "Memorial" del 17 de marzo de 1999 ; prueba documental C7). La Demandada formuló la siguiente interrogante: La Fundación, ¿puede ser considerada una parte en el procedimiento que esté "en relación directa con una inversión y que las Partes consintieron por escrito en someterse al Centro"?

264. Recordaremos brevemente que el artículo 25(1) del Convenio CIADI refiere al artículo 1.2 del APPI hispano-chileno, según el cual:

CONFIDENCIAL

“Por ‘inversiones’ se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de conformidad con la legislación del país que recibe la inversión y, en particular, aunque no exclusivamente, lo siguiente: Acciones y otras formas de participación en las sociedades”.

El artículo 2.2 del APPI otorga su protección:

“a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte Contratante, tuvieren la calidad de inversión extranjera”.

Una parte de los derechos que se derivaban de la inversión había sido transmitida a favor de la Fundación. Esta transmisión fue perfeccionada en la fecha de la inscripción de esta última en el Registro de las Fundaciones del Ministerio de Cultura español el 27 de abril de 1990 (una condición establecida en las escrituras de cesión del 6 de octubre de 1989, prueba documental 17 anexo al “Memorial” del 17 de marzo de 1999).

265. La cuestión de saber si la Fundación es un inversionista a los fines de la excepción de competencia sometida a la consideración del Tribunal de Arbitraje debe examinarse desde diversos ángulos de importancia diferente, entre los cuales están el de la validez y los efectos de la cesión de derechos realizada por el señor Pey Casado a la Fundación (y sus eventuales consecuencias en lo que respecta a la nacionalidad de las reclamaciones).

266. Si se examina la posición de la Fundación de manera "independiente", en sí misma, haciendo abstracción de la cesión de derechos realizada por el señor Pey Casado, se podría considerar, al menos *prima facie*, que ésta no reviste el carácter "de inversor". Lo único que habría hecho es recibir del señor Pey Casado (y de otros) una donación (término utilizado por su asesor, el Dr. Garcés). Al momento de la presentación de la solicitud de arbitraje en nada habría contribuido dicho acto a la economía chilena, y no habría pretendido hacerlo, aún cuando el artículo 3 del Estatuto de la Fundación podría eventualmente interpretarse como si se asignara objetivos de orden esencialmente cultural, social o jurídico, de los que Chile debería normalmente obtener beneficios.

CONFIDENCIAL

267. Es verdad que el artículo 1.1 del APPI no excluye de la definición de inversionista a las personas jurídicas cuyas actividades no tengan fines de lucro y las Demandantes invocaron la cláusula de la nación más favorecida en relación con los APPI ratificados por Chile, en los cuales se definen las fundaciones como “inversionistas” (por ejemplo, en el Acuerdo con Alemania, artículo 4). Según esta tesis, la Fundación española tiene intereses de alcance económico, cultural, social y humanitario en Chile. Por consiguiente, posee claramente, en sí misma, la calidad de inversionista en virtud del artículo 1º del APPI hispano-chileno y, a título subsidiario, de la cláusula de la nación más favorecida del APPI hispano-chileno en relación con el artículo 1.2.b del APPI chileno-australiano.

268. Suponiendo que este tipo de deducción pueda ser admitida, es dudoso que sea suficiente conferir la calidad de inversionista a la Fundación en las circunstancias concretas del presente caso. Se ha hecho valer que las Demandantes habrían afirmado su deseo de destinar una parte de la indemnización pretendida a reanudar una actividad económica en Chile, la publicación del periódico Clarín (prueba documental C208).

Dicha intención, aún cuando fuese admisible o indubitable, no puede referirse más que al futuro y no a las condiciones jurídicas existentes al momento de la Solicitud de arbitraje. En conclusión, dicha intención a favor de que se lleve a cabo una hipotética indemnización, no evidentemente posible a menos que las condiciones de competencia establecidas por el Convenio CIADI se cumplan.

269. De cualquier manera, resulta superfluo cuestionarse más a este respecto, la competencia del Tribunal y la legitimación activa de la Fundación dependen evidentemente sobre todo de la validez de los efectos de la transferencia de derechos, es decir, de la cesión efectuada a favor de la Fundación (ver Artículo 11 del Estatuto de la Fundación antes citado). En efecto, suponiendo que la Fundación no tiene por sí misma la calidad de inversionista, debemos examinar si no se recibió esta calidad por efectos de la cesión de derechos efectuada por el señor Pey Casado.

CONFIDENCIAL

270. La validez de la transferencia o de la cesión, a título gratuito, o como donación realizada por el señor Pey Casado en 1990 es, ante todo, una cuestión de derecho privado o de derecho internacional privado, que conviene distinguir de la cuestión de sus efectos, que podrían considerarse de derecho internacional público, en lo que respecta, más precisamente, a la competencia del Tribunal de Arbitraje y a la legitimación activa de la Fundación.

271. Sobre la primera cuestión, la que se refiere a la validez de la cesión en derecho privado, puede plantearse brevemente un primer aspecto, el del derecho aplicable a la forma y al fondo. Pero es innecesario desarrollarlo y profundizarlo, dado que la validez formal o sustancial de la cesión no ha sido seriamente cuestionada ni analizada por las partes y esto, también ya sea para el derecho español (aplicable "*prima facie*" conforme a la presunta intención de las Partes del acto de cesión y por tratarse de bienes muebles, como son las acciones de una sociedad), como para el derecho chileno eventualmente aplicable, por tratarse de intereses de sociedades chilenas. Chile no planteó objeción alguna respecto a la cesión de derechos sobre C.P.P. S.A. a favor de la Fundación española; la cesión sería por lo tanto oponible a la Demandada, (págs. 151-157), cabe señalar de paso que la notificación de la cesión del crédito al deudor no tiene otro objetivo que el de obligarlo frente al nuevo acreedor (artículo 1.527 del Código Civil Español, artículo 1.902 del Código Civil chileno).

272. Desde otro punto de vista, se podría preguntar si el cedente, el señor Pey Casado, se limitó a transferir, y tuvo intención de transferir, a la Fundación, solamente sus derechos e intereses, que pudieran considerarse sustanciales en ambas sociedades C.P.P. S.A. y EPC Ltda., o si no quiso también transferir, al mismo tiempo y por la misma vía, su derecho a una indemnización por las confiscaciones de las que había sido víctima y, fundamentalmente, los derechos de carácter procesal contra la República de Chile. Y estos eventuales derechos de carácter procesal (entre los que se encuentra el derecho a beneficiarse del arbitraje del CIADI) superan lo que se podría llamar el terreno exclusivo del "derecho privado" y obligan a examinar la situación del cesionario, la Fundación Presidente Allende, desde el punto de vista del Convenio de Washington.

CONFIDENCIAL

273. Las Demandantes sostuvieron que la cesión de derechos en favor de la Fundación había tenido lugar entre 1989-1990, época en la cual tanto Chile como España no habían concluido el APPI ni firmado el Convenio de Washington. En consecuencia, el derecho que tenía la Fundación de actuar ante un Tribunal del CIADI fue creado, como en el caso de otros inversionistas españoles en Chile, *ex lege*, el 29 de marzo de 1994, fecha de entrada en vigor del APPI. Esta afirmación fue ratificada por los precedentes citados (CIADI, *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* ; *Robert Azianin and others v. United States of Mexico* ; *Waste Management v. United States of Mexico* ; *Metalcad Corporation v. United States of Mexico* ; *Klöckner v. Cameroon* ; *AMT v. Zaïre* ; *Holiday Inn* ; *AMCO Asia* ; prueba documental D15, “La Competencia del Tribunal de Arbitraje”, pp. 153-169).

274. Sobre este punto, el Tribunal de Arbitraje estima que la diferencia surgió en las mismas fechas que en el caso del señor Pey Casado, debido a que éste reivindicaba el 20 de noviembre de 1995 y el 10 de enero de 1996 el 100% de sus derechos de C.P.P. S.A., lo que incluía el porcentaje transferido a la Fundación. Así el Ministro de Bienes Nacionales había respondido el 20 de noviembre de 1995 teniendo en cuenta que el reclamo hecho por el Sr. Pey Casado se refería a la totalidad de los bienes de C.P.P. S.A.

El señor Pey Casado actuaba de esta forma en virtud del acuerdo del 20 de diciembre de 1994, celebrado entre el mismo y el Consejo de Fundadores de la Fundación, y registrado en actas por un notario en Madrid. Este acuerdo había sido comunicado al Centro el 19 de diciembre de 1997 (documento anexo No. 3). El Tribunal de Arbitraje observa que la puesta en ejecución de este acuerdo fue realizada debidamente. Es así que:

- a) La Solicitud presentada por el señor Pey Casado en 1995 había contado con el acuerdo de la Fundación, ante el 8vo. Juzgado del Crimen de Santiago, para la restitución de la totalidad de los 40.000 títulos originales de C.P.P. S.A., los traspasos

CONFIDENCIAL

firmados en blanco y los comprobantes de su pago (prueba documental n° 21, anexo a la Solicitud de arbitraje),

- b) La Solicitud presentada por el señor Pey Casado había contado con el acuerdo de la Fundación, ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago, en 1995, en reclamo de la restitución de la totalidad de la potente rotativa GOSS (ver pruebas documentales C105 y C106 y las actas de dicho procedimiento producidas por Chile luego de la conclusión del procedimiento oral el 5 de mayo de 2000 y cuya versión en francés fue producida luego de las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001).

275. Por otro lado, el expediente sometido al Tribunal de Arbitraje contiene dos pruebas documentales de las cuales parece que en sus cartas del 30 de abril y 29 de mayo de 1997 dirigidas al Gobierno de Chile, el señor Pey Casado había actuado en concertación con la mencionada Fundación (pruebas documentales No. 11 y 12 anexadas a la Solicitud) sin que de ninguna forma las autoridades chilenas hayan reaccionado a esto.

276 El verdadero problema no es el del derecho aplicable a la cesión acordada a la Fundación, que según cabe recordar una vez más, no fue analizada por las Partes, sino saber si la cesión a una persona jurídica española le podía conferir a esta última no sólo los derechos "materiales", por ejemplo de propiedad de los bienes o intereses transferidos, sino también, y sobre todo, el derecho a actuar ante la justicia y en un arbitraje por indemnización, tal como está contemplado en su Estatuto, en razón de la alegada confiscación de los bienes del cedente, el señor Pey Casado, o sea, si dicha cesión es oponible a la República de Chile en el presente contexto.

277. Las Demandantes alegaron que¹⁹

“El derecho chileno al igual que el español, de acuerdo con la tradición del derecho romano y “continental”, establece una distinción entre:

¹⁹ Ver prueba documental D15, La competencia del Tribunal de Arbitraje, «El derecho procesal», p. 166 y ss

CONFIDENCIAL

- a) *el derecho sustantivo del crédito cedido, es decir, el acuerdo genérico destinado a producir una sucesión ínter vivos y el que puede estar contenido en contratos tipo determinados o atípicos que están regidos por el principio “tempus regit actum”,*
- b) *el derecho procesal que rige el procedimiento para la reivindicación de ese derecho, incluida la acción judicial y el arbitraje, entre otros, y*
- c) *las cuestiones procesales, incluidas las relativas a la jurisdicción y a la competencia de un tribunal, son regidas por la Ley en vigor en el momento en que se inicia el procedimiento judicial o arbitral”.*

278. Aún admitiendo que, según el derecho aplicable a la cesión (independientemente del que se trate, español, chileno u otro), el consentimiento del deudor cedido no es necesario (y lo contrario no ha sido probado en este procedimiento), esta consideración no es suficiente para decidir sobre las objeciones de incompetencia planteadas por la Demandada contra la Fundación Presidente Allende. El Tribunal de Arbitraje debe pues preguntarse si la transferencia realizada por el señor Pey Casado a favor de la Fundación (transferencia en principio válida en sí misma) era suficiente para que la Fundación reuniera todas las condiciones que le permitieran recurrir al arbitraje del CIADI, o sea, cumplir con las condiciones previstas tanto por el Convenio de Washington como por el APPI, necesarias a la competencia del Tribunal de Arbitraje.

279. La Demandada sostuvo (ver la transcripción de las audiencias del 3 y 5 de mayo de 2000) que para que la Fundación pueda hacer valer sus derechos frente a la Demandada, no es suficiente que pueda únicamente invocar la nacionalidad española, sino que debe también cumplir con las otras condiciones requeridas, (que fueron mencionadas en diversas oportunidades) y, principalmente, la de haber obtenido válidamente los derechos transferidos, lo que supone que el señor Pey Casado haya sido su titular, habida cuenta del principio general *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (o *Nemo potest facere per alium quod per se non potest*). En efecto, si el señor Pey Casado, según el Convenio del CIADI o el Tratado bilateral hispano-chileno no tenía derecho a presentar sus reclamos contra la Demandada, tampoco ha podido transferirlos o hacer que la Fundación se beneficie con ellos.

CONFIDENCIAL

280. En el Derecho internacional público en materia de reclamaciones, el principio básico ha sido tradicionalmente el que pudiéramos llamar de la continuación de la nacionalidad. Podemos leer, por ejemplo, en el Tratado clásico de Oppenheim (cf. 9ª edición por Sir Robert Jennings y Sir Arthur Watts, página 514) lo que sigue (con referencias a diversos casos de jurisprudencia internacional): "*a claim will normally be allowed if the continuity of nationality is maintained and disallowed if it is not*". Del mismo modo, el profesor F. Orrego Vicuña (Changing approaches to the nationality of claims, in the context of diplomatic protection and international dispute settlement, *15 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (Fall 2000) 340, página 352) escribe lo siguiente: "*the continuance of nationality has generally been required in respect of transferability or assignment of claims. To this end, transfer of claims can only be done between persons having the same nationality of the espousing State*" (lo anterior muestra claramente que se está bajo el marco de la protección diplomática). Siempre en el mismo sentido, el profesor Brownlie (*Principles of Public International Law*, (2003), página 462) escribe que "*if during the critical period a claim is assigned to or by a non-national of the claimant State, the claim must be denied*", pero observa que una cesión no afectaría la validez del reclamo "*if the principle of continuity is observed*".

281. ¿Qué dice la Jurisprudencia de los tribunales de arbitraje del CIADI al respecto? De acuerdo con un comentario autorizado, el de Ch. Schreuer (*The ICSID Convention: A Commentary*, 2001, página 184), dichos tribunales de arbitraje demostraron cierta flexibilidad al reconocer la calidad de parte a los sucesores o cesionarios y al mismo tiempo prudencia y reserva frente a la extensión descontrolada de la competencia.

282. Otro comentarista, el señor M.A. Broches, quien es conocido por el papel importante que jugó en la génesis del Convenio CIADI, escribió:

« Nous avons laissé ouvertes toutes les questions de détermination de la nationalité ; on a aussi laissé ouverte la question d'une cession ou plutôt des effets juridiques d'une cession volontaire, par exemple la question de savoir si la clause compromissoire bénéficierait à une tierce personne ou plutôt au successeur ou à une personne à qui a été cédé le contrat. La question de savoir si le consentement doit être censé avoir été donné intuitu personae est une question

CONFIDENCIAL

*d'interprétation du consentement (...) Je crois qu'il s'agira toujours d'une interprétation du consentement».*²⁰

Las Demandantes ven esta conclusión confirmada por el hecho que varios Tribunales del CIADI se han declarado competentes en casos en donde habían tenido lugar cesiones y transferencias de titularidad de derechos, y citan el caso FEDAX N.V. c. República de Venezuela (prueba documental D5, anexada a la Réplica).

283. A partir de estas consideraciones generales, la Demandada llega a dos conclusiones: si se debería considerar que el primer Demandante, el señor Pey Casado ha tenido la nacionalidad chilena, se plantearía la cuestión de la oponibilidad a la República de Chile de la transferencia de sus derechos e intereses (incluso los derechos procesales) a una persona jurídica española, la Fundación Presidente Allende. Por el contrario, si debiera considerarse que él no tuvo la nacionalidad chilena, sino exclusivamente la española, no se plantearía la cuestión de un cambio de nacionalidad.

284. Ahora bien, el Tribunal de Arbitraje ha examinado la cuestión de la nacionalidad del Sr. Pey Casado en detalle y ha llegado a la conclusión de que la nacionalidad chilena del Sr. Pey Casado no fue demostrada por la parte Demandada. Una vez llegada a esa conclusión, el Tribunal de Arbitraje debe necesariamente concluir entonces que la cuestión del cambio de nacionalidad de las reclamaciones no se plantea y que es competente para decidir sobre el fondo de la controversia en lo que respecta a la segunda parte Demandante.

EN VIRTUD DE LO EXPUESTO,

El Tribunal de Arbitraje

Resuelve por mayoría:

1. Rechazar la excepción a la jurisdicción interpuesta por la Parte Demandada;

²⁰ Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées. La Convention BIRD du 18 mars 1965, Paris, Padone, pages 51-52

CONFIDENCIAL

2. Dejar constancia que es competente para decidir sobre el fondo de la presente controversia;
3. Rechazar cualesquiera otras conclusiones;
4. ::::::: la reanudación del procedimiento, lo cual será objeto de una Orden Procesal ulterior.
5. Decidir que en cuanto a los gastos del procedimiento causados hasta la fecha....

Firmado el ... de 2005.

Mohamed Bedjaoui
Árbitro

Galo Leoro Franco
Árbitro

Pierre Lalive
Presidente