

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CIADI

Washington D.C.

en el procedimiento entre

VÍCTOR PEY CASADO Y FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE
(Demandantes)

y

LA REPÚBLICA DE CHILE
(Demandada)

Caso CIADI N ° ARB/98/2

LAUDO

Miembros del Tribunal

Profesor Pierre Lalive, Presidente
Sr. Mohammed Chemloul, Árbitro
Profesor Emmanuel Gaillard, Árbitro

Secretarias del Tribunal

Sra. Gabriela Álvarez-Ávila y Sra. Eloïse Obadia

Fecha de envío a las partes: 8 de mayo de 2008

REPRESENTANTES

de las partes demandantes:

Dr. Juan E. Garcés, Garcés y Prada, Abogados, Madrid, España,

con la cooperación de:

Sra. Carole Malinvaud y Sra. Alexandra Muñoz, Gide, Loyrette, Nouel, Paris, Francia,

Sr. Samuel Buffone, Ropes & Grey, Washington D.C., Estados Unidos, y

Sr. William W. Park, Profesor de Derecho, Boston University, Estados Unidos.

de la parte demandada:

Sr. Eduardo Escalona Vásquez – Jefe de la División Jurídica, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, República de Chile,

Sr. Eduardo Babdilla Brinkmann, Sr. Nicolás Muñoz Montes y Sr. Diego Rioseco Antezana – Programa de Defensa en Arbitrajes de Inversión Extranjera del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, República de Chile,

Sr. Jorge Carey Tagle y Sr. Gonzalo Fernández Ruíz, Carey & Cía. Ltda. Abogados, Santiago de Chile, República de Chile,

Sr. Paolo Di Rosa, Arnold & Porter LLP, Washington D.C., Estados Unidos.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	7
II. PROCEDIMIENTO	7
III. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS	19
A. Hechos relativos a la inversión y la confiscación de los bienes en cuestión.....	19
B. Hechos relativos a la nacionalidad del Sr. Pey Casado y de la Fundación Allende	26
IV. COMPETENCIA DEL CENTRO Y DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA SOLICITUD DEL SR. PEY CASADO.....	34
A. El requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI	36
1. Posición de las partes	36
a) Posición de la parte demandada.....	36
b) Posición de las partes demandantes.....	47
2. Conclusiones del Tribunal	57
a) El Sr. Pey Casado adquirió las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.	57
b) La adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. cumple el requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI.....	75
B. El requisito de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI.....	78
1. El derecho aplicable a la cuestión de la nacionalidad	82
2. El argumento de la privación de la nacionalidad chilena.....	84
a) Posición de las partes.....	84
b) Conclusiones del Tribunal	87
3. La nacionalidad del señor Pey Casado durante el período comprendido entre los años 1974 y 1996	90
4. El argumento de la renuncia a la nacionalidad chilena.....	94
a) Posición de las partes.....	97
b) Conclusiones del Tribunal	100
C. El requisito del consentimiento.....	107
1. El requisito de inversión de acuerdo al APPI	107
a) Posición de las partes.....	107
i. Posición de la parte demandada	107
ii. Posición de las partes demandantes.....	113
b) Conclusiones del Tribunal	120
2. El requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI	133
3. El requisito de aplicación <i>ratione temporis</i> del APPI.....	136

a)	¿Se encuentra cobijada por el APPI la inversión efectuada por el Sr. Pey Casado en 1972?	139
b)	¿Se encuentran cobijadas por el APPI las diferencias invocadas por las partes demandantes?	139
i.	La diferencia de 1995	140
ii.	La diferencia del 2000	146
iii.	La diferencia de 2002	147
4.	La opción irrevocable (<i>fork-in-the-road</i>)	153
a)	La posición de las partes	154
i.	La posición de la parte demandada	154
ii.	La posición de las partes demandantes	156
b)	Conclusiones del Tribunal	158
i.	Exclusión de la rotativa Goss del objeto de las demandas presentadas en el arbitraje	159
ii.	La demanda basada en la denegación de justicia no riñe con la opción irrevocable, pues no es, por definición, lo solicitado ante las jurisdicciones locales	161
D.	Conclusión	162
V.	LA COMPETENCIA DEL CENTRO Y DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE.	162
A.	Resumen de los hechos	163
B.	Cuestiones de derecho	165
1.	El requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI	166
a)	La validez de la cesión a favor de la Fundación Presidente Allende	167
i.	Posiciones de las partes	167
ii.	Conclusiones del Tribunal	169
b)	Los efectos de la cesión sobre la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje	170
i.	Posiciones de las partes	171
ii.	Conclusiones del Tribunal	173
2.	El requisito de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI	176
3.	El requisito del consentimiento	178
a)	El requisito de inversión de acuerdo al APPI	179
b)	El requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI	181
c)	El requisito de aplicación <i>ratione temporis</i> del APPI	181
4.	Conclusión	183

VI. INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA - LA SUPUESTA AUSENCIA DE CONSULTAS AMISTOSAS POR PARTE DE LA FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE	183
VII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS VIOLACIONES DEL APPI.....	185
A. Aplicación en el tiempo de las disposiciones sustantivas del APPI.....	185
1. ¿Es suficiente el surgimiento de una controversia con posterioridad a la entrada en vigor del APPI para que las disposiciones sustantivas de este último se apliquen con carácter retroactivo a la causa?	186
a) Posición de las partes.....	186
b) Conclusiones del Tribunal.....	187
2. ¿Constituyen las supuestas violaciones anteriores a la entrada en vigor del APPI un hecho ilícito continuo o elementos de un hecho ilícito compuesto a los cuales son aplicables las disposiciones sustantivas de este tratado?	190
a) Recapitulación de los hechos pertinentes	190
b) Posición de las partes.....	194
c) Conclusiones del Tribunal	196
i. Las disposiciones sustantivas del APPI no son aplicables <i>ratione temporis</i> a la expropiación establecida por el Decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975	196
ii. Las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables a la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000	201
iii. Las disposiciones sustantivas del tratado son aplicables a la denegación de justicia alegada.....	204
B. Fundamento de las supuestas violaciones.....	205
1. Recapitulación de los hechos	205
a) Decisión N° 43 - Indemnización de personas no propietarias.....	205
b) La ausencia de decisión con respecto a la rotativa Goss	206
2. Posiciones de las partes.....	207
a) Posición de las partes demandantes.....	207
b) Posición de la parte demandada.....	210
3. Conclusiones del Tribunal	211
VIII. DAÑOS	219
A. El daño sufrido por las partes demandantes.....	220
1. Posición de las partes demandantes	221
2. Posición de la parte demandada.....	222
3. Conclusiones del Tribunal de arbitraje	222

B. Intereses	227
1. Posición de las partes	227
2. Conclusiones del Tribunal	228
C. Conclusión sobre los daños y perjuicios	230
IX. COSTAS DEL PROCEDIMIENTO	231
A. Posición de las partes	231
B. Conclusiones del Tribunal	232
X. PARTE DISPOSITIVA	235

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente litigio enfrenta, por una parte, a las dos partes demandantes, el Sr. Pey Casado, quien alega ser nacional español, y la Fundación española Presidente Allende, y por otra, a la República de Chile, Demandada (y Demandante en la excepción de incompetencia).
2. Las partes demandantes han incoado el presente procedimiento al amparo de la Convención de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, “*Convenio CIADP*”), ratificada por Chile el 24 septiembre de 1991 y por España el 18 de agosto de 1994, y del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, suscrito el 2 de octubre de 1991 y vigente desde el 29 de marzo de 1994 (en adelante, “*APPI entre Chile y España*” o “*APPP*”).
3. La controversia se refiere esencialmente a las consecuencias de la confiscación por parte del Gobierno de Chile de los bienes de las sociedades Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (en adelante “*CPP S.A.*”) y Empresa Periodística Clarín Ltda. (en adelante, “*EPC Ltda.*”), de las que las Demandantes alegan ser propietarias. Más adelante se expondrá un breve resumen de los hechos del caso, los cuales serán desarrollados en la exposición y el análisis de los planteamientos respectivos de las partes.

II. PROCEDIMIENTO

4. La controversia entre las partes ha dado lugar a un procedimiento arbitral excepcionalmente largo y complejo, en dos idiomas, el francés y el español, y cuyas principales etapas se pueden resumir como sigue:
5. El 2 de octubre de 1997, el Sr. Pey Casado otorgó su consentimiento al arbitraje CIADI (con exclusión de lo relativo a una controversia específica relacionada con una rotativa que, en el presente laudo, se designará como rotativa Goss) y, el 6 de octubre de 1997, la Fundación Presidente Allende consintió a dicho arbitraje.¹
6. El 3 de noviembre de 1997, las dos partes demandantes interpusieron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, “*el Centro*” o

¹ Anexos 10 y 2, respectivamente, a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

“*el CIADI*”) una solicitud de arbitraje contra la República de Chile. Solicitud ésta encaminada a que el Centro :

*“ - [tuviese] 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 una inversión extranjera, por acompañado el derecho de registro de la Solicitud [tuviese a bien] registrar ésta [la Solicitud] 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\$500.822.969, 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 ”.*²

7. El 6 de noviembre de 1997, el Centro acusó recibo de la solicitud de arbitraje y, conforme a lo dispuesto en el artículo 36(1) del Convenio CIADI, transmitió una copia de la solicitud a la República de Chile.
8. El 20 de abril de 1998, el Secretario General del CIADI procedió, a pesar de la oposición de la República de Chile, al registro de la solicitud de arbitraje conforme a lo dispuesto en el artículo 36(3) del Convenio CIADI y, el mismo día, notificó dicho registro a las partes.
9. El 14 de septiembre de 1998, conforme a lo dispuesto en el artículo 37(2)(b) del Convenio CIADI, se constituyó el Tribunal de arbitraje, formado por el Juez Mohammed Bedjaoui, designado por las partes demandantes, el Sr. Jorge Witker Velásquez, designado por la parte demandada, y el Juez Francisco Rezek, designado por el Presidente del Consejo Administrativo y a quien se confió la presidencia del Tribunal. El 18 de noviembre de 1998, se solicitó al Embajador Galo Leoro Franco (Ecuador) que sustituyera al Árbitro Witker Velásquez, que había presentado su renuncia el 21 de octubre de 1998. De conformidad con la regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero, el Sr. Gonzalo Flores fue nombrado secretario del Tribunal.

² Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 9.

10. El 1 de febrero de 1999, la Demandada hizo llegar al Secretario General del CIADI una carta en la que alegaba la incompetencia del Centro y del Tribunal de arbitraje y solicitaba a este último que fijara plazos para que las partes sometieran sus escritos relativos a las excepciones preliminares a la competencia.
11. La primera sesión del Tribunal con las partes tuvo lugar el 2 de febrero de 1999 en la sede del Banco Mundial en Washington, D.C. Se fijó un calendario para que las partes sometieran sus escritos y, el 23 de marzo de 1999, las Demandantes presentaron un memorial (con fecha 17 de marzo), en la que solicitaban al Tribunal que:

“[declarar] ilegítima, contraria a Derecho, nula y sin efecto ab initio la ocupación por acto de fuerza, seguida de la confiscación, de los bienes, derechos y créditos de CPP S.A. y EPC Ltda., así como la disolución de CPP S.A. y EPC Ltda.;

- [condenar] 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 - por un monto mínimo estimado provisionalmente a fecha de 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 esta Memoria; y asimismo

- [condenar] 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

- [condenar al Estado demandado] 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”.*³

³ Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, pp. 71 y 72.

12. El 20 de julio de 1999, la Demandada presentó un Memorial de incompetencia, afirmando, en particular, que:

“1) El Sr. Pey Casado tiene la nacionalidad chilena,

2) El Acuerdo para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones 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 optaron por la jurisdicción chilena renunciando con este acto a la jurisdicción internacional; y finalmente,

*6) El Estado de Chile jamás ha otorgado su consentimiento para que esta controversia pueda ser sometida al conocimiento de un Tribunal del CIADI”.*⁴

13. La Demandada concluía solicitando al Tribunal que declarase que la controversia “[*excedía*] de manera manifiesta la competencia del Centro” y estaba fuera de la jurisdicción del mismo y que no existía motivo plausible alguno que justificara el presente procedimiento, de lo que se deducía, en particular, que las partes demandantes debían ser condenadas al pago de las costas.⁵

14. El 13 de septiembre de 1999, la Demandada presentó una solicitud de medidas provisionales a fin de garantizar la solvencia de las partes demandantes para, llegado el caso, sufragar los gastos y las costas resultantes del procedimiento arbitral.

15. El 6 de octubre de 1999, las Demandantes presentaron una “*Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción plantada por la parte demanda*” (con fecha 18 de septiembre de 1999), solicitando al Tribunal de arbitraje :

“[Desestimar] íntegramente la cuestión de competencia interpuesta por la República de Chile,

[Declarar] su plena jurisdicción para conocer y resolver el diferendo jurídico que ante el mismo está planteado y

⁴ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 155.

⁵ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 156.

*[Disponer] la continuación del procedimiento, con imposición de las costas de este incidente”.*⁶

16. El 3 de enero de 2000, la Demandada presentó su “*Memorial de réplica sobre la incompetencia*” (con fecha 27 de diciembre de 1999), en el que se retomaban las conclusiones 1 a 6 de su escrito de 20 de julio de 1999, anteriormente citadas, y se concluía lo siguiente:

*“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 a un elemento extranjero, constituyen el más claro ejemplo de fraude a la ley”.*⁷

17. En los mismos escritos, la Demandada solicitó al Tribunal de arbitraje que se declarara incompetente. Asimismo, declaró que el Gobierno de Chile “*no discute que deba pagar una indemnización por los bienes confiscados por la cual ha dictado una ley especial. En el caso específico de la confiscación de los activos pertenecientes a Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y a Empresa Periodística Clarín Ltda., el Estado de Chile pagará la indemnización correspondiente a sus legítimos dueños, de acuerdo a un procedimiento que ya se encuentra bastante avanzado en beneficio de los afectados*”.⁸
18. El 11 de febrero de 2000, las Demandantes presentaron una “*Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada*” (de fecha 7 de febrero de 2000), en el solicitaban al Tribunal que desestimara las objeciones de la Demandada y que declarara su competencia para conocer el presente litigio.⁹
19. Las audiencias sobre el tema de la competencia del Tribunal de arbitraje tuvieron lugar entre el 3 y el 5 de mayo de 2000 en Washington D.C.
20. Con motivo de la dimisión del Juez Francisco Rezek, Presidente del Tribunal de arbitraje (sobrevvenida el 16 de marzo de 2001 y efectiva desde el 13 de marzo), el 11 de abril de 2001 se nombró al Profesor Pierre Lalive (Suiza) Presidente del Tribunal de arbitraje, que

⁶ Contestación a la Memoria sobre la cuestión de jurisdicción de la demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 134.

⁷ Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 159.

⁸ *Ídem*, p. 160.

⁹ Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, p. 37.

quedó así reconstituido (se mantuvo al Juez Bedjaoui y al Embajador G. Leoro Franco en calidad de árbitros designados por las respectivas partes). El procedimiento se reanudó. El Secretario general del CIADI nombró a la Sra. Gabriela Álvarez Ávila como Secretaria del Tribunal en sustitución del Sr. Flores, que, entre tanto, había cesado temporalmente en sus funciones en el CIADI.

21. El 23 de abril de 2001, las Demandantes presentaron una solicitud de medidas provisionales encaminadas a conseguir la suspensión de la Decisión Ministerial N.º43 de Chile, de fecha 28 abril de 2000.
22. Con posterioridad a la audiencia celebrada en Ginebra el 21 de junio de 2001, el Tribunal de arbitraje dictó, el 25 de septiembre de 2001, una resolución sobre las medidas provisionales solicitadas por las partes.¹⁰
23. El 26 de septiembre de 2001, el Tribunal de arbitraje dictó una resolución procesal con fecha 25 de septiembre de 2001 relativa a la aportación de documentos y a la organización de audiencias sobre el tema de competencia.¹¹ Las partes presentaron notas y observaciones. Las Demandantes entregaron, además, una solicitud para aportar nuevos documentos. Los días 29 y 30 de octubre de 2001, el Tribunal celebró una audiencia sobre el tema de competencia, tras la cual las partes presentaron un resumen de sus alegatos orales.
24. El 8 de mayo de 2002, el Tribunal de arbitraje, en aplicación del artículo 41 del Convenio CIADI, decidió por unanimidad “*unir al fondo las excepciones de incompetencia opuestas por la República de Chile*”, reservando la continuación del procedimiento.¹²
25. El 10 de mayo de 2002, el Tribunal dictó una resolución procesal por la que se establecía un calendario para la presentación de los escritos de las partes y se fijaba la fecha de las audiencias sobre la competencia y el fondo.¹³ Este calendario fue modificado

¹⁰ A saber, las medidas solicitadas por la parte demandada en su memorial de incompetencia y el 13 de septiembre de 1999 “con el fin de obtener garantías suficientes para cubrir las costas a las que la parte demandante pudiese, en su caso, ser condenada” y aquellas solicitadas por las partes demandantes el 23 de abril de 2001. Esta resolución se publicó en la revista del CIADI (16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 567 (2001) para la versión en lengua francesa y 16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 603 (2001) para la versión en lengua española).

¹¹ Resolución procesal N° 4-2001.

¹² Resolución de 8 de mayo de 2002, p. 55.

¹³ Resolución procesal N° 5-2002.

posteriormente por las resoluciones procesales N.º 6-2002 de 9 de julio de 2002, N.º 8-2002 de 20 de agosto de 2002 y N.º 11-2002 de 12 de diciembre de 2002.

26. El 16 de septiembre de 2002, las partes demandantes presentaron su memorial sobre la competencia¹⁴ y el fondo¹⁵ de fecha 11 de septiembre de 2002, instando en particular al Tribunal a que decidiera que:

“- la inversión ha sido efectuada en conformidad con el API 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”.*¹⁶

27. Confirmando sus conclusiones precedentes del 17 de marzo de 1999, las Demandantes concluyeron solicitando que:

“- condene al Estado demandado 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. [...]

*- condene al Estado demandado a pagar a las partes demandantes intereses moratorios a partir del 11 de septiembre de 2002 y hasta su completo cumplimiento”.*¹⁷

28. El 8 de octubre de 2002, la Demandada presentó una solicitud para que se separaran los temas de responsabilidad de los de daños y perjuicios. El Tribunal de arbitraje desestimó esta solicitud mediante la resolución procesal N.º 9-2002 de 3 de diciembre de 2002.

29. El 4 de noviembre de 2002, las Demandantes presentaron una demanda complementaria “relativa a la compensación de los daños dimanantes de la requisa de una rotativa GOSS

¹⁴ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002.

¹⁵ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002.

¹⁶ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 178.

¹⁷ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 150.

por las Autoridades de Chile confiscada el 11 de septiembre de 1973, y confiscada por el Decreto Supremo N.º 165 de 10 de febrero de 1975. Esta solicitud se fundamenta en las disposiciones del Acuerdo bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones (API) convenido entre España y Chile el 2 de octubre de 1991, en particular en la cláusula de la nación más favorecida inserta en este instrumento, que le permite invocar igualmente el API concluido entre Suiza y la República de Chile el 24 de septiembre de 1999”.¹⁸

30. El 3 de febrero de 2003, la Demandada presentó un memorial de contestación sobre el fondo y la competencia, en la que se solicitaba al Tribunal de arbitraje :

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

3) En el 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 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”.*¹⁹

31. El 3 de marzo de 2003, las partes demandantes presentaron su réplica sobre el fondo y la competencia, de fecha 23 de febrero de 2003, que retomaba en su totalidad sus solicitudes precedentes.²⁰ El 4 de abril de 2003, la parte demandada presentó su dúplica sobre el fondo y la competencia, que retomaba, en particular, su solicitud de 3 de febrero de 2003.²¹
32. Finalmente, del 5 al 7 de mayo de 2003, el Tribunal de arbitraje celebró audiencias orales en Washington D.C. durante las cuales las partes expusieron y desarrollaron sus respectivos puntos de vista, respondieron a diferentes preguntas del Tribunal de arbitraje y confirmaron sus escritos.²²

¹⁸ Demanda Complementaria de las Demandantes de 4 de noviembre de 2002.

¹⁹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 418.

²⁰ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 253.

²¹ Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 64-69.

²² Transcripción de la audiencia celebrada los días 5 a 7 de mayo de 2003 en Washington D.C.

33. Al final de la audiencia de 7 de mayo de 2003, el Presidente precisó que el Tribunal, tras haber estudiado la totalidad de los escritos, documentos y alegatos respectivos, se reservaba la posibilidad de solicitar, en caso necesario, información complementaria, razón por la cual el procedimiento no debía considerarse aún “*cerrado*”.²³
34. En el transcurso del verano de 2005, el Presidente redactó un proyecto parcial de decisión sobre la competencia, cuyo texto, de carácter confidencial, presentó el 3 de junio al resto de los miembros del Tribunal para su posterior deliberación, prevista para el 19 de septiembre de 2005 en Nueva York.
35. Mediante carta de 23 de agosto de 2005, la República de Chile solicitó la recusación de los tres miembros del Tribunal de arbitraje, uno de los cuales (el Embajador Galo Leoro Franco, de nacionalidad ecuatoriana) presentó su renuncia mediante carta de 26 de agosto de 2005, alegando que había perdido la confianza de la parte que le había designado. Tras esta dimisión, Chile retiró por escrito su solicitud de recusación de este último. Dado que la dimisión del Sr. Leoro Franco, en vísperas de la deliberación del Tribunal fijada con su consentimiento, no parecía justificada por ninguno de los motivos previstos en el artículo 56(3) del Convenio CIADI y en la regla 8(2) de las Reglas de Arbitraje, la misma no fue aceptada por los otros dos miembros del Tribunal de arbitraje y se solicitó al Presidente del Consejo Administrativo que cubriera la vacante producida, tras esta petición, el Presidente procedió a designar al Sr. Emmanuel Gaillard, profesor de derecho y abogado en París.
36. Posteriormente se puso de relieve, en particular tras una entrevista concedida por el Sr. Robert Dañino, en aquel entonces Secretario General del CIADI, a una importante delegación chilena, a petición de esta, que la recusación solicitada por la Demandada en vísperas de la deliberación prevista por el Tribunal de arbitraje estuvo motivada en realidad por el conocimiento del proyecto de decisión parcial propuesto por el Presidente. Proyecto este que el Árbitro Leoro Franco creyó poder comunicar a la parte que le había designado, contraviniendo así la obligación incuestionable de respetar el carácter confidencial de los documentos de trabajo del Tribunal y el secreto de las deliberaciones.
37. La existencia de tal violación no solo no ha sido controvertida por la Demandada, sino que, al contrario, ha sido reconocida por esta. Subsiste solamente la duda sobre quién habría

²³ De acuerdo la regla 46 de las Reglas de Arbitraje del CIADI; véase la transcripción de la audiencia celebrada los días 5 a 7 de mayo de 2003, p. 127 de la transcripción del día 7.

tomado dicha iniciativa, no obstante no incumbe a este Tribunal el pronunciarse sobre este tema, pese a las protestas y peticiones presentadas al CIADI por las Demandantes.

38. En lo referente a las recusaciones contra los dos árbitros restantes formuladas por la parte demandada, éstas se fundamentaban, en el caso del Sr. Bedjaoui, en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores de la República Argelina y, en el caso del Presidente, en supuestas dilaciones del procedimiento arbitral y en los temores manifestados acerca de su estado de salud (artículos 57 y 14 del Convenio CIADI).
39. El Presidente del Consejo Administrativo, competente en la materia,²⁴ prefirió (tal vez teniendo en cuenta la entrevista concedida al respecto a una de las partes por el entonces Secretario General del CIADI) remitirse a las recomendaciones del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. A resultas de ello, se desestimó la recusación del Presidente, a la vez que se admitió la recusación del Sr. Bedjaoui. Este último fue sustituido por un abogado argelino designado por las Demandantes, el Sr. Mohammed Chemloul.
40. El Tribunal, debidamente reconstituido,²⁵ se reunió en Ginebra en julio de 2006 para celebrar una primera sesión de trabajo y adoptó un calendario preliminar, tomando en consideración el tiempo que los dos nuevos árbitros necesitarían para estudiar un expediente tan voluminoso.
41. Tras haber consultado con las partes, en los meses de agosto y septiembre de 2006, sobre la conveniencia de celebrar una nueva audiencia, el Tribunal adoptó varias resoluciones procesales.
42. Primero, estimó “deseable, en virtud de la nueva integración del Tribunal de Arbitraje y del Artículo 12 del Reglamento, ofrecer a ambas partes la facultad de expresarse oralmente - quedando excluida una reapertura del procedimiento escrito- sobre un cierto número de puntos”.²⁶
43. También manifestó su preocupación por las “consecuencias posibles de la insólita inequidad procesal resultante del hecho que una de las Partes, y no la otra, tuvo

²⁴ Véase el artículo 58 del Convenio CIADI.

²⁵ Cf. la carta de 14 de julio de 2006 de la Secretaría del CIADI.

²⁶ Carta a las partes de 13 de septiembre de 2006.

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”. Por consiguiente, decidió comunicar oficialmente dicho proyecto a título de documento de trabajo, “con el fin de preservar los principios superiores de igualdad de las partes y de contradicción” y en el entendido de que dicha “comunicación no prejuzga en nada el resultado de la deliberación futura.”²⁷

44. El 2 de octubre de 2006, el Tribunal comunicó los temas sobre los que debía versar la exposición oral que probablemente las partes, desearían presentar en una futura audiencia.
45. Mediante la resolución procesal N.º 13 de 24 de octubre de 2006, el Tribunal de arbitraje fijó la fecha de celebración de dicha audiencia, prevista en las oficinas del Banco Mundial en París, para los días 15 y 16 de enero de 2007.
46. En una carta-memorial de 8 de noviembre de 2006, la Demandada solicitó al Tribunal que volviera a considerar “[su] decisión [...] de no autorizar siquiera una sola presentación por escrito de las partes” y “restringir el alcance de la audiencia solamente a las preguntas comunicadas a las partes el día 2 de octubre de 2006”.
47. En una carta complementaria de 17 de noviembre de 2006, los abogados de la Demandada retomaron y desarrollaron argumentos análogos, y criticaron el contenido y la forma de la resolución procesal N.º 13/2006.
48. Mediante la resolución procesal N.º 14/2006, el Tribunal de arbitraje rechazó las conclusiones de la Demandada y mantuvo los términos de la resolución N.º 13, al tiempo que destacó una serie de malentendidos y errores cometidos por esta parte en sus comunicaciones precedentes, en particular en lo relativo a la confidencialidad y el secreto de las deliberaciones.
49. En una carta de 15 de diciembre de 2006, la República de Chile enunció y recapituló sus diferentes objeciones a determinados considerandos contenidos en las resoluciones procesales N.º 13 y N.º 14.
50. Los días 15 y el 16 de enero de 2007, tal y como estaba previsto y sin que se produjeran incidentes, se celebraron en la sede del Banco Mundial en París las audiencias fijadas por

²⁷ Ídem.

el Tribunal de arbitraje. Según lo acordado, se entregó a las partes una transcripción en español y en francés de las exposiciones relativas a las preguntas del Tribunal y las respectivas respuestas.

51. Mediante carta de 18 julio de 2007, el Tribunal de arbitraje invitó a las partes a hacerle llegar los documentos que le permitieran conocer los montos precisos asignados a los beneficiarios de la Decisión N.º 43 adoptada por el Ministerio chileno de Bienes Nacionales el 28 abril de 2000, invitación a la cual las Demandantes respondieron con una carta de fecha 19 de julio de 2007. Ante la ausencia de respuesta por parte de la Demandada, el Tribunal de arbitraje, mediante carta de 3 de octubre de 2007, reiteró a ésta su invitación a pronunciarse, si así lo deseaba, acerca de la posición de las Demandantes sobre los montos asignados a los beneficiarios de la Decisión N.º 43. La Demandada respondió a esta invitación por medio de una carta de fecha 18 de octubre de 2007, respecto de la cual las Demandantes formularon observaciones suplementarias en una carta de fecha 29 de octubre de 2007. La Demandada formuló comentarios adicionales mediante carta recibida el 9 de noviembre de 2007 (aunque con fecha errónea de 18 de octubre de 2007).
52. En una carta de 24 de agosto de 2007, la Demandada envió al Tribunal de arbitraje las copias de dos decisiones recientes dictadas en casos CIADI, solicitando al Tribunal de arbitraje que las tomara en consideración durante sus deliberaciones. Las Demandantes, mediante carta de fecha 31 de agosto de 2007, solicitaron al Tribunal de arbitraje que *“[excluyera] del debate esos documentos por haber sido comunicados fuera del plazo, en violación de la regla dispuesta por el Tribunal según la cual ningún documento puede ya ser comunicado por las Partes salvo petición expresa del Tribunal”*. El Tribunal de arbitraje decidió, por unanimidad, confirmar su decisión anterior y excluir la reapertura del proceso escrito. Mediante carta de 3 de octubre de 2007, informó a las partes de que, *“desde luego se [había] mantenido y se [mantenía] al corriente de los desarrollos ‘jurisprudenciales’ o doctrinarios acaecidos desde la última audiencia de enero de 2007, y de ahí [estimaba] superfluo e inoportuno el autorizar nuevas presentaciones o comentarios”*.
53. Finalmente, mediante carta de fecha 3 de octubre de 2007, el Tribunal de arbitraje invitó a las partes a comunicar el monto de sus gastos y costas, incluidos los honorarios de sus

abogados y otros gastos incurridos en el presente arbitraje, acompañados de los justificantes correspondientes. Las partes respondieron a esta invitación en sus cartas de 23 de octubre de 2007 (en cuanto a las Demandantes) y de 3 de noviembre de 2007 (en cuanto a la Demandada), que la Secretaría entregó al Tribunal de arbitraje simultáneamente el 5 de noviembre de 2007. Las Demandantes formularon comentarios suplementarios acerca de los gastos y costas mediante carta de fecha 7 de noviembre de 2007, lo propio hizo la Demandada mediante carta de fecha 20 de noviembre de 2007.

54. Desde el punto de vista procesal, cabe señalar que la Sra. Eloïse Obadia fue designada Secretaria del Tribunal en sustitución de la Sra. Álvarez-Ávila a partir del 27 de agosto de 2007. Además, el Tribunal de arbitraje declaró cerrado el procedimiento el 31 de enero de 2008, en aplicación de la regla 38 de las Reglas de Arbitraje. En razón del depósito tardío de la traducciones en francés de ciertas comunicaciones y documentos producidos por la Demandada con anterioridad al cierre del procedimiento, el Tribunal se vió en la obligación de prorrogar por 30 días el término de 60 días previsto en la regla 46 de las Reglas de Arbitraje para redactar y firmar el laudo.

III. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

55. El presente litigio presenta, en suma, dos cronologías distintas de hechos pertinentes; la primera se refiere a los hechos relativos a las inversiones supuestamente realizadas por las Demandantes, en particular la compra de las sociedades CPP S.A. y ECP Ltda., así como a los acontecimientos que condujeron a la confiscación de estos bienes; la segunda se refiere a los hechos en base a los cuales el Tribunal de arbitraje debe decidir la cuestión relativa a la nacionalidad de las partes demandantes. En aras de la claridad, resulta conveniente resumir ambas cronologías de hechos por separado.

A. Hechos relativos a la inversión y la confiscación de los bienes en cuestión

56. Al resumir los hechos relativos a la inversión alegada por las Demandantes, es conveniente recordar brevemente el marco jurídico aplicable a las inversiones en Chile en los años sesenta.

57. El 30 de marzo de 1960,²⁸ mediante el Decreto N.º 258, se crea el Estatuto del Inversionista, que cobija “las personas que aporten al país nuevos capitales, provenientes del exterior, con el objeto de iniciar, impulsar, ampliar, mejorar o renovar actividades productoras”. Sin embargo, se precisa 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; [...]”. Este Estatuto prevé que el Presidente del Estado puede otorgar distintas franquicias a los inversionistas que respeten las disposiciones del mismo.
58. El 24 de mayo de 1961, entra en vigencia en Chile el Tratado de Montevideo en virtud del Decreto N.º 269, así como el Decreto N.º 1272-1961, aprobado el 7 de septiembre de 1961.²⁹
59. El 3 de agosto de 1967, se crea la CPP S.A. 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.³⁰
60. El 4 de septiembre de 1967, se aprueba la Ley 16643, que restringe las inversiones extranjeras en algunos 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.
61. El 9 de mayo de 1968, la sociedad CPP S.A. adquiere el 95,5% del capital de la sociedad EPC Ltda., sociedad editora del diario “El Clarín” fundada por el Sr. Sainte-Marie en 1955. El Director de dicho periódico es el Sr. Sainte-Marie, quien, desde los años 1957 y 1958 y, en particular, entre los años 1969 y 1970, cuenta con la ayuda de su amigo, el empresario Sr. Pey Casado.³¹

²⁸ Publicado el 4 de abril de 1960.

²⁹ Publicado en el Diario Oficial el 11 de noviembre de 1961.

³⁰ Sin embargo, en la decisión de 8 de mayo de 2002, p. 9, se menciona un porcentaje del 99%, debido, al parecer, a un error de transcripción.

³¹ En ese sentido, véase la declaración del Sr. Pey Casado ante el Tribunal de arbitraje en el mes de mayo de 2003, Transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 104.

62. El 30 de julio de 1969, según se alega, entra en vigor en Chile el Acuerdo de Cartagena en virtud del Decreto N.º 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.º 24*”, que, de acuerdo con lo aducido por la parte demandada, entró en vigor en Chile en virtud del “*Decreto de Insistencia*” N.º 488 de 30 de junio de 1971, derogando el Decreto N.º 258 de 1960.³² En cuanto a las partes demandantes, éstas alegaron que este Régimen Común de Tratamiento (concedido) a los Capitales Extranjeros no se había aplicado en Chile antes del 11 de septiembre de 1973 y que la inversión del Sr. Pey Casado se regía en aquel entonces por las disposiciones del Decreto Ley 258/1960.³³
63. En 1972, el Sr. Sainte-Marie, por razones “*estrictamente personales*” y, al parecer, de índole familiar³⁴ decidió, supuestamente, vender la sociedad CPP S.A. a su amigo, el Sr. Pey Casado, quien, desde hacía ya tiempo, 1957-1958,³⁵ le había prestado asistencia como colaborador y consejero técnico, en particular con respecto al desarrollo y la ampliación de la empresa, y se había convertido en su “*más estrecho colaborador*”. El vendedor, Sr. Sainte-Marie, deseaba “*ausentarse del país de una manera definitiva y total*”. Razón por la cual, según el Sr. Pey Casado, el “*mecanismo por cual se hizo la transferencia de la empresa*” se habría producido de manera rápida y con menos formalidades de lo que se acostumbra en el ámbito comercial.³⁶
64. El 29 de marzo de 1972, se transfirió la suma de US\$500.000 desde una cuenta en un banco checoslovaco, a través de una cuenta en el banco Manufacturers Trust Co. en Londres,³⁷ a una cuenta que el Sr. Sainte-Marie tenía abierta en el Banco Hispano Americano de Madrid, en la cual dicha suma fue depositada finalmente el 4 de abril de 1972. El 30 de marzo del mismo año, el Sr. Pey Casado se convirtió en director de la

³² Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 166 y ss.

³³ Véase, por ejemplo, la exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 56.

³⁴ Transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p.104.

³⁵ Ídem, p. 103.

³⁶ Ídem, p. 104.

³⁷ Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

sociedad CPP S.A. y el 6 de abril de 1972 habría recibido del Sr. Sainte-Marie 25.500 acciones de la sociedad CPP S.A. (con los formularios de traspaso firmados en blanco).

65. El 13 de mayo de 1972, el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie suscribieron (en Estoril, Portugal), un acuerdo que las partes demandantes consideran como la concertación final de la venta de la sociedad CPP S.A.³⁸ Por su parte, la parte demandada considera que dicho acuerdo no cumpliría con las condiciones formales de una transferencia de propiedad.³⁹
66. En la segunda mitad del año 1972, se efectuaron diversas transacciones en relación con las acciones de la sociedad. El 14 de julio de 1972, el Sr. Sainte-Marie transfirió un determinado número de acciones al Sr. González y, el 6 de septiembre de 1972, transfirió otras acciones al Sr. Venegas. De acuerdo con las Demandantes, las acciones de los Sres. González y Venegas les habrían sido enviadas al Sr. Pey Casado con los formularios de traspaso firmados en blanco, y dirigidos a este último. El Sr. Pey Casado habría utilizado los formularios de traspaso firmados en blanco que recibiera el 6 de abril para crear nuevas acciones a nombre de los Sres. González y Venegas, quienes, simultáneamente, le habrían remitido los originales de dichas acciones (con los correspondientes formularios de traspaso firmados en blanco por ellos).⁴⁰
67. El 23 de septiembre de 1972, el Sr. Sainte-Marie otorga al Sr. Pey Casado, ante notario, un poder concediéndole a este último todos los derechos sobre el nombre del diario “*El Clarín*”, así como sobre el 4,5% de las acciones de la sociedad EPC Ltda.
68. El 2 de octubre de 1972, mediante un acta unilateral firmada en Ginebra, el Sr. Pey Casado habría concluido definitivamente el contrato de venta con el Sr. Sainte-Marie.⁴¹ El 3 de octubre de 1972, el vendedor, Sr. Sainte-Marie, recibió la suma de US\$780.000 en varios pagos realizados por el “*Bank für Handel und Effekten*”.⁴² De acuerdo con la Demandada, para quien el Sr. Pey Casado habría actuado en estas diversas transacciones en calidad de

³⁸ Véase, por ejemplo, la cronología proporcionada por las partes demandantes en su exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 17-23.

³⁹ Véase, por ejemplo, el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 288 y ss.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 19 y 20. Anexos 7 y 8 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴¹ Anexo C-66.

⁴² Véase, por ejemplo, la exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 20.

mandatario más que en nombre propio, dicha suma habría sido depositada en la cuenta del Sr. Pey Casado mediante transferencia proveniente del Banco Nacional de Cuba el 26 de septiembre de 1972, un día después de la apertura de la cuenta por parte del Sr. Pey Casado.⁴³

69. El 18 de octubre de 1972, el Sr. Sainte-Marie transfirió acciones al Sr. Venegas y al Sr. Carrasco. Estos dos grupos de acciones habrían sido entregadas al Sr. Pey Casado “*con los formularios de traspaso firmados en blanco*”.⁴⁴ 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 CPP S.A.
70. 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 “*El Clarín*”, detienen a su Director⁴⁵ y a un cierto número de personas, y embargan locales y bienes.⁴⁶
71. El 14 de septiembre de 1973, el Sr. Pey Casado se refugia en la Embajada de Venezuela en Santiago. El 27 de octubre de 1973, abandona Chile.
72. En el ámbito de las confiscaciones sobre las que versa la reclamación de las partes demandantes, cabe señalar que el 21 de octubre de 1974, el Decreto Exento chileno N.º 276 aplica el Decreto N.º 77 a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Se somete a examen la situación “*patrimonial*” del Sr. Pey Casado y de otras personas.
73. De acuerdo con la parte demandada, el Decreto N.º 600 de fecha 13 de julio de 1974 estableció un “*Estatuto de la Inversión Extranjera*”, el cual, junto con el Decreto N.º 746 de 9 de noviembre de 1974, confirmaría que la Decisión N.º 24 de la Comisión de Cartagena habría sido aplicada en Chile.⁴⁷ Posteriormente, el 10 de febrero de 1975, el Decreto N.º 165 ordena la disolución de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. y la transferencia de sus bienes al Estado. El Decreto N.º 580 de 24 de abril de 1975 aplica el

⁴³ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 85-86.

⁴⁴ Anexo 4 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, y Anexo C-161.

⁴⁵ Véase la declaración judicial del Sr. Manuel Alberto Gamboa Soto, Director del diario Clarín, de 11 de septiembre de 1973, Anexo C-47.

⁴⁶ Decreto N.º 93 de 20 de octubre de 1973, Anexo 3 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁷ Véase su preámbulo y el artículo 19.1.

Decreto N.º 77 al Sr. Pey Casado y confisca un edificio de propiedad de la sociedad EPC Ltda. Estos textos, conjuntamente con el Decreto N.º1200 del 25 de noviembre de 1977, disponen o confirman la confiscación de “*ciertos bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones pertenecientes a Víctor Pey*”.

74. De acuerdo con las partes demandantes, todavía pesaba sobre el Sr. Pey Casado la prohibición de entrar libremente a Chile, por tanto éste no habría recibido notificación de tales medidas, y ni las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., ni el Sr. Pey Casado habrían estado representadas en dichos procedimientos.
75. En septiembre del año 1975, las autoridades tributarias de Chile entablaron procesos penales por presunto fraude tributario contra el Sr. Pey Casado y otras personas. El Sr. Pey Casado no habría recibido notificación de dicha querrela ni habría estado representado en el procedimiento judicial.⁴⁸ Con posterioridad al 11 de diciembre de 1975, el Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos no le habría imputado ninguna infracción.⁴⁹ El 1 de septiembre de 1976, el Juez lo habría declarado “*rebelde*”.⁵⁰ En este proceso, las autoridades chilenas no habrían acusado al Sr. Pey Casado de haber cometido infracción alguna de las disposiciones del Decreto Ley N.º258/1960⁵¹ ni del Decreto N.º 482/1971 ni tampoco de la Decisión N.º24 o ni siquiera del Decreto Ley N.º1272/1961, que establecía el control de cambios.⁵²
76. Cabe señalar que, luego de la caída del régimen militar de Pinochet, los Decretos N.º276, 580 y 1200 fueron declarados nulos y sin efecto.
77. En cuanto al tema de los trámites tendientes a obtener una indemnización, resulta oportuno señalar que el 1 de febrero de 1995, el Sr. Pey Casado entabló ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago una demanda de restitución de la sociedad CPP S.A. y de los documentos relativos a la misma, demanda que fue objeto de una sentencia favorable

⁴⁸ Anexo D-19.

⁴⁹ Anexos C-189 y C-191.

⁵⁰ Anexo C-197.

⁵¹ Anexo C-111.

⁵² Anexo C-112.

dictada el día 29 de mayo de 1995 “habida cuenta del valor probatorio de los antecedentes”.⁵³

78. En 1995, las partes demandantes interpusieron ante el Presidente de la República (el 6 de septiembre de 1995) y ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago (el 4 de octubre de 1995) una demanda solicitando la restitución de la rotativa GOSS o la compensación por la pérdida de la misma. Dicha petición, que el Sr. Pey Casado reiteró al Presidente de la República el 10 de enero de 1996,⁵⁴ fue objetada el 17 de abril de 1996 por el Consejo Nacional de Defensa como representante de Chile ante el Tribunal Civil, por no tener el demandante legitimación activa (*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 ha confundido su calidad de dueño del 99% del capital social de la ‘Empresa Periodística Clarín Limitada’, con la del titular del derecho de dominio sobre los bienes de esta*”; en segundo lugar y subsidiariamente, dada “*la validez del Decreto Supremo N.º 165, de 1975, del Ministerio del Interior*” que ordenaba la confiscación de CPP S.A. y de EPC Ltda.⁵⁵ No obstante, el Tribunal Civil aceptó considerar la demanda como admisible basándose en seis cuestiones preliminares.
79. El 20 de noviembre de 1995, el Ministerio de Bienes Nacionales informa al Sr. Pey Casado de que la ley de indemnización que permitirá tratar las situaciones comparables a la del Sr. Pey Casado todavía no ha sido promulgada.⁵⁶ El 25 de junio de 1998, es decir, ocho meses después de la presentación de la solicitud de arbitraje en el presente procedimiento el 3 de noviembre de 1997, se promulga la Ley N.º 19.568 de restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado. Sin embargo, las partes demandantes informarían al Ministerio de Bienes Nacionales, mediante carta de 24 de junio de 1999, su decisión de no acogerse a la Ley N.º 19.568, debido a la solicitud de arbitraje presentada en 1997 y a la cláusula de opción irrevocable (*fork-in-the-road*) contemplada en el APPI entre Chile y España.⁵⁷

⁵³ Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁴ Véase la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 8, y el Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁵ Anexo C-181.

⁵⁶ Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁷ Carta de las partes demandantes al Ministerio de Bienes Nacionales de 24 de junio de 1999 (Anexo C-32).

80. El 28 de abril de 2000, el Ministerio de Bienes Nacionales dictó la Decisión N.º 43, considerada por las partes demandantes como una nueva confiscación o como una nueva manifestación de la confiscación de sus derechos derivados de su inversión (después de las del 10 de febrero de 1975, el 24 de abril de 1975 y el 25 de noviembre de 1977).⁵⁸ Esta decisión se adoptó mientras este arbitraje estaba en curso.

B. Hechos relativos a la nacionalidad del Sr. Pey Casado y de la Fundación Allende

81. El Sr. Pey Casado nació en 1915, de padres españoles, en España, de donde emigró en 1939, tras 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.

82. En 1947, fue registrado en el Consulado español de Santiago como residente permanente en Chile.

83. 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 su nacionalidad de origen. En virtud de dicho Convenio, el Sr. Pey Casado solicitó y obtuvo la nacionalidad chilena, mediante el Decreto Supremo N.º 8054 de fecha 11 de diciembre de 1958.

84. El 11 de septiembre de 1973, el Presidente Allende fue derrocado por un golpe militar que asumió el poder en Chile. 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 abandonó Chile gracias a un salvoconducto entregado por las autoridades. De acuerdo con las partes demandantes, es en ese momento cuando el Sr. Pey Casado habría sido privado *de facto* de su nacionalidad.

85. De acuerdo con la Demandada, en el mes de noviembre de 1973, el Sr. Pey Casado habría viajado a Perú con un pasaporte chileno N.º 014078, 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 dicho pasaporte chileno y con una cédula de identidad chilena.⁵⁹ Sin

⁵⁸ Véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, pp. 123-125 (Sra. Malinvaud).

⁵⁹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 20-21; Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 13-14.

embargo, según el Sr. Pey Casado, él habría realizado ese viaje con un pasaporte de urgencia de Venezuela. El pasaporte chileno había caducado el 12 de diciembre de 1971.

86. El 8 de noviembre de 1973, las autoridades militares chilenas promulgan el Decreto Ley N.º 77 que, conforme manifiestan las Demandantes, habría servido de base a la normativa del Decreto Supremo N.º 1726 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 en Chile y sin que en este país hubiese habido una persona que se encargara de su representación, defensa e intereses en sus empresas rotativas.⁶⁰
87. 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 una cédula de identidad para “*transeúnte extranjero*”.⁶¹ El 9 de enero de 1974, el Consulado de España en Caracas concede al Sr. Pey Casado una visa para España, válida para tres meses, que el Sr. Pey Casado utiliza el 31 de mayo de 1974 para trasladarse a España.
88. De acuerdo con 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 tres pasaportes diferentes.⁶² El Sr. Pey Casado niega no sólo haber hecho estos viajes, sino también haber dispuesto de otros documentos de viaje distintos a los pasaportes de urgencia expedidos por Venezuela.⁶³ La Demandada reconoció en el curso de la audiencia del 6 de mayo de 2003 que “*quizá haya errores en los documentos [concernientes a los viajes del Sr. Pey Casado]; no nos consta*”.⁶⁴
89. El 4 de junio de 1974, el Sr. Pey Casado se registra en la Municipalidad de Madrid y recibe un documento nacional de identidad español y un pasaporte español. De acuerdo con la parte demandada, el Sr. Pey Casado habría omitido registrarse en el Registro Civil Español, lo que, en opinión de ésta, habría sido necesario conforme al Convenio de Doble

⁶⁰ De hecho, la parte demandada no controvertió que el Sr. Pey Casado no hubiera regresado a Chile hasta 1989.

⁶¹ Anexos C-48 y C-253.

⁶² Véase, por ejemplo, el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 48 y 49.

⁶³ Transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, pp. 33-36, 170-171; Transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, pp. 30 y 44.

⁶⁴ Transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, p. 142.

Nacionalidad hispano-chileno, si éste hubiese deseado modificar su nacionalidad “efectiva”.

90. El 11 de junio de 1974, el Sr. Pey Casado recibe un pasaporte español en Madrid, válido hasta el 10 de junio de 1979. En 1974, el Sr. Pey Casado se registra en el Consulado de España en Caracas, y, el 28 de enero de 1975, recibe por parte del gobierno de Venezuela una cédula de identidad de residente.
91. El 24 de mayo de 1977, se registra 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).
92. El 14 de junio de 1984, el Ministerio del Interior de Chile aprueba el Decreto N.º 597 relativo a un reglamento de extranjería. De acuerdo con la parte demandada, este texto confiere plenos poderes a dicho Ministerio para determinar, en caso de duda, la nacionalidad extranjera.⁶⁵ Fue precisamente a este Ministerio al que el Sr. Pey Casado dirigió, el 10 de diciembre de 1996, una comunicación por medio de la cual puso en su conocimiento que él no revestía el carácter de beneficiario del Convenio de Doble Nacionalidad desde 1974.⁶⁶
93. El 17 de noviembre de 1988, el Sr. Pey Casado recibió un pasaporte del Consulado de España en Caracas (válido hasta el 16 de noviembre de 1993) y, el 18 de enero de 1989, renovó ante el mismo Consulado de España su documento nacional de identidad español.
94. 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.⁶⁷ Además, siempre según la Demandada, el Sr. Pey Casado habría actuado en las actas constitutivas de la Fundación con su doble ciudadanía, hasta 1997.⁶⁸
95. 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

⁶⁵ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 226 y 227.

⁶⁶ Anexo C-21. Véase la contestación al memorial de incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 56 y 57.

⁶⁷ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 28.

⁶⁸ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 27.

1973. De acuerdo con 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 CPP S.A.⁶⁹

96. Según el Departamento de Servicios de Fronteras de la Dirección Nacional de Extranjería y Policía Internacional, el Sr. Pey Casado había entrado en Chile el 4 de mayo de 1989 “*como turista español*”, con su pasaporte español.⁷⁰ Y con esa misma calidad, el 22 de mayo de 1989 (es decir, 18 días después de su entrada) habría abandonado Chile, habría retornado a Chile (el 25 de mayo de 1989) y nuevamente salido y regresado varias veces, siempre con su pasaporte español, hasta noviembre de 1990.
97. Según la Demandada, el Sr. Pey Casado habría retomado su residencia en Chile y, el 6 de octubre de 1989, habría comparecido ante un notario en Miami, con el propósito de otorgar plenos poderes al Sr. Juan Garcés a fin de que éste creara la Fundación Presidente Allende, identificándose en esta instancia como doble nacional hispano-chileno.⁷¹
98. Fue el 16 de enero de 1990 cuando, tras el otorgamiento de un poder por el Sr. Pey Casado el 6 de octubre de 1989, se creó la Fundación Presidente Allende conforme al 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.⁷² El 6 de febrero de 1990, el Sr. Pey Casado, identificándose con un pasaporte español, compareció ante un notario de Miami y suscribió un contrato de cesión irrevocable, por una parte, y de aceptación de la cesión, por otra parte, en lo que respecta al “*patrimonio, títulos, derechos y créditos de cualquier naturaleza dimanantes de los contratos privados de compraventa que el CEDENTE celebró en 1972 con D. Darío Sainte-Marie Soruco, por el que este último vendió y D. Víctor Pey Casado compró el ciento por ciento de las acciones de CPP S.A. y EPC Ltda.*”⁷³ El 27 de abril de 1990, la Fundación Allende fue registrada como institución de beneficencia ante el Ministerio de Cultura español.

⁶⁹ Contestación al memorial de incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 69 y 70.

⁷⁰ Anexo 9 al Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999.

⁷¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 27 y 28.

⁷² Anexo 22 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003. Véase también el Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 33.

⁷³ Anexo 18 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999.

99. Aproximadamente seis meses después, el 18 de octubre de 1990, el Sr. Pey Casado ingresó nuevamente a Chile con su pasaporte español. Posteriormente, el 5 de enero de 1991, el Sr. Pey Casado solicitó y recibió una cédula de identidad chilena.⁷⁴
100. El 20 de febrero de 1991, mientras se encontraba en Chile, el Sr. Pey Casado advirtió que había perdido su pasaporte español N.º 13.008, expedido el 17 de noviembre de 1988 y válido hasta el 16 de noviembre de 1993,⁷⁵ por lo que solicitó y obtuvo de las autoridades chilenas un pasaporte. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto N.º 676 del 15 de febrero de 1966, por el que se aprobaba el Reglamento de Pasaportes, los extranjeros podían solicitar el pasaporte chileno en casos excepcionales.⁷⁶ El Decreto N.º 1.010 de 5 de septiembre de 1989, por el que se “*aprueba el Reglamento de Pasaportes Ordinarios y de Documentos de Viaje y de Títulos de Viaje para extranjeros*”, autorizaba la expedición de pasaportes a naturales extranjeros para salir del país.⁷⁷
101. Las autoridades chilenas constataron que el Sr. Pey Casado se había servido 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 había vuelto a utilizarlo después de haber viajado a España en el mes de mayo de 1997 y que las autoridades españolas le habrían expedido un pasaporte N.º 027703339-B el 28 de mayo de 1997, con validez hasta el 27 de mayo de 2007.⁷⁸ Aparentemente, este hecho corrobora las declaraciones que el Sr. Pey Casado realizara a este respecto ante el Tribunal de arbitraje.⁷⁹ Según la parte demandada, el Sr. Pey Casado viajó con este pasaporte chileno a los Estados Unidos el 5 de julio de 1991.⁸⁰
102. Llegados a este punto, procede recordar que el Convenio 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

⁷⁴ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 176 y 177.

⁷⁵ Anexo C-48.

⁷⁶ Anexo 15 al informe experto del Sr. Nogueira, presentado por la parte demandada en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, versión francesa en el Anexo C-260, traducción en la Demanda incidental de las Demandantes de 23 de febrero de 2003, p. 39.

⁷⁷ Véanse los artículos 3, letra b) y 11 del Anexo 16 al informe experto del Sr. Nogueira, presentada por la parte demandada en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, versión francesa en el Anexo C-260.

⁷⁸ Anexos 9 y 10 al Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999 y Anexo C-48.

⁷⁹ Durante las audiencias de los días 29 de octubre de 2001 y 7 de mayo de 2003; transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, pp.124 y 125.

⁸⁰ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 31.

España, dicho Convenio fue firmado el 21 de marzo de 1994 y entró en vigor el 17 de septiembre de 1994. El 2 de octubre de 1991, Chile y España suscribieron el APPI, que entró en vigor el 29 de marzo de 1994.

103. Según la parte demandada, a partir del 20 de febrero de 1991, fecha de su solicitud de pasaporte, el Sr. Pey Casado se presentó en varias ocasiones como nacional chileno y, como tal, solicitó la asistencia de Chile al regresar a este país. Es así como, por ejemplo, el 17 de febrero de 1992, se inscribió en los registros electorales de Vitacura, como el 25 de mayo de 1992 acudió a la Oficina Nacional de Retorno 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,⁸¹ y como, el 1 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 en varias ocasiones con su cédula nacional de identidad chilena.⁸² El 17 de julio de 1993, se inscribió en el Registro Electoral de la Reina (un hecho admitido por las Demandantes, que, no obstante, alegan que las letras (CH) relativas a la nacionalidad no habrían sido escritas por el Sr. Pey Casado).⁸³ Chile presentó ante el Tribunal diversos documentos que respaldan la tesis según la cual el Sr. Pey Casado se presentó a si mismo (entre 1991 y enero de 1997) como ciudadano chileno con una cédula de identidad chilena o con un domicilio chileno.
104. El 23 de octubre de 1994, el Sr. Pey Casado viajó a Bolivia con un pasaporte chileno. De acuerdo con la Demandada, habría utilizado el mismo pasaporte en el transcurso de otro viaje a Bolivia que realizó el 6 de noviembre de 1994 y de un viaje a España vía los Estados Unidos el 21 de mayo de 1997.⁸⁴

⁸¹ El artículo 2 de la Ley N.º 18.994 de 14 de agosto de 1990, sobre el retorno de exiliados a Chile (véanse pp. 32 a 34 del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003), concede los beneficios de dicha ley a *“los exiliados que tengan o hayan tenido la nacionalidad chilena”*; Anexo 31 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, versión en francés en el Anexo C-259.

⁸² Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 25 y ss.

⁸³ Véase la contestación al memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 70 y 71; Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 112-113.

⁸⁴ Véase, el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 48 y 49.

105. El 29 de mayo de 1996, el abogado del Sr. Pey Casado envió una comunicación al Ministro de Asuntos Exteriores de España, en la cual declaró que, “*en cumplimiento de expresas instrucciones de [su] representado*”, invocaba el APPI entre Chile y España.⁸⁵
106. El 10 de diciembre de 1996, el Sr. Pey Casado había comunicado al Departamento de Inmigración de Chile que había fijado su residencia en España desde el año 1974 y que no pensaba acogerse al Convenio hispano-chileno de Doble Nacionalidad.⁸⁶ Según las Demandantes, éste constituiría el primer acto de “*renuncia*” a la nacionalidad chilena.⁸⁷ El 19 de diciembre de 1996, el Ayuntamiento de Madrid confirmó la residencia del Sr. Pey Casado en España.⁸⁸
107. El 7 de enero de 1997, el Sr. Pey Casado habría solicitado al Consulado de España en Santiago que “ajustar[a] el registro a la realidad”, “[e]n el supuesto caso de que en el pertinente registro de ese Consulado no hubier[a] constancia” de que “no est[aba] acogido a los beneficios y goces del Convenio de 24 de mayo de 1958 entre España y Chile” y que tenía su “domicilio en Madrid desde comienzos de 1974”.⁸⁹ 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.
108. El 16 de septiembre de 1997, el Sr. Pey Casado procedió a presentar en el Consulado de España en Mendoza (Argentina) una declaración jurada por medio de la que renunciaba expresa y solemnemente a la nacionalidad chilena “*en caso de que la Administración chilena requiriera una renuncia formal*”.⁹⁰
109. 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

⁸⁵ Anexo C-20.

⁸⁶ Anexo C-21; véase la contestación al memorial sobre incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, p. 56-57.

⁸⁷ Véase la contestación al memorial sobre incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 56-57.

⁸⁸ Anexo 8 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁸⁹ Anexo C-22.

⁹⁰ Anexo C-40.

1997, la Fundación Presidente Allende expresó su consentimiento al arbitraje, excluyendo también lo concerniente a la rotativa GOSS.

110. El 6 de noviembre de 1997, el Sr. Pey Casado presentó ante el Registro Civil Central una solicitud con el propósito de que se hiciera constar que él había establecido su residencia en Madrid en junio de 1974, solicitud que fue transcrita en el Registro Civil Central N.º 1 de Madrid el 20 de noviembre de 1997 por su secretario.⁹¹
111. Como se ha visto, el 7 de noviembre de 1997 el Sr. Pey Casado presentó su solicitud de arbitraje contra la República de Chile y, el 18 de marzo de 1998, Chile manifestó su oposición al registro de dicha solicitud, no obstante lo cual el Secretario General del CIADI la registró el 20 de abril de 1998.
112. El 24 de abril de 1998, el Dr. Garcés, representante del Sr. Pey Casado,⁹² se presentó ante el Ministerio de Asuntos Exteriores de España con el objeto de que se verificase si “*se [había] comunicado a la Parte chilena la renuncia formal de D. Víctor Pey Casado a los beneficios de dicho Convenio*” debidamente, a fin de confirmar a las autoridades chilenas que “*desde el 4 de junio de 1974 tiene exclusivamente la nacionalidad española*”. La carta relativa a esta solicitud fue remitida el 10 de julio de 1998 a las autoridades chilenas a través del Consulado de España en Santiago, y comunicada el 24 de julio de 1998 por la Dirección de Asuntos Consulares del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile al Registro del Estado Civil chileno, en el cual un funcionario 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 descriptiva que el Sr. Pey Casado era “*extranjero*”.⁹³
113. Este es el contexto fáctico a partir del cual se examinarán sucesivamente la competencia del Centro y del Tribunal para conocer de la solicitud del Sr. Pey Casado (IV) y la competencia del Centro y del Tribunal para conocer de la solicitud de la Fundación Allende (V), antes de pasar a abordar los temas de admisibilidad y de fondo del asunto.

⁹¹ Anexo C-10.

⁹² Anexo C-24.

⁹³ Véase el Decreto N.º 597 de 14 de junio de 1984 —Reglamento de Extranjería—, que de acuerdo con la parte demandada, confiere al Ministerio del Interior plenos poderes para determinar la nacionalidad extranjera en caso de duda; Anexo 17 a la opinión del Profesor Humberto Nogueira sobre la nacionalidad en el derecho chileno, presentada con el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

IV. COMPETENCIA DEL CENTRO Y DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA SOLICITUD DEL SR. PEY CASADO

114. El primer punto que debe examinarse, habida cuenta de las posiciones de las respectivas partes y, en particular, de la excepción de incompetencia planteada por la Demandada, es la de la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje en cuanto a la primera parte demandante, Sr. Pey Casado.

115. El artículo 25 del Convenio CIADI establece los requisitos de competencia del Centro en los siguientes términos:

“1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier 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”:

a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

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”.

116. Para que el Centro y el Tribunal sean competentes para conocer de la demanda del Sr. Pey Casado, la parte demandante debe justificar la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica que enfrente a un Estado Contratante y a un nacional de otro Estado Contratante. Además, dicha diferencia debe surgir directamente de una inversión y las partes tienen que haber consentido por escrito someterla al Centro.

117. El requisito referente a la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica y el relativo a la calidad de Estado Contratante de la Demandada no son objeto de controversia alguna por parte de la Demandada. Por el contrario, las partes se hallan en profundo desacuerdo sobre el requisito de inversión, sobre el requisito relativo a la nacionalidad del inversionista y sobre el hecho de que el Sr. Pey Casado pueda ser considerado únicamente como nacional de otro Estado Contratante, asimismo sobre el requisito del consentimiento del Estado Contratante, que, en opinión de la demandante, ha sido otorgado en virtud del APPI entre Chile y España.
118. Las partes debatieron ampliamente los requisitos de inversión y de nacionalidad, si bien no especificaron siempre de manera muy clara si las consideraciones relativas a estos temas versaban sobre los requisitos de inversión o de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI o los requisitos de inversión y de nacionalidad de acuerdo al APPI entre Chile y España. El requisito relativo a la existencia de una inversión y el requisito relativo a la nacionalidad de la parte demandante no se aprecian necesariamente de la misma manera a efectos de determinar si se cumplen respecto del Convenio CIADI, y si se cumplen respecto del APPI. Este Tribunal tendrá, por lo tanto, especial cuidado en distinguir ambos aspectos. De no satisfacerse los requisitos para la aplicación del APPI entre Chile y España, especialmente los requisitos de inversión y el de nacionalidad de acuerdo a este texto, se consideraría el consentimiento del Estado al arbitraje como ausente a efectos de la aplicación del Convenio CIADI, ya que dicho consentimiento se halla exclusivamente en el APPI. Por este motivo, los requisitos de inversión y de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI serán examinadas como tales y los requisitos de inversión y de nacionalidad de acuerdo al APPI se examinarán con ocasión de las consideraciones relativas a la verificación de la existencia del consentimiento al arbitraje por parte del Estado demandado.
119. Antes de proceder al examen de dichos requisitos, el Tribunal cree oportuno precisar que no está vinculado por las decisiones y laudos CIADI dictados con anterioridad. No obstante, el presente Tribunal considera que se debe tomar en consideración las decisiones de los tribunales internacionales e inspirarse, en ausencia de una razón imperiosa en sentido contrario, en las soluciones resultantes de una jurisprudencia arbitral establecida. Teniendo siempre en cuenta las particularidades del tratado aplicable y de los hechos del

caso concreto, el Tribunal considera, asimismo, que debe esforzarse en contribuir a un desarrollo armonioso del derecho relativo a las inversiones y, por ende, a satisfacer la expectativa legítima de la comunidad de Estados e inversionistas de previsibilidad del derecho en esta materia.⁹⁴

120. Por otro lado, resulta oportuno recordar que el Tribunal de arbitraje no está obligado a discutir y dirimir todas y cada una de las numerosas cuestiones de hecho o de derecho que las partes han planteado y analizado en el curso del proceso excepcionalmente largo resumido anteriormente, sino que, en lo que atañe a la competencia, basta la ausencia de una de los requisitos requeridos para que el Tribunal de arbitraje se declare incompetente y se abstenga por tanto de pronunciarse sobre cualquier otra cuestión relativa al fondo del litigio.

A. El requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI

121. El Tribunal recapitulará las posiciones de las partes en relación con el requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI antes de exponer las conclusiones a las que ha llegado sobre esta cuestión.

1. Posición de las partes

a) Posición de la parte demandada

122. Después de reconocer que el concepto de inversión no está definido en el Convenio CIADI, la Demandada se esforzó esencialmente en demostrar que no existía ninguna inversión por parte del Sr. Pey Casado y que el requisito de inversión previsto en el artículo 25 del Convenio no había sido por ende satisfecho.
123. La Demandada intentó demostrar, a través de extensas consideraciones, que el Sr. Pey Casado nunca fue propietario de los títulos de la sociedad CPP S.A., sociedad que a su vez, poseía el 99%⁹⁵ del capital de la sociedad EPC Ltda.⁹⁶ Niega tanto la veracidad de los

⁹⁴ En este sentido, véase *Saipem S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh*, caso CIADI N.º ARB/05/07, laudo sobre competencia y recomendación sobre medidas provisionales de 21 de marzo de 2007, párrafo 67.

⁹⁵ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 56, el acta redactada ante el Sr. Patricio Zaldívar, notario público, el 2 de febrero de 1972 (Anexo 9 al Informe Sandoval) y el acta auténtica redactada ante el Sr. Alfredo Astaburuaga Gálvez el 27 de noviembre de 1972 (Anexo 10 al Informe Sandoval).

hechos expuestos por la parte demandante como la legalidad de la adquisición de las acciones de CPP S.A. por el Sr. Pey Casado, en caso de que la venta de los títulos hubiera tenido lugar.

124. Insiste en lo que considera inconsistencias en la manera como describen las Demandantes los hechos presentados en la cronología, por ellas aportada, sobre la adquisición de los títulos de CPP S.A. por el Sr. Pey Casado y avanza una versión de los hechos relativos al traspaso de acciones de CPP S.A. en 1972 sustancialmente diferente a la de las Demandantes.
125. A principios del año 1972, el Sr. Sainte-Marie habría sido poseedor del 93% del capital de la sociedad CPP S.A., es decir, 37.200 acciones, y no del 100% de los títulos, como afirman las Demandantes. El 14 de julio de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie habría cedido 20.000 títulos al Sr. Emilio González González, por lo que solamente detentaría 17.200 títulos, es decir, el 43% del capital de la sociedad CPP S.A. Por lo tanto, es imposible, según la demandada, que, el 6 de abril de 1972, el Sr. Pey Casado hubiera recibido de manos del Sr. Darío Sainte-Marie 25.200 acciones, como alegan por primera vez las Demandantes en su exposición complementaria sobre la competencia de 11 de septiembre de 2002 (p. 19). La Demandada añade que las Demandantes afirmaban en sus memorias anteriores haber adquirido las 40.000 acciones sin ofrecer más precisiones al respecto y que continúan sin aportar pruebas en apoyo de sus pretensiones.
126. Con fecha 14 de agosto de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie habría adquirido las acciones de propiedad de los Sres. Osvaldo Sainte-Marie, Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser Labbé y la Sra. Juana Labbé Venegas, que representaban el 7% del capital de CPP S.A., encontrándose así en posesión de 20.000 títulos. La otra mitad del capital estaría en manos del Sr. González.⁹⁷ Por consiguiente, las Demandantes no podían poseer estos títulos en el mes de abril de 1972, contrariamente a lo afirmado por ellas.

⁹⁶ Véase, por ejemplo, pp. 20 a 93 de la transcripción de la audiencia del 6 de mayo de 2003; véase también el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 283 a 366.

⁹⁷ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 63, y el Anexo 16 al informe Sandoval. A la vista del Informe de la Superintendencia de Sociedades Anónimas de 2 de abril de 1974 (Anexo 16 al informe Sandoval), la parte demandada añade que es imposible que “*el Sr. Pey haya dado curso a solicitudes de traspasos firmadas por ‘los señores [Osvaldo y Pablo] Sainte-Marie, Kaiser y Labbé’ a favor de Sr. González , y que, a la vez, el 14 de agosto del mismo año –exactamente un mes después- los mismos ‘señores Sainte-Marie, Kaiser y Labbé’ hayan cursado solicitudes de traspaso respecto a las mismas*”

127. El 6 de septiembre de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie habría cedido 5.200 acciones de la sociedad al Sr. Jorge Venegas, por lo que sólo conservaría a ese punto 14.800 acciones. El 18 de octubre de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie habría cedido, por una parte, 1.200 títulos adicionales al Sr. Jorge Venegas y, por otra parte, otros 1.600 títulos de CPP S.A. al Sr. Ramón Carrasco. De acuerdo con la Demandada, éstas habrían sido las últimas cesiones de títulos de CPP S.A. en vista de los documentos aportados. Así pues, en el mes de octubre de 1972, los accionistas de la sociedad CPP S.A. habrían sido los Sres. Darío Sainte-Marie, Emilio González, Jorge Venegas y Ramón Carrasco.
128. Por otro lado, la Demandada considera que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra, que las Demandantes presentan como los contratos de venta de los títulos de CPP S.A., no hacen referencia en ningún momento a la venta de los títulos en cuestión.
129. Según ella, los Protocolos de Estoril no pueden considerarse un “*contrato de compraventa*”, ya que, en lugar de aparecer designados de esta manera, presentan el título “*obligaciones complementarias a lo ya efectuado y aceptado por ambas partes*”. La Demandada considera que “*el documento de Estoril en ningún momento identifica al Sr. Pey como ‘comprador’ de las acciones referidas en la cláusula E*” y que “*sugiere la intervención del Sr. Pey como agente fiduciario del Sr. Darío Sainte-Marie y terceras personas en las transacciones subyacentes a los documentos de Estoril y Ginebra.*” A tal fin cita las cláusulas A, E y F del Protocolo de Estoril y subraya que la cláusula E indica que el 50% de las acciones de CPP S.A. serán entregadas al Sr. Pey Casado, sin especificar a qué título ni en que calidad el Sr. Pey Casado recibe los títulos. También llama la atención del Tribunal sobre el hecho de que las cláusulas A y F se refieren a la entrega de una letra de cambio al Sr. Pey Casado, lo que confirmaría su papel de intermediario.⁹⁸

acciones a favor del Sr. Darío Sainte-Marie” (véase Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 305 y 306).

⁹⁸ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 294-295. La Demandada insiste en el hecho de que los Sres. González, Venegas y Carrasco indicaron en sus respectivas declaraciones ante el 8º Juzgado del Crimen que el Sr. Pey Casado había actuado como representante del Sr. Sainte-Marie (Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 310 y 311). La Demandada se basa igualmente en la declaración del Sr. Osvaldo Sainte-Marie ante la misma jurisdicción (Anexo 145 al Memorial), que, según ella, corroboraría las declaraciones de los Sres. González, Venegas y Carrasco.

La parte demandada considera, además, que el papel de intermediario del Sr. Pey Casado queda confirmado por la existencia de un mandato otorgado por el Sr. Sainte-Marie a favor del Sr. Pey el 6 de abril de 1972 a los fines de la venta del 50% del capital de EPC Ltda. en posesión del Sr. Sainte-Marie (véanse el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 304 y el Anexo 146 al Memorial).

130. Por otro lado, la parte demandada insiste en la falta de claridad de los Protocolos de Estoril y subraya que, en el caso de que el Sr. Sainte-Marie hubiese entregado acciones al Sr. Pey Casado, supuestamente en calidad de depositario, no se trataría de las 25.200 acciones referidas por las Demandantes, dado que el documento se refiere al 50% de las acciones de CPP S.A. El documento no contiene referencia alguna a las 40.000 acciones de CPP S.A. ni tampoco a su venta, y menciona un depósito de US\$250.000 así como otro anterior de US\$500.000 de los que no se facilitan más detalles.
131. El Documento de Ginebra no constituiría un contrato, sino una declaración unilateral que, además, el Sr. Sainte-Marie no firmó; este documento no podría considerarse una cesión o venta, sino que correspondería en realidad a “*un depósito de garantía*” de 12.000 acciones de la sociedad CPP S.A. que el Sr. Pey Casado habría recibido del Sr. Sainte-Marie. Aquél las conservaría sin cederlas ni traspasarlas a nadie, salvo en el caso de que se cumplieran las condiciones estipuladas en el documento. Puesto que nada indica que se cumplieran dichas condiciones, los 12.000 títulos habrían seguido perteneciendo al Sr. Sainte Marie. El documento sólo tendría sentido si el Sr. Pey Casado hubiera actuado en calidad de intermediario o mandatario.
132. En la audiencia de 6 de mayo de 2003, la parte demandada concluyó que el derecho aplicable a estos documentos revestía poca importancia. Sea como fuere, el derecho aplicable no podría permitir que se considerara la existencia en el caso de autos de un contrato de venta entre el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie.

También se refiere a un segundo mandato otorgado por el Sr. Sainte-Marie a favor del Sr. Pey el 29 de septiembre de 1972 a los fines de la venta, en nombre del Sr. Sainte-Marie, del 4,5% del capital de EPC Ltda. que seguía en su poder (véanse el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 314 y el Anexo 140 al Memorial). De acuerdo con la Demandada, dichos mandatos en ningún caso pueden interpretarse como cesiones de títulos al Sr. Pey Casado (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 317).

La parte demandada añade que el Sr. Sainte-Marie poseía el 4,5% del capital de EPC Ltda. desde febrero de 1972, y que el resto se encontraba en poder de CPP S.A. (véanse el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 57 y el Anexo 9 al informe Sandoval). El 27 de noviembre de 1972, el Sr. Sainte-Marie habría cedido el 3,5% de sus títulos a CPP S.A. y el 1% al Sr. Carrasco (véanse el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 57 y 58 y el Anexo 10 al informe Sandoval). La Demandada califica de incoherente la versión de los hechos expuesta por las Demandantes, según la cual el Sr. Pey habría podido traspasar el 50% de los derechos sociales en poder del Sr. Sainte-Marie a CPP S.A. en abril de 1972 y, posteriormente, el 27 de noviembre de 1972, traspasar de nuevo el 4,5% de los títulos del Sr. Sainte-Marie a CPP S.A., a excepción de un porcentaje cedido al Sr. Carrasco (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 314). De acuerdo con la Demandada, la única tarea del Sr. Pey Casado habría sido actuar en nombre del Sr. Sainte-Marie y proceder a la venta de sus títulos en EPC Ltda. a CPP S.A., por una parte, y al Sr. Carrasco, por otra, (véase el Anexo 10 al informe Sandoval).

133. Incluso si los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra debieran ser considerados como un contrato de venta de las acciones de la sociedad CPP S.A., ninguno de los documentos aportados describe al Sr. Pey Casado como comprador de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A. Los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra hacen referencia únicamente a 32.000 acciones en total. Aún suponiendo que el Sr. Pey Casado hubiese recibido 25.200 acciones en abril de 1972, el número total alcanzado sería 37.200 y no 40.000. Para el Estado demandado, las Demandantes no han probado en ningún momento la entrega de 14.800 acciones en octubre en Ginebra, y dicha cifra no figura en ninguna parte del Documento de Ginebra redactado por el Sr. Pey Casado. En cualquier caso, el Sr. Sainte-Marie no pudo haber vendido las 40.000 acciones al Sr. Pey Casado. El Sr. Sainte-Marie nunca habría sido propietario de la totalidad de los títulos, ya que la legislación de la época lo prohibía.⁹⁹
134. La Demandada niega igualmente que las Demandantes puedan justificar la propiedad de las acciones basándose en los títulos y los traspasos firmados en blanco que presentaron al Tribunal. Aparte de las incoherencias cronológicas, la Demandada subraya que, de los títulos que el Sr. Pey Casado pretende haber recibido del Sr. Sainte-Marie en el mes de abril de 1972, ninguno estaba registrado a nombre de Osvaldo y Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser y Juana Labbé, contrariamente a lo pretendido por las Demandantes;¹⁰⁰ los títulos en controversia aparecen en realidad inscritos a nombre de los accionistas que figuran en los documentos de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, a saber, los Sres. Darío Sainte-Marie, Emilio González, Jorge Venegas y Ramón Carrasco.¹⁰¹
135. Asimismo, los traspasos firmados en blanco no podrían ser los verdaderos traspasos que se utilizaron en la época, ya que un formulario de traspaso debería haber sido firmado por el

⁹⁹ La Demandada sostiene que el derecho chileno exigía por aquel entonces la presencia de al menos dos accionistas en el capital de una sociedad anónima, bajo pena de disolución de la sociedad (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 69). El plazo de 30 días referido por las Demandantes no cuestionaría el carácter automático e inmediato de la disolución; simplemente tendría por objeto permitir que el Directorio de la sociedad adoptara las medidas administrativas necesarias (véase la transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, pp. 68 a 72(Sr. Di Rosa)).

¹⁰⁰ La parte demandada se refiere a la exposición complementaria de las partes demandantes sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 19.

¹⁰¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 78. Para la Demandada, el hecho de no presentar el Registro de Accionistas carece de pertinencia, dado que los propios archivos de la Superintendencia de las Sociedades Anónimas tendrían el mismo valor probatorio que el Registro de Accionistas de la sociedad (véase la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 54-56).

cedente y por el cesionario. Una vez entregado al “*Directorio*” para su aprobación e inscrito en el Registro de Accionistas, “*habría quedado agotada [su] existencia*”, pues ya no tendría utilidad. En el presente caso, los formularios de traspaso presentados por las partes demandantes sólo se encuentran firmados por el cedente, y no por el supuesto cesionario, cuyo nombre tampoco aparece. Estas exigencias no podrían haber pasado desapercibidas al Sr. Pey Casado, quien, como Presidente del Consejo de Administración de CPP S.A., se había ocupado de los procedimientos de aprobación de las cesiones de acciones a los Sres. González, Venegas y Carrasco, y habría tenido tiempo suficiente para proceder a los trámites necesarios en su favor, si así lo hubiera deseado.

136. La Demandada insiste también en el carácter, en su opinión “*misterioso*”, de las transferencias de fondos realizadas por el Sr. Pey Casado para, supuestamente, efectuar la compra de los títulos de CPP S.A. por la suma total de US\$1,28 millones. En lo que se refiere al primer giro de US\$500.000, el Sr. Pey Casado, que no habría presentado ningún contrato de venta, tampoco habría demostrado que es el titular de las cuentas abiertas en los bancos *Zivnostenska Banka, N.C.* y *Manufacturers Trust Co.* por las que transitaron los fondos. Del mismo modo, el origen de los fondos seguiría siendo desconocido. Nada permitiría tampoco establecer un vínculo entre este giro y los Protocolos de Estoril que designan al Sr. Pey Casado como el depositario de un cierto número de acciones. En lo referente al monto restante de US\$780.000, a la Demandada le sorprende que se transfiriera en primer lugar desde una cuenta domiciliada en el *Banco Nacional* de Cuba, de la que el Sr. Pey Casado no demuestra ser el titular, a una cuenta abierta el día anterior por el Sr. Pey Casado en el *Bank für Handel und Effekten* y, siete días después, a una cuenta del Sr. Sainte-Marie en Madrid. La Demandada hace constar que las Demandantes se abstienen de revelar el origen de los fondos transferidos desde el *Banco Nacional* de Cuba; la cuenta abierta en el *Bank für Handel und Effekten* habría servido únicamente como cuenta de tránsito, lo que sugeriría que el Sr. Pey Casado actuó como intermediario.
137. Añade que, entre los elementos de este monto de US\$780.000, la orden de pago de US\$10.000 que el Sr. Pey Casado pretende haber efectuado a favor del Sr. Sainte Marie no hace referencia a ningún destinatario y no constituiría, por lo tanto, una prueba de pago. Tampoco existiría prueba de la existencia de una letra de cambio por US\$20.000 en la documentación aportada por las Demandantes.

138. La Demandada sostiene que la versión de los hechos esgrimida por las Demandantes estaría igualmente en contradicción con las declaraciones efectuadas en 1975 por los Sres. González, Venegas y Carrasco, que indican haber conservado sus títulos hasta el momento en que otorgaron un poder especial al Sr. Pey Casado para que procediera a la reventa sus acciones en el transcurso del año 1973. Estas declaraciones se realizaron con motivo del procedimiento interpuesto ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago el 3 de septiembre de 1975 en contra de las siguientes personas: Darío Sainte-Marie Soruco, Osvaldo Sainte-Marie Soruco, Ramón Carrasco Peña, Víctor Pey Casado, José Emilio González González y Jorge Venegas Venegas, así como de los contadores de CPP S.A. y EPC Ltda., Alfonso Bruce Bañados y Juan Biggs Gómez. La investigación iniciada buscaba determinar si las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., así como las personas convocadas, podían ser consideradas culpables de ciertos delitos tributarios y si los compradores de esas sociedades actuaban como “*testaferros*” del Presidente Allende, quien se especulaba habría sido el verdadero dueño.¹⁰²
139. La parte demandada señala que “[e]n el contexto de la investigación del caso tributario, los Sres. Venegas, González y Carrasco prestaron declaraciones, en 1974 y 1975, en las cuales manifestaron que ellos eran propietarios de acciones de CPP S.A.; que las habían comprado a sugerencia del ex Presidente Allende pero en su propio nombre y con su propio dinero; que algunos meses después de la compra y por varios motivos (entre ellos, graves problemas a nivel laboral en el CPP S.A.), habían decidido vender las acciones y con ese propósito habían entregado formularios de traspaso firmados en blanco al Sr. Pey para que vendiera las acciones en representación de ellos; que ello no ocurrió ya que no se les pagó valor alguno por tales acciones, y que, en definitiva, los traspasos no se cursaron, quedando por tanto ellos en calidad de propietarios de las acciones, y no terceros o el Sr. Pey. También declaró el Sr. Osvaldo Sainte Marie, haciendo referencia a las compras de acciones por parte de los Sres. Venegas, González y Carrasco”.¹⁰³ El hecho de que los Sres. Venegas, González y Carrasco quedaran, según ella, “totalmente exonerados” al término del procedimiento, en una época en la que a los tribunales les convenía complacer

¹⁰² Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 104, y la querrela en el Anexo 85 al Memorial.

¹⁰³ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 106, y las declaraciones de los interesados en el Anexo 87 al Memorial.

al poder establecido, sería una confirmación de que “esos Sres. habían sido los propietarios legítimos de las acciones de CPP S.A., y que no habían actuado como testaferros del Presidente Allende ni de nadie”.¹⁰⁴

140. Ello explicaría por qué el Sr. Pey Casado se encontró en posesión de los títulos y de los formularios de traspaso en blanco, pero también por qué en ningún momento los Sres. González, Venegas y Carrasco habrían manifestado que el Sr. Pey Casado fuera el verdadero propietario de los títulos de CPP S.A. Por otro lado, el nombre del Sr. Pey Casado no figura en ningún documento de la sociedad que pudiera suponer su calidad de propietario de las acciones de CPP S.A.
141. Con el fin de establecer que el Sr. Pey Casado nunca fue propietario de las acciones de CPP S.A., la parte demandada se basa, asimismo, en los “descargos” formulados en diciembre de 1974 por los Sres. Jorge Venegas y Emilio González con el objeto de que no se les aplicaran las disposiciones del *Decreto Exento* N.º 276 de 21 de octubre de 1974. Dicho decreto declaraba “*en estudio*” el patrimonio de los interesados, lo que implicaba la confiscación temporal de sus bienes en tanto no se presentase una solicitud de “descargo” para obtener su restitución. Los escritos de descargo de los Sres. Jorge Venegas y Emilio González probarían que eran propietarios de 6.400 y 20.000 títulos de CPP S.A. respectivamente y que se trataba de los únicos bienes de su patrimonio respecto de los cuales no solicitaron se dejara la confiscación sin efecto.¹⁰⁵
142. La parte demandada presenta la declaración del Sr. Jorge Venegas de 20 de noviembre de 2002, en la cual el Sr. Venegas afirma haber adquirido sus acciones de Sr. Sainte-Marie, por medio de su intermediario el Sr. Pey Casado, y que este último habría actuado también en calidad de intermediario en la venta de las 20.000 acciones al Sr. Emilio González. Esta versión de los hechos habría sido confirmada por la declaración del Sr. Ovalle, abogado al

¹⁰⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 108 y las resoluciones del 8º Juzgado del Crimen de Santiago en los Anexos 88 a 90 de la Contestación.

¹⁰⁵ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 97 a 99, pp. 322 a 325 y los Anexos 81 y 82 al Memorial. La parte demandada sostiene que los Sres. Jorge Venegas y Emilio González tenían la intención de ceder sus títulos a una fundación. El argumento según el cual las declaraciones de los Sres. Venegas y González, de fecha 23 de diciembre de 1974, habrían sido objeto de una falsificación con el pretexto de que el Decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975 no hace referencia a ellas, contrariamente al Decreto N.º 580 de 24 de abril de 1975, no estaría fundado. La explicación reside en el hecho de que los Sres. Venegas y González habrían presentado sus descargos con posterioridad al plazo legal, “*en forma extemporánea*” (véase la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 48 a 54 y, en particular, p. 53).

que consultaron los Sres. Venegas y González cuando éstos temían por su vida debido a su calidad de accionistas de CPP S.A. El Sr. Ovalle afirma haberles sugerido que propusieran a las autoridades de la época la cesión de sus títulos a una fundación de carácter científico. Posteriormente, la entrada en vigor del *Decreto Exento* N.º 276 habría llevado a los Sres. Venegas y González a presentar sus escritos de descargo, esto es reconocido por el Decreto Supremo N.º 580 al dejar sin efecto el *Decreto Exento* N.º 276 en lo que a ellos se refería.¹⁰⁶

143. Las declaraciones de las autoridades chilenas en 1975 que invocan las Demandantes para afirmar que el Estado demandado reconoció la calidad de comprador y de propietario del Sr. Pey Casado carecerían de pertinencia. De acuerdo con la Demandada, estas declaraciones “*fueron resultado de conclusiones motivadas en factores políticos e ideológicos más que en consideraciones de hecho y de derecho*”. Las jurisdicciones chilenas, únicas en poder pronunciarse acerca de la propiedad de las acciones en controversia, habrían desestimado las tesis de las autoridades chilenas tal y como fueron expuestas en el Memorando de 3 de febrero de 1975. El juicio ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago habría permitido incluso establecer la validez de los contratos de compra de las acciones por parte de los Sres. Carrasco, González y Venegas y reconocer a esas mismas personas la propiedad de las acciones de CPP S.A.
144. El hecho de que en el testamento del Sr. Sainte-Marie de 28 de marzo de 1979 y en el inventario de sus bienes realizado por sus herederos en el mes diciembre de 1983 no se hiciera mención alguna de las acciones de las sociedades CPP S.A. tampoco podría constituir prueba de la compra de las acciones en cuestión por parte del Sr. Pey Casado. Otro tanto ocurriría con el testamento del Sr. González, en el que no figura ninguna referencia a las acciones de CPP S.A. En cuanto al Sr. Carrasco, la Demandada manifiesta que habría fallecido intestado y, que aún en el caso de que hubiese redactado un testamento sin mención relativa a las acciones en controversia, éste no hubiera sido de ninguna ayuda para las partes demandantes, ya que esta supuesta omisión no puede constituir prueba de propiedad por parte del Sr. Pey Casado.

¹⁰⁶ La parte demandada explica que el Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975 declara sin efecto el *Decreto Exento* N.º 276 del Ministerio del Interior respecto de los Sres. Jorge Venegas y Emilio González, que pudieron, según la Demandada, disponer libremente de sus bienes a partir de la fecha de entrada en vigor del Decreto Supremo N.º 580 (véase Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 94).

145. La Demandada alega también que la devolución de los títulos y formularios de traspaso en blanco por parte del 8° Juzgado al Sr. Pey Casado no prueba en absoluto la calidad de propietario de este último. En apoyo de este argumento, indica en primer lugar que la cuestión de la propiedad de las acciones de CPP S.A. no se abordó en 1975 durante el procedimiento iniciado por los servicios tributarios chilenos. La petición interpuesta por el Sr. Pey Casado persigue únicamente obtener la devolución de los documentos y no una decisión que se pronuncie sobre la propiedad de las acciones. El 8° Juzgado del Crimen sólo notificó la existencia de la solicitud del Sr. Pey Casado al Servicio de Impuestos Internos, que no reaccionó ante dicha notificación. El Juzgado del Crimen no notificó la solicitud a ninguna otra persona o institución, incluidos los Sres. Venegas, González y Carrasco, los “*verdaderos interesados*”. Por otro lado, no podía esperarse que dichas personas, que la Demandada considera como los verdaderos propietarios, se informaran por sí mismas del resultado de este procedimiento. El Juzgado tampoco demostró el dominio de las acciones, aunque sí ordenó su devolución. De acuerdo con la Demandada, no puede interpretarse que la resolución del Juzgado determine la propiedad de las acciones ni que el Estado demandado reconozca este punto.
146. La Demandada sostiene también que “aún en el hipotético caso en el que los Sres. Darío Sainte-Marie y Pey hubieran efectivamente convenido, una compraventa de acciones de la sociedad CPP S.A., dicho acuerdo habría sido insuficiente por sí sólo para operar la transferencia del dominio sobre las acciones respectivas a favor del Sr. Pey”. El contrato de compraventa de las acciones debería distinguirse de la “transferencia y adquisición de la propiedad o derecho de propiedad sobre las acciones”, que exige el cumplimiento de un determinado número de condiciones, como la inscripción en el Registro de Accionistas de la sociedad. En el presente caso, las Demandantes no habrían cumplido con las formalidades impuestas por el derecho chileno y cuya inobservancia acarrea la nulidad.
147. De acuerdo con la Demandada, las Demandantes pretenden, equivocadamente, que “la ley aplicable al modo de adquirir el dominio sobre acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile sería el Código Civil de Portugal (lugar donde habría sido convenido el contrato de compraventa); el derecho del cantón de Ginebra ('lugar en el que el contrato ha sido completado y ejecutado' y donde habría sido pagado parte del precio convenido), y/o el Código de Comercio español ('ley del lugar de residencia del vendedor')” en

aplicación del principio *locus regit actum*. Según la Demandada, la aplicación de dicha regla englobaría, en efecto, la formación, los efectos y la interpretación del contrato, pero no eximiría de respetar las formalidades de cesión de acciones contempladas en el derecho chileno.

148. La Demandada alega que dichas formalidades son las que preveía en 1972 el Código de Comercio, las cuales prevalecerían sobre las previstas del Código Civil de Chile invocadas por las Demandantes, que por tanto no serían aplicables a la cesión de acciones nominativas de sociedades anónimas.
149. La Demandada sostiene también que el derecho chileno en el año 1972 no permitiría la emisión de acciones al portador. La normativa vigente a partir de 1970 y, en particular, el artículo 451 del Código de Comercio y el artículo 37 del Reglamento de Sociedades Anónimas, únicamente autorizarían las acciones nominativas y exigen efectuar su transferencia mediante inscripción en el Registro de Accionistas. Tanto la doctrina como la jurisprudencia confirmarían el hecho de que la validez de la cesión de acciones nominativas depende de su inscripción en el Registro de Accionistas, inscripción que no puede considerarse como una simple medida de publicidad.
150. La Demandada llega a la conclusión de que, en 1972, era imposible proceder a la adquisición de acciones nominativas mediante formularios de traspaso firmados en blanco. Los documentos presentados por las Demandantes no cumplirían con ninguna de las formalidades requeridas por la normativa en vigor, y en particular por el artículo 37 del Reglamento de Sociedades Anónimas, que exige, entre otras cosas, la firma del cedente y del cesionario en presencia de dos testigos. Los “*traspasos en blanco*” no constituirían en sí mismos títulos de propiedad ni harían parte de las modalidades de cesión previstas en la legislación chilena de la época, que no contemplaba ninguna excepción a las condiciones de validez de la transferencia de acciones nominativas. Tampoco se trataría de una costumbre, la cual, en cualquier caso, sólo tendría aplicación en caso de silencio de la ley y, además, no habría quedado demostrada por las Demandantes.
151. La Demandada insiste finalmente en que no se presentó al Consejo de Administración, como exige el artículo 37 del Reglamento de Sociedades Anónimas, norma, por demás, recogida en los estatutos de CPP S.A. desde el 30 de marzo de 1972, ninguna solicitud de transferencia de acciones en nombre y a favor del Sr. Pey Casado. Tampoco existiría en el

Registro de Accionistas inscripción alguna a nombre del Sr. Pey Casado, como queda reflejado en la nómina de accionistas presente en los informes de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. El argumento según el cual el Sr. Pey Casado no habría tenido ocasión de efectuar las formalidades necesarias en razón de los acontecimientos de septiembre de 1973 carece de credibilidad, ya que, de acuerdo con la Demandada, el Sr. Pey Casado había dispuesto del tiempo necesario para realizarlas con anterioridad. Por último, si realmente se hubiera realizado una transferencia de acciones en favor del Sr. Pey Casado, la sociedad habría emitido nuevos títulos a nombre del interesado, cosa que nunca se produjo.

b) Posición de las partes demandantes

152. De acuerdo con las Demandantes, el Sr. Pey Casado habría procedido a la adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. en el mes de octubre de 1972, convirtiéndose en titular de una inversión de acuerdo al Convenio CIADI. En sus notas respecto de los alegatos relativos a las audiencias del 29 y el 30 de octubre de 2001, la parte demandante sostuvo que la inversión en cuestión satisfacía la condición prevista en el Convenio CIADI, en la medida en que el Convenio no define el concepto de inversión y no exige la transferencia física de fondos al territorio del Estado Contratante.¹⁰⁷
153. Al igual que la Demandada, las Demandantes dedicaron la mayor parte de su argumentación sobre el requisito de inversión conforme al Convenio CIADI a demostrar que el Sr. Pey Casado era el auténtico comprador y propietario de las acciones de CPP S.A.
154. Así, las Demandantes trazan en sus escritos la que ellos consideran la cronología de la adquisición de las acciones de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. En este sentido afirman que, el 29 de marzo de 1972, el Sr. Pey Casado habría pagado al Sr. Darío Sainte-Marie, en aquel entonces propietario de la totalidad del capital de CPP S.A., la suma de US\$500.000 mediante giro del banco Manufacturers Trust Co. de Londres a la cuenta bancaria del Sr. Darío Sainte-Marie en Madrid. El contrato firmado en Estoril el 13 de mayo de 1972 (Protocolos de Estoril) aportaría igualmente la prueba de dicho pago, al hacer referencia a un depósito anterior de US\$500.000.

¹⁰⁷ Véanse el informe de alegatos de las partes demandantes relativo a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, pp. 63 y 64. Las partes demandantes invocan la sentencia dictada en el caso *Fedax* para apoyar su argumento.

155. En contrapartida a este primer pago, el Sr. Pey Casado habría sido nombrado Presidente del Consejo de Administración de la sociedad CPP S.A. y habría asumido “*el control efectivo de la empresas [CPP S.A. y EPC Ltda.]*”. También parte de esta contrapartida, el Sr. Sainte-Marie habría, por una parte, puesto el 50% de sus participaciones en la sociedad EPC Ltda. a la libre disposición del Sr. Pey Casado y, por otra parte, entregado físicamente al Sr. Pey Casado 25.200 acciones de la sociedad CPP S.A. con sus “*traspasos firmados en blanco*”.¹⁰⁸ El propio Sr. Pey Casado explicó ante el Tribunal que había previsto asociarse con personas próximas al mundo de la política y el periodismo para así poder dedicarse también a sus otras actividades. Para ello, el Sr. Pey Casado habría propuesto al Sr. González un paquete de 20.000 acciones de la sociedad CPP S.A., conservando los títulos y los formularios de traspaso en blanco hasta que la situación política y económica permitiera determinar el precio de las acciones. El Sr. Pey Casado habría procedido de idéntica forma con los Sres. Venegas y Carrasco, realizando así una “*transacción de uso común*”. Por otro lado, precisó que los Sres. Venegas y González en ningún momento tuvieron posesión de los títulos y los formularios de traspaso, contrariamente a lo que ha podido afirmar la parte demandada.
156. El 13 de mayo de 1972, el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte Marie habrían convenido en la venta de la totalidad de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A. por un precio de US\$1,28 millones. El Artículo A de los Protocolos de Estoril, presentados por las partes demandantes como el contrato de compraventa de las acciones de CPP S.A., evidenciaría un primer pago de US\$500.000. Los Protocolos ofrecerían, además, al comprador dos opciones: el pago, en dos contados, del monto de US\$250.000 (artículo A) y de una renta vitalicia, o bien dos pagos de US\$500.000 y US\$280.000 (artículo F). Combinando los artículos A y F se obtendría el precio de US\$1.280.000 pagado efectivamente por el Sr. Pey Casado.
157. El 23 de septiembre de 1972, el Sr. Sainte Marie habría firmado ante notario en Zurich un segundo poder a favor del Sr. Pey Casado confiriéndole la libre disposición de la marca

¹⁰⁸ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 19. Las partes demandantes precisan que los 25.200 títulos entregados aparecen registrados a nombre de Darío, Osvaldo y Pablo Sainte-Marie, Juan Kaiser y Juana Labbé, y se basan en los Anexos C-109, C-113 (Declaración de Osvaldo Sainte-Marie, hermano de Darío Sainte-Marie) y C-43 (p. 2).

Clarín y de la últimas acciones de EPC Ltda. que el Sr. Sainte-Marie poseía, es decir el 4,5% del capital.¹⁰⁹

158. Las partes demandantes afirman también que el contrato concluido en Estoril fue “completado” en Ginebra el 2 de octubre de 1972.¹¹⁰ En la misma fecha, “*eran elevadas a escritura pública las modificaciones de los Estatutos de CPP S.A. que aseguraban el control efectivo de la misma a quien al día siguiente recibiría la posesión de los traspasos de las acciones debidamente firmados*”. El 3 de octubre de 1972, el Sr. Pey Casado recibió así de manos del Sr. Sainte-Marie 14.800 acciones de CPP S.A. con los formularios de traspaso correspondientes a las mismas firmados en blanco. Dado que el Sr. Pey Casado había decidido ejercer la opción de recompra de la renta vitalicia contemplada en los Protocolos de Estoril, el Sr. Darío Sainte-Marie habría recibido la suma de US\$780.000 por los siguientes medios de pago:

- una primera transferencia por US\$500.000 de la cuenta bancaria del Sr. Pey Casado a la orden del Sr. Sainte Marie;
- una segunda transferencia por US\$250.000 de cuenta bancaria del Sr. Pey Casado a la cuenta del Sr. Sainte-Marie en el Citibank de Ginebra;
- una orden de pago por un monto de US\$10.000 de la cuenta bancaria del Sr. Pey Casado y entregada físicamente por el Sr. Pey Casado al Sr. Sainte-Marie el 3 de octubre de 1972;
- una letra de cambio por US\$20.000, entregada por el Sr. Pey Casado al Sr. Sainte-Marie en la misma fecha.

¹⁰⁹ Véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 20 y el Anexo C-80. El Sr. Pey habría procedido a la cesión de dicho 4,5% del capital de EPC Ltda. al CPP S.A. el 27 de noviembre de 1972, con excepción de una acción vendida al Sr. Carrasco (véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 20 y el Anexo C-68). La sociedad CPP S.A. se habría convertido así en titular del 99% de las acciones de la sociedad EPC Ltda. Así lo explicó el Sr. Pey Casado durante la audiencia de 5 de mayo de 2003: “*Como yo ya tenía la mayoría accionaria del Consorcio, utilicé este poder para transferir la participación que tenía el Sr. Sainte-Marie en la sociedad limitada al Consorcio del que, -repto-, yo ya era accionista mayoritario. Con objeto de evitar la extinción de la sociedad limitada, dado que según la ley chilena no puede permanecer todo el patrimonio en una sola persona, convine de común acuerdo con el Sr. Ramón Carrasco que él nominalmente apareciera con un 1 por ciento de la sociedad limitada*” (Transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 105).

¹¹⁰ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 21 y el Anexo C-66 (“*documento de Ginebra*”).

159. Las Demandantes concluyen que el Sr. Pey Casado adquirió los 40.000 títulos¹¹¹ de la sociedad CPP S.A. del Sr. Sainte-Marie por la suma de US\$1,28 millones. Por lo demás, las autoridades chilenas habrían confirmado este hecho al no cuestionar la validez de la transferencia de propiedad mediante formularios de traspaso firmados en blanco que se produjo a favor del Sr. Pey Casado.
160. Las Demandantes consideran, además, que las autoridades chilenas reconocieron en repetidas ocasiones que el Sr. Pey Casado había adquirido los títulos de CPP S.A. No habría lugar a que, después de ello, cambiaran de postura y sostuvieran argumentos opuestos.
161. La combinación del Decreto N.º 165 de 1965, complementado por el decreto N.º580 de 1975 y el decreto N.º 1200, de 1977, probaría que se consideraba al Sr. Pey Casado como propietario de la sociedad CPP S.A.¹¹² Las Demandantes insisten en el hecho de que el Ministerio del Interior hizo público, apenas unos días antes de la aprobación del Decreto N.º 165, un memorándum del que se desprende que “[...] sería este último [M. Pey] quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y la Empresa Periodística Clarín [...]”.¹¹³
162. Los elementos del procedimiento por infracción de la legislación tributaria, iniciado en 1975 por el Director del Servicio de Impuestos Internos, vendrían a corroborar esta conclusión. Las Demandantes invocan también el informe de peritaje que los Inspectores de Impuestos entregaron al 8º Juzgado del Crimen el 26 de noviembre de 1975. En él se

¹¹¹ Las partes demandantes manifiestan que el capital social de CPP S.A. siempre ha sido de 40.000 acciones y que la emisión de 1.040.000 acciones liberadas que aprobó el Directorio en diciembre de 1972 no fue llevada a cabo (véanse la exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 septiembre 2002, p. 23 y la comunicación N.º 01500 de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile de 5 de mayo de 1995 en el Anexo C-79).

¹¹² Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 42 y 43. El Decreto Supremo N.º 16 de 8 de enero de 1979 lo confirmaría al indicar que la prohibición de disponer de sus bienes impuesta al Sr. Pey no era aplicable a los bienes relativos a la sociedad Socomer. En sentido contrario, la prohibición se aplicaría al resto de bienes del Sr. Pey y, por lo tanto, a las acciones de CPP S.A. (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 42 y 43).

¹¹³ Véanse la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, pp. 41 y 42 y el Anexo C-8. Véanse también la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, pp. 40 a 44 (Sr. Garcés) y el Informe del Consejo de Defensa del Estado al Ministerio del Interior citado por el Sr. Garcés de fecha 16 de octubre de 1974: “De antecedentes relacionados resultaría que es Víctor Pey Casado quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y la Empresa Periodística Clarín Ltda., dado que fue él quien efectuó el pago de US\$780.000 [...] aparte de los US\$500.000 que el Sr. Sainte-Marie había recibido con anterioridad” (transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 44).

concluye que el Sr. Pey Casado es el adquirente de la sociedad CPP S.A.: “*aún cuando los trasposos de acciones se efectuaron a las personas indicadas en los párrafos precedentes [Sres. Venegas, González y Carrasco], éstos no recibieron los títulos, firmando a su vez trasposos en blanco a favor de Víctor Pey Casado, quien desde el 30 de marzo al 6 de diciembre de 1972 fue Presidente del Directorio de la Sociedad, de lo cual se desprende que sería este último quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A.*”¹¹⁴

163. Las Demandantes consideran, además, que los Sres. Venegas, González y Carrasco no fueron condenados en este procedimiento porque no habían aportado “*antecedentes, título ni causa alguna en que fundar la compra de acción alguna de CPP S.A.*” y, en ausencia del hecho impositivo, (la pretendida adquisición de acciones de CPP S.A.) el juez chileno no podía reprocharles el impago de impuestos.¹¹⁵ Esto explicaría por qué el 8° Juzgado del Crimen aceptó devolver al Sr. Pey Casado los títulos de CPP S.A. tras disponer que “[*se acredite] previamente el dominio de las acciones sobre las cuales se pide devolución*”.¹¹⁶ Al ordenar la devolución de los títulos de CPP S.A. al Sr. Pey Casado el 29 de mayo de 1995, la justicia chilena habría confirmado igualmente que el Sr. Pey Casado era su único y verdadero propietario. El propio Sr. Pey Casado indicó al Tribunal que la devolución de los títulos iba a permitirle “*iniciar acciones destinadas a impugnar supuestas expropiaciones*”. Con el fin de esquivar el reconocimiento judicial de los derechos de propiedad del Sr. Pey Casado, la Demandada se dedica ahora a cuestionar el fundamento legal de la resolución del juez chileno.
164. Las Demandantes añaden que el Consejo de Defensa del Estado de Chile habría igualmente reconocido la calidad de propietario de la totalidad de las acciones de CPP S.A del Sr. Pey Casado en el procedimiento relativo a la devolución de la rotativa Goss. Por último, el propio Gobierno de Chile habría reconocido la calidad de accionista del Sr. Pey

¹¹⁴ Véase el Informe pericial de los Inspectores de Impuestos entregado al 8° Juzgado del Crimen el 26 de noviembre de 1975, p. 4 (Anexo C-43).

¹¹⁵ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 46. El Sr. Pey, por su parte, fue declarado en rebeldía (véanse *ibidem*, p. 47 y Anexo C-197).

¹¹⁶ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 50, pp. 52- 53 y cf. También el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

Casado al referirse, en el año 1997, a la realización de “operaciones comerciales destinadas a adquirir el patrimonio cuya confiscación reclama”.¹¹⁷

165. Habida cuenta de que la Demandada reconoció en reiteradas ocasiones que el Sr. Pey Casado era el propietario de los títulos de CPP S.A., el argumento según el cual el Sr. Pey Casado debería considerarse un “mero mandatario” del Sr. Sainte-Marie o de los Sres. Venegas y González carecería de todo fundamento. Las Demandantes resumen su posición en cuanto a este punto en los términos siguientes:

“• la única persona [el Sr. Pey Casado] que convino un contrato, cumplió plenamente las condiciones a satisfacción del vendedor por un monto de 1.280.000 US\$, recibió y conservó la totalidad de los títulos de las acciones, dirigió en solitario las empresas desde la partida de D. Darío Sainte-Marie en abril de 1972, que ha sido proclamado el comprador en todas las investigaciones llevadas a cabo por el Estado de Chile, que ha sufrido la confiscación de sus bienes, no puede ser un mero “mandatario” de unos y otros sucesivamente;

• las personas que no han convenido contrato alguno [los Sres. Venegas y González], pretenden haber comprado acciones de la empresa por un monto que situaría el valor total de la empresa [sic] entre 4.000 y 5.000 US\$. Sin embargo, no pueden demostrar el pago de un solo céntimo, ni haber estado en posesión de título alguno en ningún momento. Además, el Estado de Chile ha reconocido en su momento que aquellas no habían podido ser las compradoras, y nunca sufrieron una confiscación. En esas condiciones ¿Cómo podrían ser las propietarias junto con la persona que vendió todas las acciones al Sr. Pey?”.¹¹⁸

166. Tras recordar que los Sres. Venegas, González y Carrasco no han aportado la prueba de que habían comprado las acciones de la sociedad CPP S.A. y, en particular, no han proporcionado ninguna prueba de pago, las Demandantes cuestionan la autenticidad y la credibilidad de los escritos de descargo de los Sres. Venegas y González de 23 de noviembre de 1974. Los supuestos descargos, suponiendo que se trate realmente de descargos presentados por estas personas ante las autoridades de la época,¹¹⁹ mostrarían

¹¹⁷ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 54.

¹¹⁸ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 33.

¹¹⁹ Las partes demandantes sostienen que, en realidad, no se trata de descargos y reprochan al Estado demandado el haber practicado una “distorsión-falsificación manifiesta, [que afecta] al centro de la cuestión de la propiedad” (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 79). Las demandantes insisten en que el Decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975 sólo se refiere a los descargos de los Sres. Osvaldo Sainte Marie y Mario Osses y no menciona en ningún momento los supuestos descargos de

principalmente “*la colusión*”¹²⁰ de estos últimos con las autoridades chilenas. De la lectura de sus declaraciones se revelaría que no pueden aportar prueba alguna de su compra, lo que explicaría por qué se les ha podido calificar de “*testaferros*” y por qué aceptan ambos el mantenimiento de la prohibición sobre las acciones de CPP S.A. al mismo tiempo que solicitan que se deje sin efecto respecto de todos sus otros bienes.

167. Por otro lado, las partes demandantes ven una prueba más de la propiedad del Sr. Pey Casado sobre las acciones de CPP S.A. en el testamento que el Sr. Sainte-Marie realizó ante notario en Madrid, el 28 de marzo de 1979, y en cuyo inventario de bienes no figuran ni el CPP S.A. ni EPC Ltda. Lo mismo ocurriría con los testamentos de los Sres. González y Carrasco, en los que no figura ninguna referencia a las acciones en controversia.
168. Con objeto de demostrar la validez de la adquisición realizada por el Sr. Pey Casado, las Demandantes sostienen que la manera en que la Demandada interpreta el contrato de compraventa es totalmente inadecuada. La lectura efectuada por la Demandada haría abstracción del contexto en el que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra fueron concluidos y no tomaría en consideración la relación de confianza que unía a los Sres. Pey Casado y Sainte-Marie. No obstante, es esa relación íntima entre las dos partes del contrato y la rapidez con la que se tomó la decisión de vender que explicarían la formulación y la estructura del contrato. El análisis esgrimido por la Demandada, que convierte al Sr. Pey Casado en un mandatario o un intermediario que habría cumplido con las obligaciones estipuladas en un contrato de depósito, sería, por tanto, inexacta.
169. Las Demandantes procedieron igualmente a la exposición del derecho aplicable al contrato de compraventa de los títulos de CPP S.A. y resumieron su posición en el transcurso de la audiencia del 5 de mayo de 2003. En lo referente a la forma de los contratos, convendría aplicar la norma *locus regit actum*. Dado que los dos contratos de los que disponen las Demandantes fueron concluidos en Estoril y en Ginebra respectivamente, el derecho portugués y el suizo les serían aplicables y ambos respetarían el principio de libertad de

los Sres. Venegas y González, que, según la Demandada, datarían del 23 de diciembre de 1974 (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 81).

¹²⁰ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 82. Las demandantes añaden que las supuestas declaraciones de los Sres. Venegas y Ovalle, recibidas el 20 y el 18 de noviembre de 2002, apenas merecen credibilidad, sobre todo porque se contradicen con las propias declaraciones de los Sres. Venegas y González del mes de noviembre de 1975 ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 99).

forma de los contratos. En lo que concierne al fondo del contrato, la regla de conflicto portuguesa designaría el derecho del lugar de residencia habitual del deudor de la prestación característica, en este caso, el derecho español. La regla de conflicto suiza designaría igualmente el derecho de la residencia habitual del deudor de la prestación característica. El derecho español aplicable únicamente implicaría una exigencia de fondo, la del contrato de venta, es decir un acuerdo sobre la cosa y el precio, condiciones que se reunirían en este caso. La cesión de acciones así efectuada no tendría efecto en Chile salvo previa satisfacción de las exigencias establecidas en el Código Civil chileno, que, en lo relativo a la tradición de una acción, únicamente exige la entrega del título. Las Demandantes precisan que los contratos fueron ejecutados, pues el comprador efectuó el pago de US\$1,28 millones y el vendedor entregó los títulos y los formularios de traspaso correspondientes firmados en blanco.

170. Las Demandantes examinaron de manera particular el “régimen jurídico de transmisión de las acciones sociales nominativas” y sostienen que “según el régimen legal vigente en España, Portugal, Suiza y Chile las acciones nominativas 1. eran transferibles sin previo acuerdo de la sociedad emisora. En este caso el autor del traspaso debía limitarse a notificar a este último la cesión, para su inscripción en el Libro-Registro de accionistas; 2. su transmisión mediante un acto jurídico podía tener lugar por la entrega de un título endosado al adquirente. En el caso de especie ello se efectuó bajo la forma de una variante de endoso, con la entrega del título original al adquirente junto con una carta firmada de ‘traspaso de acciones’”.¹²¹
171. En sus escritos precisan también que la inscripción de una persona en el Libro-Registro de Accionistas de una sociedad anónima, medida de publicidad respecto de la sociedad y terceros, requiere previa demostración de su calidad de propietario de las acciones. La prueba exigida la constituirían los títulos y los formularios de traspaso correspondientes. De acuerdo con las Demandantes, la entrega por parte del cedente al cesionario del formulario de traspaso de las acciones firmado por la persona a cuyo nombre figuran las

¹²¹ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de 11 de septiembre de 2002, pp. 38 y 39. Las partes demandantes juzgan carentes de pertinencia los alegatos de la parte demandada sobre las acciones al portador, dado que “ninguna aproximación cabe hacer con las prácticas utilizadas en los “títulos al portador”, pues los títulos de las acciones son nominativos y el uso de los traspasos correspondientes implica que deben ser rellenos nominalmente por quien legítimamente dispone de ellos, con la firma nominativa del titular de las acciones correlativas” (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 42).

acciones¹²² “[confiere] según la costumbre, reconocida por la jurisprudencia, [...] el derecho a acceder a la publicidad” de la condición de accionista. Las Demandantes concluyen que “la costumbre y la jurisprudencia reconocen, de este modo, que el poseedor legítimo del formulario de traspaso dispone del derecho a designar al titular de las acciones si no hace figurar de inmediato el nombre del cesionario en el espacio reservado a este efecto en el formulario”. El cesionario podría entonces elegir entre dos opciones: hacer constar su nombre en el formulario de traspaso, firmarlo, presentarlo para su inscripción en el registro, para que se archiven los títulos y los formularios de traspaso y se haga entrega nuevos títulos de acciones emitidos a su nombre; o dejarlo en blanco y, “en su caso, entregarlo, junto con el correspondiente título de acciones, a un futuro cesionario, retransmitiendo así, sucesivamente, la subrogación inicial, hasta que un propietario desee efectuar una nueva inscripción”.¹²³

172. Las Demandantes añaden que la utilización de los títulos acompañados de traspasos firmados en blanco para adquirir el capital de una sociedad es un “procedimiento habitual, corriente, banal, practicado desde siempre y en todas partes”, que “no ofrece la menor sombra de ilegalidad”.¹²⁴
173. Víctor Pey Casado se expresó ante el Tribunal para confirmar la existencia de la práctica habitual descrita por las Demandantes. Así pues, el Sr. Pey Casado señaló lo siguiente: “convinimos en un procedimiento simple y sencillo, generalmente usado por los corredores de la bolsa de Santiago: retener los títulos de las acciones y los traspasos firmados en blanco de las mismas, en los formularios que para tales efectos disponía la Bolsa de Valores de Santiago”.¹²⁵
174. De acuerdo con las partes demandantes, el examen de la jurisprudencia pertinente permitiría llegar a las siguientes conclusiones:

“La calidad de propietario de acciones de una S.A. no puede ser acreditada si no es por el siguiente conjunto de elementos:

¹²² Según las partes demandantes, esa persona puede ser “el cedente o la última persona que ha sido inscrita en relación con esas acciones en el Registro de Accionistas” (Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 13).

¹²³ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, pp. 13 y 14.

¹²⁴ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 31.

¹²⁵ Transcripción de la audiencia del 29 de octubre de 2001, p. 80 (Víctor Pey Casado).

a) *El título constitutivo de la transferencia de la propiedad de esas acciones (por ejemplo, un contrato de compra-venta que reúna las condiciones necesarias para su validez),*

b) *La posesión efectiva y legítima de los títulos de propiedad de las citadas acciones (títulos de las acciones y, en su caso, el o los formulario(s) de traspaso correspondiente(s) firmado(s) por el o los titulares que figuran en el Libro-Registro de Accionistas).*

El Libro-Registro de Accionistas por su parte permite solamente acreditar -bajo reserva de hechos oponibles en sentido contrario - la identidad de las personas cuyas

a) *tomas de posición e intercambios son aceptables por la Sociedad en relación con las acciones,*

b) *deudas con terceros de buena fe pueden afectar a las acciones”*.¹²⁶

175. En consecuencia, Víctor Pey Casado debería ser considerado como el único y verdadero dueño de las acciones de CPP S.A., al ser él quien detenta los títulos y los formularios de traspaso firmados en blanco.
176. Las partes demandantes señalaron, además, que el Estado demandado, que pretende que la validez de la cesión de las acciones de CPP S.A. depende de su inscripción en el “*Libro-Registro de Accionistas*”, se niega a aportar este documento y, por lo tanto, no está en condiciones de sustentar sus alegaciones. En cualquier caso, la inscripción de los Sres. Venegas, González y Carrasco en el Libro-Registro de Accionistas carecería de efecto sobre el dominio de las acciones en controversia, dado que dichas personas nunca las adquirieron y nunca tuvieron posesión de los títulos y de los traspasos, a diferencia del Sr. Pey Casado.
177. El hecho de que el Sr. Pey Casado no hiciera uso de los formularios de traspaso en blanco que poseía para proceder a una inscripción en el Libro-Registro de Accionistas se explicaría, por una parte, por el secuestro del mismo por parte del ejército chileno en septiembre de 1973, y, por otra parte, por la ausencia de un plazo para cumplimiento de esta formalidad que, después de todo, no constituye una obligación, ya que no existe sanción alguna prevista en caso de incumplimiento. De acuerdo con las Demandantes, la costumbre comercial vigente en Chile en 1972 permitía, por demás, esperar al final de las

¹²⁶ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 62-63.

negociaciones para incluir el nombre del titular del traspaso en el formulario y proceder a la inscripción en el Libro-Registro de Accionistas. El Libro-Registro de Accionistas, en poder del Sr. Pey Casado hasta que el ejército lo secuestró el 11 de septiembre de 1973, aún no ha sido restituido a su propietario, lo que le impide cumplir con la formalidad de publicidad a la que siempre tuvo derecho.

178. A título subsidiario, en la hipótesis de que el Tribunal considerara que el Sr. Pey Casado no es el propietario de las acciones de la sociedad CPP S.A., las Demandantes señalan que, desde el mes de abril de 1972, el Sr. Pey Casado ejerce el control absoluto sobre las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., hecho que el Estado demandado habría reconocido. Las Demandantes invocan también la cláusula de la nación más favorecida a fin de que se dé aplicación al artículo 1.2 del APPI entre Australia y Chile y al Protocolo del APPI entre Chile y Francia, los cuales reconocerían el concepto de control efectivo.

2. Conclusiones del Tribunal

179. A la luz de los elementos expuestos y de los documentos aportados por la partes, el Tribunal considera, en primer lugar, que el Sr. Pey Casado procedió efectivamente a la adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., contrariamente a lo que alega la Demandada. En segundo lugar, estima que esta adquisición debe ser considerada como una inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI.

a) El Sr. Pey Casado adquirió las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.

180. Los hechos del presente caso tuvieron lugar en una época lejana y que estuvo marcada por una situación política y económica muy particular. Por ello, el establecer los hechos ha resultado ser una tarea difícil y ambas partes se han dedicado a defender una versión de los mismos con ayuda de la documentación que se encontraba a su disposición. Tras un detenido examen de los argumentos y las pruebas documentales presentadas por las partes, el Tribunal, en el ejercicio de su facultad de apreciación de la prueba, ha llegado a la conclusión de que el Sr. Pey Casado compró la totalidad las acciones de la sociedad CPP S.A. en el transcurso del año 1972. Esta conclusión se basa en tres elementos principales que son la conclusión de lo que las partes denominan "*Protocolos de Estoril*", complementado por el denominado "*Documento de Ginebra*", los pagos efectuados a favor del Sr. Darío Sainte Marie por un monto total de US\$1,28 millones y la entrega al Sr.

Pey Casado, en varios paquetes, de los títulos de la sociedad acompañados de sus formularios de traspaso firmados en blanco.

181. El Tribunal considera probado que, el 29 de marzo de 1972, el Sr. Pey Casado abonó al Sr. Darío Sainte-Marie la suma de US\$500.000 mediante giro desde el banco Manufacturers Trust Co. de Londres a la cuenta bancaria del Sr. Darío Sainte-Marie en Madrid.¹²⁷ El Anexo 21 a la solicitud de arbitraje demuestra claramente que se efectuó una transferencia por este monto a la cuenta del Sr. Sainte-Marie abierta en el *Banco Hispano Americano*, que se recibió el 4 de abril de 1972. Se hace, en efecto, referencia a este hecho en el contrato titulado “*Protocolos de Estoril*”, firmado el 13 de mayo de 1972, y que entre las obligaciones “*ya satisfechas*” incluía un “*depósito anterior de US\$500.000*”.¹²⁸
182. El Tribunal estima verosímil la tesis de las Demandantes según la cual el Sr. Darío Sainte-Marie era el propietario de la totalidad del capital de CPP S.A. en el momento en el que se iniciaron las negociaciones para la venta de las acciones de la sociedad. El Sr. Osvaldo Sainte-Marie, hermano de Darío Sainte-Marie, afirma en su declaración que ninguno de los accionistas había adquirido títulos, aparte del Sr. Sainte-Marie, único propietario de la sociedad CPP S.A.¹²⁹ Para el Tribunal es claro que el Sr. Darío Sainte-Marie y el Sr. Pey Casado recurrieron sucesivamente a la misma práctica consistente en comprar todos los títulos de la sociedad, inscribir en el Registro de Accionistas un cierto número de accionistas adicionales y emitir títulos a su nombre, a la vez que conservaban dichos títulos junto con los formularios de traspaso firmados en blanco. La emisión de los títulos les permitía ajustarse a la legislación en cuanto al número de accionistas exigidos para evitar la disolución de la sociedad y les ofrecería la posibilidad de recuperar y/o ceder los mismos en el momento que ellos estimaran oportuno. El Tribunal volverá a referirse a esta práctica más adelante en sus consideraciones.

¹²⁷ Véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 18. Las partes demandantes se basan en el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje de noviembre de 1997 para establecer la prueba del pago.

¹²⁸ Véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 16 y la copia de los Protocolos de Estoril del Anexo C-65.

¹²⁹ Declaración de Osvaldo Sainte-Marie de 8 de octubre de 1975 (Anexo C-113): “Ninguno de los socios, salvo Darío Sainte-Marie, aportan nada de su patrimonio. Son acciones de favor que nos regala el propietario del Consorcio”, p. 7. Véase también la querrela por delitos tributarios iniciada por el Director del Servicio Nacional de Impuestos Internos el 1 de septiembre de 1975, p. 2 (Anexo C-42).

183. Como ha señalado la parte demandada, el 93% de los títulos emitidos¹³⁰ antes de la venta del capital al Sr. Pey Casado estaban a nombre del Sr. Darío Sainte-Marie y el 7% restante se había emitido a nombre de miembros de su familia, quienes, como explicó el Sr. Osvaldo Sainte-Marie, no habían efectuado pago alguno a tal efecto.
184. El 30 de marzo de 1972, el Sr. Pey Casado es nombrado Presidente del Consejo de Administración, confirmando así que el interesado estaba haciéndose progresivamente con el control de la sociedad CPP S.A. El 6 de abril de 1972, el Sr. Darío Sainte-Marie otorgó al Sr. Pey Casado, ante notario, el poder para ceder el 50% de los derechos que poseía en la sociedad EPC Ltda. y fijar su precio. El Sr. Pey Casado afirma haber recibido ese mismo día del Sr. Sainte-Marie un paquete de 25.200 acciones, acompañadas de sus formularios de traspaso firmados en blanco. En opinión del Tribunal, es el modo de adquisición utilizado por los Sres. Pey Casado y Sainte-Marie, evocado más arriba, el que hace posible y verosímil esta versión de los hechos, contrariamente a lo que pretende la parte demandada. En efecto, el Sr. Pey Casado sostuvo que tenía la ambición de *“consolidar la propiedad del diario en un reducido grupo de personas que asegurasen, más allá de mi propia existencia la posición independiente del rotativo [...]”*.¹³¹ Con esta perspectiva, propuso la venta de un cierto número de acciones al Sr. González, al Sr. Venegas y, por último, al Sr. Carrasco. La situación económica de la época no permitía fijar el precio de los títulos, por lo que el Sr. Pey Casado los conservó junto con los formularios de traspaso firmados por cada uno de los interesados, de manera que el Sr. Pey Casado pudiera firmarlos a su vez en caso de que la venta a uno o a varios compradores potenciales no fuera llevada a término. Así, al mismo tiempo que el Sr. Pey Casado efectuaba la adquisición del capital de la sociedad CPP S.A., fueron emitidos títulos a nombre de los Sres. González, Venegas y Carrasco con vistas a una posible asociación con el Sr. Pey Casado.
185. El 13 de mayo de 1972, el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie firmaron el documento titulado *“Protocolos de Estoril”* en Portugal.¹³² Las partes demandantes ven en este

¹³⁰ Este porcentaje del capital corresponde a 37.200 acciones.

¹³¹ Transcripción de la audiencia del 29 de octubre de 2001, p. 80 (Víctor Pey Casado).

¹³² Véase el Anexo C-65. Los Protocolos de Estoril prevén en parte pertinente:

“Obligaciones complementarias a lo ya efectuado y aceptado por ambas partes

documento un contrato de venta de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A. en su totalidad por un monto de US\$1,28 millones. La parte demandada sostiene que los Protocolos de Estoril no pueden ser considerados como un contrato de compraventa, empezando por su título “*obligaciones complementarias a lo ya efectuado y aceptado por ambas partes*”, que no podría ser el de un contrato de compraventa. El Tribunal se detendrá más adelante en el método de interpretación que conviene adoptar, pero cree oportuno precisar ahora que, de acuerdo con el principio de interpretación del efecto útil, este documento debe interpretarse a fin de darle un sentido, teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon su conclusión y su ejecución.

A. Se depositarán a D.S.M. US\$250.000 en igual lugar y forma al depósito anterior de US\$500.000 y se entregará a V.P., quien la mantendrá en su custodia, una letra de cambio, con vencimiento a un año plazo a contar de esta fecha, por US\$250.000 (doscientos cincuenta mil dólares), pagables en Escudos chilenos al tipo de cambio [aplicado por los] corredores, más los impuestos relativos al pago de los derechos de compra de divisas vigente en Chile en el momento en el que se efectúe el pago total.

B. Se sacarán los elefantes al 31-XII-71.

C. Se devolverán las letras avaladas por DSM que tiene a esta fecha el Banco del Estado.

D. Se regularizará un contrato de renta vitalicia que faculte a DSM para percibir un 30% (treinta por ciento) de las utilidades que arrojen los balances hasta el fallecimiento de DSM, a partir de cuyo momento esta renta vitalicia será de un 3% (tres por ciento) para cada una de las personas señaladas en el punto G, rentas que terminarían al fallecimiento de cada una de las personas beneficiarias.

E. Una vez cumplidos todos los puntos anteriores, DSM entregará a VP el 50% de acciones del Consorcio que DSM mantiene en su poder, con traspasos en blanco, hará traspaso de la marca “Clarín” al Consorcio y otorgará poder a VP para transferir el total de su participación en Clarín Ltda., incluyendo todas las facultades legales y estatutarias, que posea a esta fecha, en el precio y condiciones que VP estime conveniente, precio que DSM dará por recibido.

F. DSM acepta que, en sustitución de lo establecido en los puntos A y D, se depositen US\$500.000 (quinientos mil dólares) a su nombre en un banco suizo y se entregue a VP una letra de cambio a su orden con vencimiento a un año plazo por US\$280.000 (doscientos ochenta mil dólares), letra que deberá ser pagada en Suiza.

En garantía de este pago, DSM retendrá en su poder 12.000 (doce mil) acciones del Consorcio. De aceptarse por VP esta opción, queda convenida la eliminación de las rentas vitalicias señaladas en el punto D.

G. Los beneficiarios de las rentas vitalicias de un 3% (tres por ciento) para cada una señaladas en el punto D son: CARMEN KAISER LABBE, CARLOS DARÍO SAINTE-MARIE KAISER, CARMEN DOROTEA SAINTE-MARIE KAISER, CARMEN VERONICA SAINTE-MARIE KAISER, CARMEN PAOLA SAINTE-MARIE KAISER Y JUAN PABLO SAINTE-MARIE KAISER, totalizando seis beneficiarios.

H. Durante 1973 se sacarán los elefantes del año 1972”.

186. Por el momento, el Tribunal se limitará a indicar que los Protocolos de Estoril contemplan efectivamente el pago de US\$1,28 millones, si se tiene en cuenta el primer “depósito” de US\$500.000 ya efectuado en la cuenta del Sr. Sainte-Marie y el monto de US\$780.000 resultante de la combinación de las cláusulas A y F. El contrato prevé, además, la entrega del 50% de las acciones de CPP S.A., lo que corresponde a 20.000 acciones. Las otras 5.200 acciones recibidas el 6 de abril, a las que no se hace referencia expresa en los Protocolos, fueron, no obstante, adquiridas también. En efecto, los Protocolos de Estoril precisan que establecen “obligaciones complementarias a lo ya efectuado y aceptado por ambas partes”.¹³³ La entrega de las 5.200 acciones por Darío Sainte-Marie a Víctor Pey Casado, que tuvo lugar antes del 13 de mayo, debe incluirse en la categoría de obligaciones ya cumplidas y aceptadas por las partes. La obtención de dichas acciones queda por demás confirmada por los documentos posteriores a la venta, en los que se concluye que el Sr. Pey Casado había adquirido la totalidad de las acciones de la sociedad CPP S.A.
187. El 14 de julio de 1972, se emitieron 20.000 títulos de la sociedad CPP S.A. a nombre del Sr. González, y su nombre fue inscrito en el Libro-Registro de Accionistas de la sociedad. Al mismo tiempo, el Sr. Pey Casado conservaba los títulos emitidos y los formularios de traspaso en blanco firmados por el Sr. González.
188. El 14 de agosto de 1972, se emitieron 2.800 títulos a nombre del Sr. Darío Sainte-Marie. Se trata de aquellos que estaban en poder de los miembros de la familia del Sr. Darío Sainte-Marie,¹³⁴ entregados al Sr. Pey Casado el 6 de abril de 1972. El 6 de septiembre del mismo año, se emitieron 5.200 títulos, que anteriormente estaban a nombre del Sr. Sainte-Marie, a nombre del Sr. Venegas. Son dichos títulos, acompañados de los formularios de traspaso en blanco firmados por el Sr. Venegas, los que conservó el Sr. Pey Casado.

¹³³ Véase igualmente la explicación del Sr. Pey Casado durante la audiencia del 7 de mayo de 2003: “Todos los acuerdos así alcanzados, también los anteriores a los Protocolos de Estoril y este mismo, y asimismo el posteriormente concretado en el documento de Ginebra en octubre de 1972, fueron siempre redactados por mí, y escritos de mi puño y letra. Todos fueron secuestrados por las autoridades chilenas y sólo he podido rescatar los que han sido conservados en el 8° Juzgado del Crimen de Santiago en el procedimiento del que tanto se ha hablado en este arbitraje. El precio definitivo fue fijado en Estoril el 13 de mayo de 1972” (véase la transcripción de la audiencia del 7 de mayo de 2003, p. 56. (Sr. Pey Casado)).

¹³⁴ Se trata de los Sres. Osvaldo Sainte-Marie, Pablo Sainte-Marie y Juan Kaiser Labbé y de la Sra. Juana Labbé Venegas.

189. El 23 de septiembre de 1972, el Sr. Sainte-Marie firmó ante el Cónsul de Chile residente en Zurich un “*poder especial*” que confería al Sr. Pey Casado, en calidad de socio de EPC Ltda., el derecho a proceder a la venta total o parcial de los derechos del Sr. Sainte-Marie, así como el derecho a vender a CPP S.A. una gama de marcas comerciales vinculadas con el diario “*El Clarín*”.¹³⁵ El Sr. Pey Casado hizo uso de este poder al ceder el 3,5% del capital de EPC Ltda. a CPP S.A. y el porcentaje restante al Sr. Carrasco.¹³⁶
190. El 2 de octubre de 1972, el Sr. Pey Casado redacta un documento, denominado Documento de Ginebra, a la atención del Sr. Sainte-Marie, con el fin de complementar las disposiciones de los Protocolos de Estoril.¹³⁷ El Sr. Pey Casado confirma en este documento haber recibido 12.000 acciones de la sociedad CPP S.A. Según las partes demandantes, esas 12.000 acciones fueron efectivamente entregadas al día siguiente, así como las otras 2.800 acciones en poder del Sr. Sainte-Marie. El hecho de que dichas acciones no se mencionen expresamente en el documento no afecta en nada al hecho de que fueron entregadas al Sr. Pey Casado. Como ya lo ha señalado el Tribunal, los

¹³⁵ Véase el Anexo C-80.

¹³⁶ Véase el Anexo C-68.

¹³⁷ El Documento de Ginebra prevé en parte pertinente:

“Señor Darío Sainte-Marie

De su propia mano

Declaro que con esta fecha he recibido de Ud. doce mil (12.000) acciones de su propiedad del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (Título 2-4-5 y 6), las que mantendré en mi poder sin cederlas o transferirlas a ningún título a persona alguna, sea ésta natural o jurídica, mientras no se cumplan cada una de las siguientes condiciones:

a) Se cancele totalmente una letra de cambio aceptada por mí y girada a su favor, con vencimiento 11 de septiembre de 1973;

b) Se procede a liberarlo de cualquier obligación tributaria que emane de la Empresa Periodística Clarín Ltda. y/o el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. en los ejercicios y balances anuales hasta el 31 de diciembre de 1972; y

c) Se le exonere de cualquier obligación, deudas y/o retiros acreditados en su cuenta personal o en la de cualquiera de sus familiares hasta el 30 de septiembre de 1972, tanto de la Empresa Periodística Clarín Ltda. como del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A.

Si no se cumplieran algunas de las condiciones anteriores me comprometo a restituir a Ud. las doce mil acciones con sus correspondientes traspasos del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. que mantendré en mi poder, en depósito de garantía del total cumplimiento de las estipulaciones señaladas en las letras a, b y c”.

¹³⁸ Véase el Informe pericial de los Inspectores del Servicio de Impuestos Internos de 26 de noviembre de 1975, p. 4 en el Anexo C-43.

documentos de las autoridades chilenas confirman que el Sr. Pey Casado adquirió la totalidad de las acciones.¹³⁸ Este último se encontraba, además, en posesión de todas las acciones y de los formularios de traspaso correspondientes en el momento en que el ejército los secuestró.

191. A cambio de esas acciones y formularios de traspaso, el Sr. Pey Casado pagó el monto de US\$780.000 mediante transferencias bancarias y una letra de cambio a favor del Sr. Sainte Marie que el Sr. Pey Casado afirma haber entregado físicamente al vendedor.
192. Las partes demandantes aportaron la prueba de que se habían realizado dos transferencias, de US\$500.000¹³⁹ y US\$250.000,¹⁴⁰ en beneficio del Sr. Sainte-Marie desde la cuenta corriente N.º 11.235 del *Bank für Handel und Effekten*, de la que el Sr. Pey Casado era titular.¹⁴¹ También facilitaron la prueba de un giro por US\$10.000 en el que, sin embargo, no figura el nombre del destinatario.¹⁴² También afirman que el Sr. Pey Casado entregó al Sr. Sainte-Marie una letra de cambio por un monto de US\$20.000. Si bien las partes demandantes no han presentado copia de dicha letra de cambio,¹⁴³ el Tribunal considera que estos pagos tuvieron lugar. En efecto, varios documentos de las autoridades chilenas de la época indican, a título absolutamente oficial, que en la cuenta N.º 11.235 del Sr. Pey Casado figuraba una transferencia por US\$780.000,¹⁴⁴ y concluyen que el Sr. Pey Casado había efectuado un pago por dicho monto en beneficio del Sr. Sainte Marie.¹⁴⁵
193. El 18 de octubre de 1972, se emitieron 1.200 títulos a nombre del Sr. Venegas y otros 1.600 a nombre del Sr. Carrasco. Como en los casos anteriores, el Sr. Pey Casado conservó estos títulos así como los formularios de traspaso en blanco firmados por los interesados.

¹³⁹ Véase la Orden de pago a favor del Sr. Sainte-Marie por US\$500.000 contra la cuenta N.º 11.235, en el Anexo C-67.

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ Véase la Certificación del *Bank für Handel und Effekten* de 22 de julio de 1997 en el Anexo 4 al Memorial de las partes demandantes de 17 de marzo de 1999.

¹⁴² Véase la Orden de pago por US\$10.000 contra la cuenta N.º 11.235, en el Anexo C-161.

¹⁴³ Las partes demandantes se apoyan, entre otros, en la declaración del Sr. Osvaldo Sainte-Marie, en los Anexos C113 y D19.

¹⁴⁴ Véanse en particular la querrela iniciada por el Director del Servicio Nacional de Impuestos Internos de 19 de marzo de 1976, en el Anexo C-41, y el Memorándum del Ministerio del Interior de 3 de febrero de 1975, en el Anexo C-8.

¹⁴⁵ Véase el Memorándum del Ministerio del Interior de 3 de febrero de 1975, en el Anexo C-8.

194. En lo concerniente a EPC Ltda., las partes están de acuerdo en que la sociedad CPP S.A. terminó detentando el 99% de su capital. En cambio, se hallan en desacuerdo respecto de la identidad del verdadero propietario del porcentaje restante. Para la parte demandada, el 1% restante sería propiedad del Sr. Carrasco, que lo habría adquirido del Sr. Sainte Marie. El Sr. Pey Casado sostiene, en cambio, que disfrutaba de un poder que le permitía vender la totalidad de las acciones de EPC Ltda. El Sr. Pey Casado, que gozaba así de un control absoluto sobre EPC Ltda., habría podido ceder fácilmente un porcentaje del capital al Sr. Carrasco y ordenar la emisión de un título a su nombre para evitar la disolución.¹⁴⁶
195. La lectura de los documentos no basta para determinar la identidad del verdadero comprador del 1% del capital restante de la sociedad EPC Ltda.¹⁴⁷ No obstante, el Tribunal, confrontado a dos versiones contradictorias de los hechos, está convencido de que la versión presentada por el Sr. Pey Casado es la más verosímil, ya que la posesión del 1% del capital de EPC Ltda. no revestía para el Sr. Carrasco, accionista cautivo, ningún interés a efectos de control de la sociedad. Su finalidad no podía ser otra que la de satisfacer las exigencias del derecho chileno en cuanto al número de accionistas, sirviendo así a los intereses de quien controlaba la sociedad, el Sr. Pey Casado. Este último era, pues, el verdadero propietario del 1% restante.
196. A la luz de los elementos anteriormente expuestos, el Tribunal está en condiciones de concluir que el Sr. Pey Casado efectuó efectivamente la adquisición, por un monto de US\$1,28 millones, de la totalidad de los títulos¹⁴⁸ de la sociedad CPP S.A., que, a su vez, poseía la totalidad del capital de la sociedad EPC Ltda.

¹⁴⁶ Véase la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 105. (Sr. Pey): “Con objeto de evitar la extinción de la sociedad limitada, dado que según la ley chilena no puede permanecer todo el patrimonio en una sola persona, convine de común acuerdo con el señor Ramón Carrasco, que él nominalmente apareciera con un 1 por ciento de la sociedad limitada” (el subrayado es nuestro).

¹⁴⁷ El Anexo 68 presentado por las partes demandantes indica simplemente que el Sr. Pey Casado vendió al Sr. Carrasco, ante notario, un porcentaje del capital y de los derechos de la sociedad EPC Ltda. Otro documento presentado por las partes demandantes indica que el Sr. Carrasco se habría comprometido posteriormente a revender sus acciones de EPC Ltda. (véase el Memorándum del Subsecretario del Interior de 3 de febrero de 1975 (Anexo C-8): “*En noviembre de 1972 Sainte-Marie cedió al mismo Carrasco Peña el 1% de la Empresa Periodística "Clarín", comprometiéndose este último a vender ese 1% al Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. por el monto de 1.000 escudos*”).

¹⁴⁸ El capital social de CPP S.A. siguió siendo de 40.000 acciones, tal como se certifica en la Comunicación N.º 01500 de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile de 5 de mayo de 1995 (Anexo C-79).

197. La convicción del Tribunal se ve reforzada por el hecho de que la versión de los hechos defendida de manera activa por el Estado de Chile no se sustenta en ninguna prueba pertinente y no es susceptible de ser conciliada con ciertos documentos que el Tribunal considera poseen valor probatorio.
198. Para sustentar la tesis según la cual los Sres. González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie habrían sido los verdaderos compradores y propietarios de las acciones de CPP S.A., la parte demandada se apoya esencialmente en los siguientes documentos:
- los títulos en cuya posesión se encontraba el Sr. Pey Casado en aquella época y que las partes demandantes han aportado;
 - los escritos de descargo presentados en el año 1974 por los Sres. González y Venegas, en los que aceptan la confiscación de los títulos de CPP S.A.;
 - las declaraciones efectuadas en 1975 por los Sres. González, Venegas y Carrasco ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago, en las que afirman ser los propietarios de las acciones en controversia;
 - las decisiones judiciales en las que esas mismas personas no fueron condenadas por fraude tributario.
199. No obstante, el Tribunal constata que la Demandada no presentó ningún contrato de compraventa de las acciones en el que alguno de los supuestos accionistas hubiera sido parte ni tampoco aportó pruebas de un posible pago proveniente de estas personas.
200. La Demandada tampoco ofreció explicaciones convincentes sobre la existencia de los formularios de traspaso en blanco firmados por los Sres. González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie. Según la Demandada se trataría simplemente de una anomalía sin explicación lógica posible. Tampoco aclaró suficientemente las razones por las que estos formularios se encontraban en poder del Sr. Pey Casado¹⁴⁹ y no de sus supuestos

¹⁴⁹ Las autoridades chilenas de la época dejaron constancia por escrito en varias ocasiones de que los títulos y sus correspondientes traspasos se encontraban en posesión del Sr. Pey en el momento en que fueron secuestrados. Véanse, por ejemplo, el Informe del Asesor Jurídico del Ministerio del Interior de 16 de octubre de 1974, el Informe del Consejo de Defensa del Estado de noviembre de 1974, comunicados por Chile el 12 de noviembre de 2002, el Memorándum del Ministerio del Interior de 3 de febrero de 1975, presentado en el Anexo C-8, y la querrela iniciada por el Director del Servicio Nacional de Impuestos Internos de 19 de marzo de 1976, presentada en el Anexo C-41.

propietarios. El argumento según el cual el Sr. Pey Casado habría actuado como mandatario de los Sres. González, Venegas y Carrasco para vender sus acciones se basa únicamente en meras afirmaciones, sin que la Demandada haya aportado contrato alguno que así lo demuestre.

201. La Demandada no consigue conciliar su propia versión de los hechos con los documentos contractuales firmados por el Sr. Sainte-Marie y el Sr. Pey Casado y se limita a describir al Sr. Pey Casado como una especie de mandatario o intermediario en una transacción que no guardaría relación con la cesión de las acciones y cuya naturaleza no se podría determinar con exactitud.
202. Las Demandantes, por su parte, aportaron un conjunto de documentos que demuestran que las autoridades chilenas habían llegado en varias ocasiones a la conclusión de que el Sr. Pey Casado había adquirido los títulos de CPP S.A. y los había conservado en su poder junto con los formularios de traspaso en blanco.
203. El Sr. Pey Casado se vio afectado por una serie de decretos adoptados poco después del embargo del diario “*El Clarín*”. Así, un primer texto, el Decreto Ley N.º 77 de 13 de octubre de 1973 declara ilícitas y disueltas las entidades que sostienen la corriente marxista¹⁵⁰ y contempla el traspaso de sus bienes bajo propiedad del Estado.¹⁵¹ Más tarde se adopta el Decreto Supremo N.º 1726 de 3 de diciembre de 1973 a fin de dar al aplicación del artículo 1 del Decreto Ley N.º 77. En él se prevé que el Ministerio del Interior sea el encargado de identificar las entidades abarcadas por dicho Decreto Ley. Tratándose de personas naturales, el Ministerio del Interior declarará también en estudio su situación patrimonial.¹⁵² El Decreto Exento N.º 276 de 21 de octubre de 1974 aplica las disposiciones del Decreto Ley N.º 77 a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Es en ese decreto igualmente donde aparece por vez primera el nombre de Víctor Pey Casado. En efecto, el decreto declara en estudio la situación patrimonial de los Sres. Darío Sainte-

¹⁵⁰ El decreto se refiere en su artículo 1 a “los partidos políticos y entidades, agrupaciones, facciones o movimientos [que sustenten la doctrina marxista] [...] como asimismo las asociaciones, sociedades o empresas de cualquiera naturaleza que directamente o a través de terceras personas pertenezcan o sean dirigidos por cualquiera de ellos”.

¹⁵¹ Véase el Decreto Ley N.º 77 de 13 de octubre de 1973 que declara ilícitos y disueltos los partidos políticos que se señala, artículo 1 (Anexo 19 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999).

¹⁵² Véase el Decreto Supremo N.º 1726 por el que se aprueba el reglamento a efectos de la aplicación del artículo 1 del Decreto Ley N.º 77 de 1973 (Anexo 73 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003).

Marie, Osvaldo Sainte-Marie, Víctor Pey Casado, Mario Osses González, Emilio González González, Jorge Venegas Venegas y Ramón Carrasco Peña.

204. Apenas unos días antes de la aprobación del Decreto N.º 276, el 16 de octubre de 1974, el Asesor Jurídico del Ministerio del Interior escribió a este último para indicarle que se habían encontrado los títulos de la sociedad CPP S.A. y los formularios de traspaso correspondientes en posesión del Sr. Pey Casado, y que del examen de este conjunto de elementos, “[...] resultaría que Víctor Pey Casado fué quién compro el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y la Empresa Periodística Clarín Ltda. [...]”.¹⁵³ Del mismo modo, en un informe del Consejo de Defensa del Estado del año 1974,¹⁵⁴ se concluye que “quedan así traspasados a Pey todos los derechos en las sociedades dueñas de Clarín y de sus edificios, máquinas, dineros, etc.”, basándose para ello en un análisis de los Protocolos de Estoril y de la entrega de títulos y formularios de traspaso por los Sres. González, Venegas y Carrasco al Sr. Pey Casado.
205. Un memorándum del 3 de febrero de 1975, leído en público por el Subsecretario del Interior, llega a la misma conclusión:

*“De los antecedentes expuestos y considerando que se encontraron en poder de Víctor Pey todos los títulos y los traspasos en blanco de las personas a cuyo nombre figuran estos títulos, resulta que fue éste quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y la Empresa Periodística Clarín, efectuando los pagos correspondientes con US\$780.000 proporcionados por el Banco Nacional de Cuba, sin perjuicio de los US\$500.000 que Sainte-Marie recibió con anterioridad”.*¹⁵⁵

206. Este memorándum confirma igualmente el modo de adquisición de las acciones utilizado por el Sr. Pey Casado:

“El título a favor de González González otorgado el 14 de julio del expresado año 1972, no le fue entregado a su beneficiario, sino que fue conservado por un personaje, Víctor Pey Casado, junto con un traspaso en blanco firmado, naturalmente, por González, como consta fehacientemente de la investigación. [...]”

¹⁵³ Anexo presentado por Chile el 12 de noviembre de 2002.

¹⁵⁴ Este informe parece datar del año 1974; falta la primera página de este informe presentado por Chile el 12 de noviembre de 2002.

¹⁵⁵ Véase el Memorándum del Subsecretario del Interior de 3 de febrero de 1975 (Anexo C-8).

Con fecha de 6 de septiembre y 18 de octubre de 1972, se cursaron traspasos por 5.200 y 1.200 acciones, respectivamente en favor de Jorge Venegas Venegas y otorgando la sociedad el título correspondiente. Sin embargo, tanto los títulos como los traspasos firmados en blanco por Venegas se encontraron en poder de Víctor Pey Casado. [...]

*El 18 de octubre de 1972 se cursa un nuevo traspaso por 1.600 acciones de, propiedad de Darío Sainte-Marie en favor de Ramón Carrasco Peña, que igual que en los casos anteriores, tampoco recibió el título respectivo, sino que lo entregó a Pey Casado, junto con un traspaso firmado en blanco”.*¹⁵⁶

207. Tan sólo una semana después de la publicación de este memorándum, se aprueba el decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975, que prevé la confiscación de los bienes muebles de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., así como de un conjunto de inmuebles pertenecientes a esas mismas sociedades. El preámbulo del decreto hace referencia expresa al Decreto N.º 276 y menciona específicamente al Sr. Pey Casado.¹⁵⁷
208. Algunos meses más tarde, el Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975 declara que el Sr. Pey Casado se encuentra en la situación contemplada por el artículo 1.2 del Decreto Ley N.º 77,¹⁵⁸ que, a su vez, prevé que “[los] bienes [de los partidos políticos y otras entidades mencionadas en las secciones precedentes¹⁵⁹] pasarán a dominio del Estado [...]”. Este decreto transfiere igualmente al Estado la propiedad de ciertos fondos depositados en la Asociación de Ahorro y Préstamo Ahorromet, perteneciente al Sr. Pey Casado.¹⁶⁰ El Decreto Supremo N.º 1200 de 25 de noviembre de 1977 completa el Decreto

¹⁵⁶ Véase el Anexo C-8, p. 3.

¹⁵⁷ Véase el Decreto Supremo del Ministerio del Interior de 10 de febrero de 1975, apartado 5 del preámbulo (Anexo 1 al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999).

¹⁵⁸ Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, artículo 3 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). El Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975 modifica también por su artículo 1 el Decreto Supremo N.º 165 para añadir un bien inmueble.

¹⁵⁹ Dichas entidades comprenden, en particular, “las asociaciones, sociedades o empresas de cualquier naturaleza que, directamente o a través de terceros que pertenezcan o sean dirigidos por uno cualquiera de ellos [entidades que sostienen la doctrina marxista]” (artículo 1 del Decreto N.º 77).

¹⁶⁰ Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). El decreto precisa igualmente en su considerando N.º 6 que los Sres. Venegas y González han presentado escritos de descargo en los que aceptan la confiscación de los títulos de la sociedad CPP S.A., a la vez solicitan poder disfrutar de la libre disposición del resto de sus bienes. Dichos descargos no son suficientes para demostrar que los Sres. Venegas y González son los verdaderos compradores de las acciones, pues faltaría una prueba que confirmara esta versión de los hechos. Por otra parte, es sorprendente que los Sres. Venegas y González aceptaran la confiscación de uno solo de sus supuestos bienes, precisamente aquel

Supremo N.º 580 al declarar que *“pasan a dominio del Estado todos los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones pertenecientes al mencionado Pey Casado, y en especial, el total de los fondos invertidos en certificados de ahorro reajustables, en el Banco Central de Chile”*.¹⁶¹

209. A finales del año 1975, en el transcurso del procedimiento pendiente ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago, los inspectores del Servicio de Impuestos Internos presentaron un informe de peritaje que, una vez más, concluía que el Sr. Pey Casado había adquirido las acciones de la sociedad CPP S.A.:

“Ahora bien, aún cuando los traspasos de acciones se efectuaron a las personas indicadas en los párrafos precedentes, éstos no recibieron los títulos, firmando a su vez traspasos en blanco a favor de Víctor Pey Casado, quien desde el 30 de marzo al 6 de diciembre de 1972 fue Presidente del Directorio de la Sociedad, de lo cual se desprende que sería este último quien compró el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A.”.¹⁶²

210. El 8º Juzgado no condenó, por falta de pruebas, a los Sres. González, Venegas y Carrasco por infracción tributaria y el Sr. Pey Casado fue declarado en rebeldía.¹⁶³ La parte demandada concluye que la justicia reconoció que los Sres. González, Venegas y Carrasco eran los verdaderos propietarios de las acciones de la sociedad CPP S.A. Ahora bien, a la luz de los documentos contenidos en el expediente, de la resolución del 8º Juzgado de 29 de mayo de 1995 y de las contradicciones internas en la argumentación de la parte demandada, el Tribunal no puede llegar a la misma conclusión.

cuya adquisición reivindicaba el Sr. Pey Casado y que las autoridades chilenas de la época habían reconocido en reiteradas ocasiones.

¹⁶¹ Decreto Supremo N.º 1200 de 25 de noviembre de 1977, artículo 2 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997), por el que se transfiere la propiedad de todos los derechos y acciones del Sr. Pey Casado en la sociedad Socomer Ltda. y sus filiales (artículo 2). Véase también la Comunicación secreta del Ministerio de Tierras y Colonización al Ministro del Interior de 10 de noviembre de 1977 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

¹⁶² Informe de peritaje de los inspectores del Servicio de Impuestos Internos de 26 de noviembre de 1975, p. 5 (Anexo C-43). Los inspectores concluyen también que el verdadero propietario de las empresas sería Salvador Allende, y que Víctor Pey Casado habría adquirido las acciones *“por encargo de Salvador Allende Gossens”* (p. 5). A similares conclusiones a llega el Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos en una presentación de documentos: *“estos traspasos fueron encontrados, de forma similar a la que he mencionado anteriormente, en las oficinas de Víctor Pey Casado, quien, por cuenta y en nombre de Salvador Allende, controlaba las sociedades propietarias del diario Clarín, con los testafierros Carrasco, Venegas y González como coartada ante terceros”* (Anexo C-41).

¹⁶³ Véase la Resolución del 8º Juzgado del Crimen de 1 de septiembre de 1976 (Anexo C-197).

211. Las resoluciones de 11 de diciembre de 1975, 11 de junio de 1976 y 17 de enero de 1977 son particularmente telegráficas y no revelan su motivación. La resolución de 11 de diciembre de 1975 indica simplemente que “*atendido el mérito de autos, no ha lugar a la declaratoria de reo de Jorge Venegas Venegas, Emilio González González y Ramón Carrasco Peña*”.¹⁶⁴ Asimismo, en su resolución del 11 de junio de 1976, la Corte de Apelaciones correspondiente al 8° Juzgado desestimó la apelación planteada contra la primera resolución, al considerar que no se reunían las condiciones de la infracción imputada a los Sres. González, Venegas y Carrasco.¹⁶⁵ Finalmente, el 8° Juzgado determinó el 17 de enero de 1977 que “*con los diversos antecedentes reunidos en autos, no resulta completamente justificada la existencia del delito previsto y sancionado en el art. 97 N.º 4 del Código Tributario imputado a Jorge Venegas, Emilio González y Ramón Carrasco al indicar como precio de adquisición de acciones del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. un precio inferior al verdadero, con el objeto de burlar impuestos*”.¹⁶⁶
212. La jurisdicción chilena se limitó, pues, a constatar que la parte acusadora no había reunido pruebas suficientes para establecer la existencia de una infracción tributaria. En ningún momento el 8° Juzgado afirmó o reconoció que “*resulta[ba] indiscutible que [los Sres. González, Venegas y Carrasco] habían adquirido las acciones de CPP SA*”.¹⁶⁷ Ningún elemento en los documentos entregados por la Demandada apunta en ese sentido.¹⁶⁸
213. El 1 de febrero de 1995, el Sr. Pey Casado presentó una solicitud ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago para obtener la devolución de los “*títulos y traspasos de acciones originales firmados en blanco*” por los Sres. González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie, que correspondían a las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A. En su escrito, el peticionario precisaba que tenía “*por objeto de iniciar acciones destinadas a impugnar*

¹⁶⁴ Anexo 88 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

¹⁶⁵ Anexo 89 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

¹⁶⁶ Anexo 90 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

¹⁶⁷ Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 58.

¹⁶⁸ En sus declaraciones ante el Octavo Juzgado, lo único que afirmaron los Sres. González, Venegas y Carrasco es que habían adquirido comprado de CPP S.A. Las posteriores declaraciones de los Sres. Venegas y Ovalle tampoco demuestran que las acciones de CPP S.A. fueran adquiridas por los Sres. González, Venegas y Carrasco.

*supuestas expropiaciones de los bienes que formaban parte del patrimonio de la sociedad Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. [...]”.*¹⁶⁹

214. El 8º Juzgado notificó la solicitud del Sr. Pey Casado al Servicio de Impuestos Internos, que no reaccionó ante tal anuncio. El 19 de mayo de 1995, el Juzgado del Crimen ordenaba que se “[acreditase] previamente el dominio de las acciones sobre las cuales se pide devolución”.¹⁷⁰ El Sr. Pey Casado alegó lo siguiente: en virtud del artículo 700 del Código Civil, el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo; la calidad de poseedor y dueño del Sr. Pey Casado nunca había sido controvertida; no existe registro público “donde conste la inscripción de estos traspasos de acciones, toda vez que todos los antecedentes de esta sociedad fueron confiscados ilícitamente; y la restitución solicitada tiene precisamente por objeto la reconstitución del libro de accionistas, con todas las formalidades y medidas de publicidad que exigen tanto la Ley como el Reglamento de Sociedades Anónimas”.¹⁷¹
215. El 29 de mayo de 1995, atendido “el mérito de los antecedentes”, el 8º Juzgado decidió ordenar la devolución de los documentos solicitados. Tras examinar el expediente, el Juzgado del Crimen estimó que el Sr. Pey Casado sólo podía demostrar su calidad de propietario mediante los elementos del expediente judicial que obraba en su poder, reconociendo así que el Sr. Pey Casado era, efectivamente, el adquirente y propietario de las acciones.
216. La Demandada alega que esta resolución no se ajusta a derecho. El Juzgado del Crimen se habría eximido de establecer previamente si el solicitante tenía calidad de propietario y no habría informado a los “verdaderos interesados”, Sres. González, Venegas y Carrasco, de la presentación de la solicitud del Sr. Pey Casado.
217. El Tribunal de arbitraje constató, por un lado, que la resolución del 8º Juzgado era pública y que no fue objeto de recurso alguno por parte del Servicio de Impuestos Internos o de terceros que pudieran estar interesados en el caso. Además, el Juzgado del Crimen se pronunció sobre la pertinencia de los documentos requeridos por el solicitante y de los argumentos que se le habían presentado para que aceptara la solicitud de devolución del Sr.

¹⁶⁹ Véase el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

¹⁷⁰ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p.50.

¹⁷¹ Véase el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

Pey Casado. La resolución de la jurisdicción chilena constituye, por lo tanto, un elemento adicional que permite concluir que el Sr. Pey Casado debe considerarse adquirente y propietario de los títulos de CPP S.A.

218. Por otra parte, el argumento adicional de la Demandada según el cual la resolución del 8° Juzgado no constituiría un reconocimiento judicial del derecho de propiedad del Sr. Pey Casado sobre las acciones, sino que se trataría de una “*sencilla decisión de naturaleza procesal derivada simplemente de la tenencia física por parte del reclamante de los documentos en el momento de su confiscación*”¹⁷² no resulta convincente.
219. A fin de no obviar ningún elemento, el Tribunal examinará por último lugar el argumento esgrimido por la Demandada para controvertir la validez jurídica del contrato de venta de las acciones de CPP S.A.
220. El Tribunal cree oportuno recordar que, en la última fase de su argumentación, el Estado demandado ha estimado inútil el análisis del derecho internacional privado planteado por las Demandantes y concentrado su crítica en torno a la calificación del contrato sostenida por aquellas.¹⁷³ La argumentación de la Demandada equivale en realidad a aceptar el análisis del derecho internacional privado de las Demandantes y a sostener que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra no se pueden interpretar como un contrato de venta de las acciones de CPP S.A., sea cual sea el derecho aplicable. Bajo esta perspectiva, la Demandada ha desarrollado toda una argumentación basada en los términos precisos empleados en los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra. Analizando los términos del contrato de manera aislada y en su sentido literal, la Demandada se esforzó en demostrar que estos documentos no podían, en definitiva, tener un significado preciso.
221. De entrada, el Tribunal señala que las autoridades chilenas de la época no parecen haber tenido dificultad alguna para considerar la transacción concluida por los Sres. Sainte-Marie y Pey Casado como un contrato de compraventa.

¹⁷² Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 109.

¹⁷³ Véase la transcripción de la audiencia del 6 de mayo de 2003, pp. 18 y 19 (Sr. Di Rosa): “Se ha hablado ayer sobre el derecho aplicable pero, en definitiva, lo que rige las obligaciones en este tipo de acuerdo que alegan las Demandantes es el texto mismo del contrato. Veremos que ni el Documento de Estoril ni el de Ginebra se refieren en momento alguno a una compraventa de acciones del CPP”. Para la argumentación anterior, véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 291 a 297.

222. Si bien es cierto que la utilización de ciertos términos carece de precisión o parece inadecuada,¹⁷⁴ el Tribunal considera que conviene adoptar un método de interpretación que confiera un efecto útil a los documentos presentados. En este caso, las circunstancias que rodearon la redacción y la conclusión de los Protocolos de Estoril y del Documento de Ginebra son decisivas y no pueden ser ignoradas sin más. El Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie, a los que unía una relación de amistad, no rodearon el desarrollo de la transacción y la redacción de los documentos que la materializan de un formalismo puntilloso. Sin embargo, existe un acuerdo sobre la cosa y el precio, sin restricción de forma, lo que satisface las condiciones estipuladas por el derecho aplicable según el análisis no controvertido de las partes demandantes durante las audiencias de mayo de 2003.
223. En efecto, como se desprende de los hechos y de las posiciones adoptadas por las autoridades chilenas, el Sr. Pey Casado procedió al pago en varios contados del monto de US\$1,28 millones y el Sr. Sainte-Marie le entregó, en diversos traspasos, las 40.000 acciones de CPP S.A. El hecho de que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra no sean totalmente exhaustivos y hayan podido completarse mediante acuerdos verbales entre las partes es perfectamente compatible con la aplicación del principio de libertad de forma de los contratos.
224. No obstante, aún en el caso de que existiera un contrato de venta entre el Sr. Pey Casado y el Sr. Sainte-Marie, la Demandada considera necesario hacer una distinción entre el contrato de compraventa de las acciones, cuya validez estaría establecida, y *“la transferencia de la propiedad o dominio sobre las acciones”* que exigiría el cumplimiento de una serie de formalidades so pena de nulidad.
225. Las Demandantes, por su parte, estiman que, en el año 1972, era posible y conforme al derecho chileno adquirir acciones nominativas mediante la entrega de títulos emitidos a nombre de un tercero y del formulario de traspaso en blanco firmado por dicho tercero. Bastaba con proceder posteriormente a las formalidades previstas por la Ley para que las acciones figuraran a nombre del adquirente. Se trataría, según las Demandantes, de una práctica comercial habitual.

¹⁷⁴ Es el caso, por ejemplo, del término *“depósito”* o, en otro registro, del término *“elefantes”* (véase el Anexo C-65 antes citado).

226. Tras examinar la argumentación de las partes, el Tribunal considera que, aún si existía una práctica habitual como describen las Demandantes, no es menos cierto que, en 1972, para adquirir el dominio de las acciones con efecto *erga omnes*, era necesario respetar las formalidades prescritas en el artículo 451 del Código de Comercio y el artículo 37 del Reglamento de Sociedades Anónimas. La Demandante y el Profesor Guillermo Bruna, que proveyó una opinión a la Demandante,¹⁷⁵ no demostraron que existiera un uso que permitiese adquirir la propiedad plena de las acciones con efectos *erga omnes* mediante la entrega del título a nombre de un tercero y del formulario de traspaso en blanco firmado por dicho tercero.
227. Sin embargo, el Tribunal tampoco quedó convencido con la exposición de la Demandada sobre las consecuencias de la inobservancia de las formalidades, y especialmente de la inscripción en el Libro-Registro de Accionistas. En efecto, la Demandada sostiene, aunque sin documentación que lo apoye, que la inobservancia de las formalidades conlleva la nulidad absoluta de los actos no conformes a ellas.¹⁷⁶ Después de manifestar la “*indiscutible preeminencia del Código de Comercio sobre el Código Civil en la materia*”, no señala disposición alguna de dicho código en la que se contemple la sanción de nulidad en caso de no respetarse el artículo 451. La jurisprudencia¹⁷⁷ y la doctrina¹⁷⁸ invocadas tampoco indican que la inobservancia de las formalidades previstas para la transferencia de acciones nominativas deba sancionarse con la nulidad. A lo sumo, se podría concluir que la inobservancia de las formalidades puede generar que la transferencia en controversia sea inoponible a terceros y a la sociedad.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Véase el informe del profesor Guillermo Bruna de 21 de junio de 2002 (D17).

¹⁷⁶ Véase el informe del profesor Sandoval para la parte demandada de 3 de febrero de 2003, p. 26.

¹⁷⁷ Véase la resolución de la Corte Suprema de Chile de 15 de diciembre de 1942 (Anexo 37 al Informe del profesor Sandoval), la resolución de la Corte Suprema de Chile de 27 de noviembre de 1991, adoptada bajo el imperio de una nueva legislación (Anexo 38 al Informe del profesor Sandoval) y la resolución de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 5 de noviembre de 1935 (Anexo 39 al Informe del profesor Sandoval).

¹⁷⁸ Véase Julio Olavarría Avila, *Manual de Derecho Comercial*, 1970, pp. 354 a 357 (Anexo 36 al Informe del Profesor Sandoval).

¹⁷⁹ Véase la resolución de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 5 de noviembre de 1935, considerando N° 5 (Anexo 39 al Informe del Profesor Sandoval).

228. En ausencia de un plazo específico establecido por la legislación vigente para proceder al cumplimiento de las formalidades requeridas,¹⁸⁰ el Sr. Pey Casado podría haber remediado esta inoponibilidad procediendo al cumplimiento de las mismas, lo que le fue imposibilitado debido al secuestro de los títulos. Contrariamente a lo sostenido por la parte demandada, el hecho de que el Sr. Pey Casado no hubiera procedido al cumplimiento de las formalidades en cuestión antes del secuestro de los títulos no significa que no *podía* hacerlo. Sin dejar de ajustarse a la normativa sobre el número mínimo de accionistas, el Sr. Pey Casado estaba en capacidad de proceder al cumplimiento de las formalidades requeridas y, en opinión del Tribunal, tenía muy probablemente la intención de hacerlo en cuanto la situación política y económica lo permitiera.
229. El Tribunal concluye que, en el momento en el que tuvo lugar el embargo del diario “*El Clarín*”, el Sr. Pey Casado debía ser considerado como el único propietario legítimo de las acciones de la sociedad CPP S.A.
230. Conviene ahora determinar si la transacción efectuada por el Sr. Pey Casado satisface el requisito de inversión establecido en el artículo 25 del Convenio CIADI.
- b) La adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. cumple el requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI
231. Ambas partes han alegado, con toda la razón, que el Convenio CIADI no contiene una definición del concepto de inversión. No obstante, el estudio de la jurisprudencia CIADI pone de manifiesto que existen al menos dos interpretaciones del concepto de inversión de acuerdo al Convenio CIADI. La primera de ellas se limita a identificar un cierto número de “*características*” que permitirían concluir la existencia de una inversión. Bajo dicha concepción, bastaría con que algunas de estas “*características*” habituales de la inversión, no necesariamente todas, se reúnan en el presente caso para poder concluir que nos encontramos ante un caso de inversión. Es la solución adoptada por los tribunales de arbitraje en los casos *Fedax c. Venezuela*,¹⁸¹ *CSOB c. Eslovaquia*¹⁸² y, más recientemente,

¹⁸⁰ El plazo planteado por el artículo 37 sólo concierne a “los trasposos que hayan sido presentados antes de un cierre del Registro de Accionistas”.

¹⁸¹ *Fedax N.V. c. Venezuela*, caso CIADI N° ARB/96/3, laudo sobre competencia de 11 de julio de 1997, párrafo 43.

MCI c. Ecuador.¹⁸³ Esta concepción poco exigente de la inversión es también defendida por ciertos autores.¹⁸⁴ Otros tribunales de arbitraje sostienen, en cambio, una verdadera definición de inversión que supone que se satisfagan criterios específicos. Concluyen que si la totalidad de estos criterios no se cumplen de manera cumulativa, no podría hablarse de inversión de acuerdo al Convenio del CIADI.¹⁸⁵ Sin embargo, la jurisprudencia arbitral no es totalmente uniforme en lo que se refiere a la definición de tales criterios. Algunos tribunales han considerado que existe una inversión siempre que se reúnan tres elementos: la existencia de un aporte al país en cuestión, que dicho aporte suponga una cierta duración en el tiempo y que comporte para quien efectúa dicho aporte un cierto riesgo.¹⁸⁶ Otros han considerado, a partir de un análisis del preámbulo del Convenio CIADI, que la existencia de una inversión de acuerdo al Convenio CIADI reposa en la conjunción de cuatro elementos: los tres anteriores más el de la contribución de la transacción en controversia al desarrollo económico del Estado receptor.¹⁸⁷ Existen incluso algunas decisiones aisladas donde se concluye que no se pudo establecer la existencia de inversión pues el solicitante

¹⁸² *Ceskoslovenska Obchodni Banka c. República Eslovaca*, caso CIADI N.º ARB/97/4, laudo sobre competencia de 24 de mayo de 1999, párrafo 90, en Emmanuel Gaillard, *La Jurisprudence du CIRDI*, Pédone 2004, p. 577 y, en particular, p. 598.

¹⁸³ *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. c. Ecuador*, caso CIADI N.º ARB/03/6, laudo de 31 de julio de 2007, párrafo 165.

¹⁸⁴ Véase especialmente Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 140, párrafo 122.

¹⁸⁵ Sobre las diferentes corrientes de interpretación de la noción de inversión de acuerdo al Convenio CIADI, véanse E. Gaillard, *La jurisprudence du CIRDI*, Pedone, 2004, p. 828, y las observaciones sobre el laudo sobre competencia en el caso *Bayindir* de 14 noviembre de 2005, J.D.I., 2006.362.

¹⁸⁶ Véanse especialmente *Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Argelia*, caso CIADI N.º ARB/03/08, Laudo de 10 de enero de 2005, párrafo 13 (iv), JDI 2006.237, especialmente pp. 239 y 240. Véase igualmente *L.E.S.I. S.p.A. y ASTALDI S.p.A. c. Argelia*, caso CIADI N.º ARB/05/3, decisión de 12 de julio de 2006, párrafo 72(iv).

¹⁸⁷ Véanse especialmente *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Marruecos*, caso CIADI N.º ARB/00/4, Laudo sobre competencia de 23 de julio de 2001, párrafo 52, JDI 2002, p. 208; *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI N.º ARB/03/11, laudo sobre competencia de 6 de agosto de 2004, párrafo 53, JDI 2005.163, p. 168; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI N.º ARB/04/13, laudo sobre competencia de 16 junio de 2006, párrafo 91. Esta última decisión matiza su análisis precisando que los cuatro elementos enumerados deben examinarse de manera global. Véase igualmente *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI N.º ARB/05/19, laudo sobre competencia de 17 de octubre de 2006, párrafo 77 y *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, caso CIADI N.º ARB/05/07, laudo sobre competencia y recomendación sobre las medidas provisionales de 21 de marzo de 2007, párrafo 99.

no demostró que la transacción realizada contribuyó de manera positiva al desarrollo del Estado receptor.¹⁸⁸

232. Este Tribunal considera, por su parte, que sí existe una definición de inversión de acuerdo al Convenio CIADI y que no basta con señalar la presencia de algunas de las “*características*” habituales de una inversión para satisfacer esta condición objetiva de la competencia del Centro. Una interpretación de este tipo significaría privar de sentido alguno a ciertos términos del artículo 25 del Convenio CIADI, lo cual no sería compatible con la exigencia de interpretar los términos del Convenio confiriéndoles un efecto útil, como recordó pertinentemente el laudo emitido en el caso *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto* de 6 de agosto de 2004.¹⁸⁹ Según el Tribunal, dicha definición comprende sólo tres elementos. La exigencia de una contribución al desarrollo del Estado receptor, difícil de establecer, es en su opinión más una cuestión de fondo del litigio que de competencia del Centro. Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión. Es por esta razón, como han señalado algunos tribunales de arbitraje, que este cuarto elemento está en realidad englobado en los tres primeros.
233. En el presente caso, es evidente que se cumplen los tres requisitos que rigen la calificación de inversión: la existencia de un aporte, el hecho de que dicho aporte implica una cierta duración en el tiempo y el hecho de que dicho aporte comporta ciertos riesgos para quien lo efectúa.

¹⁸⁸ *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia*, caso CIADI N.º ARB/05/10, Laudo de 17 de mayo de 2007, párrafo 125 y 139. Véase igualmente *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, caso CIADI N.º ARB/99/7, decisión sobre la solicitud de anulación de 1 de noviembre de 2006, párrafo 29.

¹⁸⁹ Caso CIADI N.º ARB/03/11, laudo sobre competencia de 6 de agosto de 2004; párrafos 49 y 50, JDI 2005.163, p. 167.

- a) El Sr. Pey Casado aportó capital propio para adquirir las empresas CPP S.A. y EPC Ltda. También aportó sus conocimientos técnicos como ingeniero y se implicó en la gestión del periódico, asumiendo las funciones de presidente del Consejo de Administración de la sociedad CPP S.A.
- b) El Sr. Pey Casado efectuó su inversión por una duración indeterminada, al menos por varios años. No podría invocarse seriamente el hecho de que los títulos de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. y sus bienes fueron embargados para concluir que el requisito de duración no fue satisfecho en este caso.
- c) Por último, la adquisición y explotación del periódico, aun siendo éste de amplia difusión,¹⁹⁰ era una transacción que presentaba ciertos riesgos dada la especificidad de su sector de actividad y lo incierto del contexto económico-político de la época.

234. Si bien estima que la contribución al desarrollo del Estado receptor no es un requisito, el Tribunal considera, a mayor abundamiento, que en todo caso estaría satisfecho en el caso concreto. La adquisición y la expansión del diario “*El Clarín*”, cuya tirada era, según las personalidades de la época, la más importante del país, contribuyó sin duda alguna al progreso económico, social y cultural del país.

235. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, el Tribunal concluye que el requisito de inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI se encuentra satisfecho en el presente caso.

B. El requisito de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI

236. La segunda cuestión controvertida en lo relativo a la competencia del Tribunal de arbitraje y del Centro es la de determinar si el Sr. Pey Casado cumplía o no el requisito de ser nacional de un Estado diferente al Estado demandado, receptor de la inversión.

237. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI, se entenderá como “*nacional de otro Estado Contratante*”:

¹⁹⁰ Véase, por ejemplo, el artículo periodístico presentado en el Anexo C-84 y las declaraciones de los Sres. Garcés y Pey Casado durante la audiencia de 5 de mayo de 2003 (transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 24 y p. 134 respectivamente).

“toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia;”

238. El momento pertinente para determinar la nacionalidad del Sr. Pey Casado es, pues, la fecha en la que las partes consintieron someter la diferencia a arbitraje, así como la fecha en que fue registrada la solicitud. En este caso, el Sr. Pey Casado consintió al arbitraje del CIADI mediante una declaración escrita en Santiago el 2 de octubre de 1997.¹⁹¹ La solicitud de arbitraje de las Demandantes fue registrada por el CIADI el 20 de abril de 1998.
239. No se cuestiona el hecho de que el Sr. Pey Casado poseyera la nacionalidad de un Estado Contratante diferente de Chile -en este caso, la nacionalidad española- en ambas fechas críticas.¹⁹²
240. La cuestión que provoca controversia es saber si el Sr. Pey Casado era, en una de esas fechas, doble nacional. Una especificidad del Convenio CIADI es que excluye explícitamente, en su artículo 25(2)(a) *in fine*, a *“las personas [naturales] que, en cualquiera de ambas fechas [la del consentimiento y la del registro], también tuviesen la nacionalidad del Estado parte en la diferencia”*.¹⁹³
241. Conviene precisar que, en este contexto, no parece pertinente *“de lege lata”* saber si una de las dos nacionalidades de la parte demandante era su nacionalidad efectiva o dominante.

¹⁹¹ Consentimiento manifestado a excepción de lo tocante a la diferencia sobre la restitución o indemnización de la rotativa Goss.

¹⁹² Véanse, por ejemplo, el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 42 y el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 210 y ss. Véase también el informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentada como apoyo al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 3 a 8.

¹⁹³ Si bien el proyecto preliminar del Convenio CIADI había previsto la regla contraria, la exclusión de los dobles nacionales fue incorporada al artículo 25(2) (a) de manera inequívoca. Tal como se resume en el Informe de los Directores Ejecutivos: *“Puede observarse que bajo la letra (a) del apartado (2) del Artículo 25, la persona natural que poseyere la nacionalidad de un Estado que sea parte en la diferencia no puede ser parte en los procedimientos que se tramiten bajo los auspicios del Centro, ni aun cuando al propio tiempo tuviere la nacionalidad de otro Estado. Esta incapacidad es absoluta y no puede ser subsanada ni siquiera en los casos en que el Estado que sea parte en la diferencia hubiere dado su consentimiento”*.

Bastaría con que la Demandada demostrase que la parte demandante poseía la nacionalidad del Estado receptor en los momentos críticos, fuera esta efectiva o no, para excluir la competencia del Centro.¹⁹⁴ En otras palabras, para que se puedan dar por satisfechas los requisitos de la competencia establecidos por el artículo 25 del Convenio CIADI, no bastaría con que la nacionalidad dominante del demandante fuese la de otro Estado diferente al Estado demandado, sino que sería además necesario que éste no poseyera la nacionalidad de dicho Estado demandado. Solamente en el caso de que la nacionalidad del Estado receptor pareciera totalmente artificial o totalmente carente de efectividad podría plantearse la cuestión de la exclusión de dobles nacionales de la jurisdicción del Centro en aplicación del artículo 25 del Convenio CIADI, pero dicha situación no se da en el presente caso.

242. Basándose en estos principios, la Demandada sostiene que toda competencia del CIADI y del presente Tribunal de arbitraje quedaría excluida, dado que, en una de las fechas críticas, el Sr. Pey Casado habría sido doble nacional por poseer, además de la nacionalidad española, la nacionalidad chilena desde el año 1958.
243. Por lo que respecta a los hechos y a fin de evitar repeticiones inútiles, nos limitaremos a hacer referencia a la presentación detallada contenida en la exposición de los hechos del presente laudo. En la decisión de 8 de mayo de 2002 se incluía otro resumen, al menos provisional.¹⁹⁵ No obstante, en aras de la claridad, es conveniente recordar los siguientes datos esenciales:
244. El Sr. Pey Casado, nacido en España en 1915, emigró a Chile en 1939, año en que la República española fue derrocada por la rebelión franquista, y vivió en dicho país hasta 1973. Aparece inscrito en el Consulado de España de Santiago por primera vez en 1947.
245. El 24 de mayo de 1958, España y Chile suscribieron un Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad ("Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad"), que permitía a los

¹⁹⁴ El Profesor Schreuer señala en este contexto que, durante los trabajos preparatorios del Convenio CIADI, "suggestions to admit dual nationals if the host State's nationality was not effective or if that host State has not recognized the foreign nationality specifically failed" et que "the ineligibility of an investor who also possesses the host State's nationality applies irrespective of which of the several nationalities is the effective one". Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 271, apartados. 442 y 444. Véase también el informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentada en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 8, 25 y ss.

¹⁹⁵ N.º 50 y ss., véanse también N.º 37 a 39.

nacionales de una de las partes contratantes adquirir la nacionalidad de la otra sin perder por ello su nacionalidad de origen. En virtud de este texto, el Sr. Pey Casado solicitó y obtuvo la nacionalidad chilena.¹⁹⁶

246. En el preámbulo de este Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad se manifiesta que los españoles y los chilenos forman parte de una comunidad caracterizada por la identidad de tradiciones, cultura e idioma, por lo que 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”.

247. El artículo 1.1 del Convenio prevé:

“Los chilenos nacidos en Chile, y recíprocamente los españoles nacidos en España, podrán adquirir la nacionalidad española o chilena, 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.”

248. El artículo 2 prevé, en particular, 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.”

249. A partir de dicha inscripción, los chilenos en España y los españoles en Chile gozarán de la plena condición jurídica de nacionales, en la forma prevista en el presente acuerdo 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 [...]”*.

250. El artículo 3.2 excluye a los dobles nacionales de la aplicación simultánea de las legislaciones de los dos Estados y hace prevalecer el derecho del Estado de domicilio. El artículo 4 precisa que el domicilio se presume establecido en el Estado de la segunda nacionalidad adquirida; plantea el principio de la unidad de domicilio, el cual solo puede cambiarse con la residencia habitual en el otro Estado contratante, siempre que dicho cambio se inscriba en el registro que corresponda.

¹⁹⁶ Decreto Supremo N° 8054 de 11 de diciembre de 1958.

251. Fue, por tanto, en 1958 cuando el Sr. Pey Casado se convirtió en doble nacional. Debido a su residencia en Chile, su nacionalidad preponderante devino la chilena y las leyes chilenas le eran aplicables, especialmente en lo relativo a pasaportes, protección diplomática y ejercicio de derechos civiles y políticos.
252. La adquisición por la primera parte demandante, en diciembre de 1958, de la nacionalidad chilena y, por lo tanto, de su condición de doble nacional español y chileno según el Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad de 1958, no ha sido controvertida y es indiscutible. El solo aspecto decisivo que restaría por dilucidar en el presente caso es si, en las fechas críticas, había conservado su nacionalidad chilena, como pretende la Demandada en su excepción de incompetencia, o si, como alegan las partes demandantes, había sido privado de ella o había renunciado a la misma de forma válida.
253. Antes de examinar los argumentos de la privación y la renuncia a la nacionalidad chilena, conviene recordar los principios que rigen el derecho aplicable a la cuestión de la nacionalidad de la partes.

1. El derecho aplicable a la cuestión de la nacionalidad

254. Las partes han tratado de manera detallada la cuestión del derecho aplicable a la cuestión de la nacionalidad de las Demandantes. La Demandada alega que sólo el derecho chileno era aplicable, pues la cuestión de la nacionalidad es *“una cuestión que interesa al Estado [...] quien establece, soberanamente, según su propio interés, los modos de adquirirla o perderla [...]”*.¹⁹⁷ Las Demandantes no niegan que las reglas que determinan la nacionalidad son materia de reserva del Estado, pero sostienen, no obstante, que la cuestión está igualmente sujeta a los principios del derecho internacional y que un *“tribunal internacional conserva su poder de apreciación de esta cuestión”*.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 19; Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 36 y 37; Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 217 y ss; Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 7; transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 95, párrafo 11, a p. 97 párrafo 18; pp. 33 y 34 (Sr. Di Rosa). Véase también el informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentado en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, que concluye *“la transmisión de esta [la nacionalidad] es de incumbencia exclusiva de la competencia de cada Estado. En la especie, es exclusivamente el derecho chileno el que determina la existencia o no de la nacionalidad chilena del Sr. Pey Casado.”* (p. 3).

¹⁹⁸ Véanse exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 95 y 96 y la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 215, párrafos 14 a 15 (Sr.

255. Procede recordar los principios y reglas del derecho internacional concernientes al derecho aplicable a las cuestiones de nacionalidad. En su Opinión sobre los *Decretos tunecinos y marroquíes de nacionalidad* de 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁹⁹ consideró que, dado el carácter esencialmente relativo de este problema, que depende de la evolución de las relaciones internacionales, las cuestiones de nacionalidad pertenecían, en principio, a la esfera de reserva del Estado. En 1955, la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Nottebohm* declaró que “*compete a Liechtenstein, como a todo Estado soberano, resolver conforme a su propia legislación la adquisición de su nacionalidad, ya que el derecho internacional deja a cada Estado la facultad de administrar la atribución de su propia nacionalidad*”.²⁰⁰ (traducción no oficial)
256. De acuerdo al Convenio de la Haya de 1930 sobre Ciertas Cuestiones Relativas al Conflicto de Leyes de Nacionalidad, que entró en vigor el 1 de abril de 1937,²⁰¹ corresponde a cada Estado determinar, según su propio derecho, quiénes son sus nacionales (artículo 1) y “*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*” (artículo 2)²⁰².
257. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas deliberó detenidamente sobre esta cuestión y su Relator Especial declaró que “*in principle, questions of nationalities fall within the domestic jurisdiction of each State*”.²⁰³

Garcés). Anteriormente, las partes habían sostenido que la nacionalidad del inversionista debía determinarse, en primer lugar, de conformidad con el derecho español. Véanse la contestación al memorial sobre incompetencia presentado por la Demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 72 y 73, Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p.12 y la réplica de las partes demandantes al Memorial de contestación de la Demandada de 23 de febrero de 2003, pp. 209 y ss.

¹⁹⁹ Corte Permanente de Justicia Internacional, *Decretos tunecinos y marroquíes de nacionalidad*, Serie B, opinión consultiva n° 4, 7 de febrero de 1923.

²⁰⁰ 2ª fase – Liechtenstein c. República de Guatemala, sentencia de 6 de abril de 1955, p. 20. La misma resolución precisa que “un Estado no puede pretender que otro Estado reconozca las reglas por él establecidas, salvo si ello responde a la finalidad general de hacer concordar la relación jurídica de la nacionalidad con la vinculación efectiva al Estado que asume la defensa de sus ciudadanos mediante la protección frente a otros Estados” (traducción no oficial) (ídem p. 23).

²⁰¹ Aunque no ratificado por España ni Chile, si bien los representantes de estos dos países manifestaron su acuerdo en el transcurso de las negociaciones.

²⁰² 179 LNTS 89. El artículo 3 del Convenio establece, asimismo, que “a person having two or more nationalities may be regarded as its national by each of the States whose nationality he possesses”.

²⁰³ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, A / 2163, 1952, p. 7.

258. En el caso *Nottebohm*, la Corte Internacional de Justicia mencionó también la situación de las personas con doble nacionalidad:

“Cuando un Estado ha otorgado su nacionalidad a una persona y otro Estado ha concedido su propia nacionalidad a esta misma persona, ocurre en ocasiones que cada uno de estos Estados, considerando que actúa en el ejercicio de su competencia nacional, se atiene a su propia concepción y se conforma a ésta en sus actos. Cada uno de estos Estados se mantiene dentro de su propio ordenamiento jurídico. Esta situación puede darse en el ámbito internacional y ser examinada por un árbitro internacional...”.²⁰⁴ (traducción no oficial)

259. En la mayoría de los casos, el árbitro internacional no ha tenido que resolver realmente un conflicto de nacionalidades entre los estados interesados, sino determinar si la nacionalidad invocada por el Estado demandante era oponible al Estado demandado:

“El árbitro internacional ha resuelto de la misma manera numerosos casos de doble nacionalidad en los cuales se planteaba la cuestión respecto del ejercicio de la protección. Ha hecho prevalecer la nacionalidad efectiva, aquella que concuerda con la situación de hecho, aquella que se basa en un vínculo fáctico superior entre el interesado y uno de los Estados en relación con el cual la nacionalidad era cuestionada. Los elementos tomados en consideración son diversos y su importancia varía de un caso a otro. El domicilio del interesado es sumamente importante, pero también está la sede de sus intereses, sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, etc.”.²⁰⁵ (traducción no oficial)

260. El Tribunal considera, siguiendo las normas establecidas del derecho internacional, que es bajo el derecho chileno que debe examinarse, en el presente caso, si las autoridades chilenas han privado al señor Pey Casado de su nacionalidad chilena, como alega el interesado, o bien, si resulta que ese no fue el caso, si el señor Pey Casado renunció de forma válida a la nacionalidad chilena.

2. El argumento de la privación de la nacionalidad chilena

a) Posición de las partes

261. De acuerdo con el señor Pey Casado, él habría perdido su nacionalidad chilena como consecuencia del golpe de Estado militar del 11 de septiembre de 1973, en el transcurso del

²⁰⁴ *Liechtenstein c. República de Guatemala*, sentencia de 6 de abril de 1955, p. 21.

²⁰⁵ *Ídem*, p. 22.

cual fue asesinado el Presidente Allende. Tras una incursión de los militares en las oficinas del diario “*El Clarín*”, el 14 de septiembre de 1973, el señor Pey Casado, temiendo por su vida, se refugió en la Embajada de Venezuela en Santiago. Las autoridades chilenas le habrían denegado, en una fecha que las partes no han precisado en el procedimiento, la renovación de su pasaporte chileno, el cual había expirado en el mes de diciembre de 1971. Esta denegación del pasaporte o de su renovación, se supone, equivaldría *de facto* a una “*desnaturalización*”, una “*desnacionalización*” o una privación.²⁰⁶

262. No obstante, el 27 de octubre de 1973, las autoridades chilenas otorgaron un salvoconducto al señor Pey Casado, al igual que a otras personas, gracias al cual pudo trasladarse a Venezuela, país en el que estableció su residencia y, donde, el 8 de enero de 1975, obtuvo un pasaporte de urgencia para apátridas, así como una cédula de identidad para extranjeros en tránsito el 28 de enero de 1974.²⁰⁷ En este país se le consideró “*en tránsito*” hasta el 8 de enero de 1975, fecha en la que obtuvo una cédula nacional de identidad venezolana en calidad de residente.
263. En resumen, la tesis del señor Pey Casado es que, en septiembre de 1973 (mes del golpe de Estado militar), perdió la nacionalidad chilena debido al comportamiento de las autoridades militares, las cuales le denegaban los derechos protegidos por el Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad, se negaban a renovar su pasaporte, le negaban una protección diplomática, lo declaraban “*en rebeldía*”,²⁰⁸ en una palabra, lo privaban de su condición de nacional chileno, al menos *de facto*, por ejemplo, mediante la prohibición de regresar libremente a Chile,²⁰⁹ a pesar que desde dicho período no era más que un nacional

²⁰⁶ Véase la respuesta al Memorial sobre incompetencia presentado por la Demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 59 y ss; Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, p. 13; exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 100 y ss.; la réplica de las Demandantes al escrito de respuesta de la Demandada de 23 de febrero de 2003, pp. 185 y ss.; el informe del señor Víctor Araya, presentado por las Demandantes en apoyo de su réplica al Memorial de contestación de la Demandada de 23 de febrero de 2003; la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 209 a 215 (Sr. Garcés). De acuerdo con las Demandantes, el derecho internacional también reconocería la existencia de dicha “*desnaturalización*” véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentada por la Demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 59 y 60. Véase igualmente el informe del profesor Fernando M. Mariño, presentado en apoyo de la réplica de las Demandantes al Memorial de contestación de la Demandada, de 23 de febrero de 2003.

²⁰⁷ La primera parte demandante mantiene que las autoridades chilenas habrían reiterado dicho salvoconducto cuando el señor Pey Casado subió al avión, dejándolo así sin ningún documento de identificación. Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 209, párrafos 1 a 6 (Sr. Garcés).

²⁰⁸ Anexo C-197.

²⁰⁹ Véase el Anexo C-257.

español.²¹⁰ De hecho, cabe señalar que la copia del pasaporte que obra en el expediente muestra que su validez expiraba el 12 de diciembre de 1971.²¹¹ El señor Pey Casado expuso que había viajado a Portugal y a Suiza en los meses de mayo y octubre de 1972, respectivamente, con el fin de negociar y concluir la compra de la sociedad CPP S.A. que deseaba vender el Sr. Dario Sainte-Marie. No ha quedado totalmente claro qué pasaportes se utilizaron durante estos viajes, no obstante, se ha establecido que el señor Pey Casado se presentó al Consulado o a la Embajada de Venezuela para buscar refugio y abandonó Chile con destino a Venezuela con un pasaporte chileno expirado. En Venezuela, su solicitud para obtener un pasaporte chileno fue rechazada de nuevo y recibió de las autoridades locales un pasaporte especial para apátridas. El 9 de enero de 1974, el Consulado español en Caracas le concedió un visado de tres meses para España, país al que se trasladó el 31 de mayor de 1974.

264. La parte demandada ha sostenido, en apoyo a su objeción a la competencia, que el señor Pey Casado había conservado la nacionalidad chilena en las fechas críticas.²¹² Sostiene que la “*desnaturalización*” no estaba contemplada en el derecho chileno como causa de pérdida de la nacionalidad y que los actos cometidos por la dictadura en el año 1973 no habían entrañado la privación de la nacionalidad de las víctimas.²¹³ De acuerdo con la parte demandada, bajo el derecho chileno, el retiro de la nacionalidad por parte de las autoridades chilenas estaba sujeto al cumplimiento de una serie de formalidades - en

²¹⁰ Las partes demandantes argumentan en particular: “... cómo sostener que la privación unilateralmente impuesta por el Estado de Chile a D. Víctor Pey-Casado, no sólo de todas las prerrogativas inherentes al Convenio bilateral de 24 de mayo de 1958, sino aún más de los derechos humanos más elementales, podría acompañarse del mantenimiento –también unilateralmente– de un componente particular de aquel Convenio, cuando hemos visto, que ha sido violado, pisoteado y anulado en lo que a la persona del inversor español se refiere.”, Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, pp. 25 y 26.

²¹¹ Anexo C-252.

²¹² Véase el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 22 y ss.

²¹³ Según la parte demandada “la dictadura cometió estas atrocidades con un gran número de chilenos y ninguno de ellos perdió su nacionalidad a causa de ello. La dictadura, eso se sabe, cometió crímenes atroces, pero eso no tiene nada que ver con esta causa y menos con la nacionalidad chilena del señor Pey.” Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 22. Véase igualmente el informe experto del profesor Humberto Nogueira Alcalá, presentado en apoyo del alegato en contra de la parte demandada de 3 de febrero de 2003, 29-32; véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 243 y ss.

particular de un “*decreto supremo*”- formalidades que no se cumplieron en el caso del señor Pey Casado.²¹⁴

b) Conclusiones del Tribunal

265. El problema jurídico planteado consiste determinar si el comportamiento de las autoridades chilenas constituyó un retiro o una privación de la nacionalidad.
266. El señor Pey Casado, al igual que otros muchos ciudadanos considerados enemigos del nuevo régimen surgido del golpe de Estado militar, o rebeldes, y denunciados públicamente como tales por dicho régimen, se vio obligado a buscar asilo en el extranjero para proteger su vida y su libertad. Al parecer, el señor Pey Casado, habría incluso sido particularmente amenazado y objeto de las vías de hecho y las medidas de la dictadura militar debido a su eminente posición personal y patrimonial, su influencia y sus vínculos con el Presidente Allende.
267. En su informe de 1985 sobre la preocupante situación de los derechos humanos en Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos analiza de manera pormenorizada el derecho a poseer una nacionalidad y no ser privado de ella de forma arbitraria. Según este informe, del artículo 6 de la Constitución chilena de 1925, vigente en 1973,²¹⁵ se desprende que la nacionalidad sólo podría perderse en tres casos: en primer lugar, en caso de nacionalización en un país extranjero; en segundo lugar, en caso de anulación de los documentos de nacionalización (decisión contra la que se puede interponer un recurso ante la Corte Suprema) y, en tercer lugar, en caso de prestar servicios a los enemigos de Chile o sus aliados durante una guerra.²¹⁶

²¹⁴ Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 24-28.

²¹⁵ Como reiteró el profesor Cea durante la audiencia de 15 de enero de 2007, la Constitución de 1925 fue objeto de una modificación en 1980 y de una reforma en 2005. Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 57, párrafos 14-19.

²¹⁶ La Constitución chilena de 1925 fue modificada por el Decreto N.º 175 de 3 de diciembre de 1973 (posterior al golpe de Estado militar). Esta modificación añade un caso de privación de la nacionalidad por el siguiente motivo: “*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*”. No se ha demostrado que –a pesar del estado de excepción– las autoridades chilenas hayan aplicado efectivamente esta disposición al señor Pey Casado ni que la parte demandante haya sostenido que la compra por parte de este último de las acciones del diario Clarín en Estoril y/o Ginebra haya constituido un “[*atentado grave*] *contra los intereses esenciales del Estado*”. Si hubiese sido así, cosa que no se ha demostrado, habría que

268. El primer caso ha sido modificado, evidentemente, por el Convenio de Doble Nacionalidad hispano chileno, el cual autoriza expresamente a los nacionales chilenos a conservar su nacionalidad al obtener la nacionalidad española. En cuanto a las otras dos hipótesis mencionadas anteriormente, no parece que se hallan producido en el presente caso. No obstante, e incluso si ninguna de las causales de pérdida de nacionalidad contempladas en la Constitución chilena se aplica directamente, cabe preguntarse si las autoridades chilenas habrían privado, mediante sus actos, al señor Pey Casado de su nacionalidad chilena.
269. El Gobierno de Chile facilitó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el nombre de las personas privadas de la nacionalidad chilena por parte las autoridades y el nombre del señor Pey Casado no figura en dicha lista. Sin embargo, este hecho, que depende únicamente de la iniciativa y apreciación de estas autoridades (apreciación que se basa sin duda en sus propios intereses en el contexto de sus relaciones con la mencionada Comisión Interamericana) no puede considerarse una prueba decisiva. De acuerdo al derecho chileno, que es en principio aplicable de conformidad con los principios del derecho internacional mencionados más arriba a la cuestión de la nacionalidad chilena del señor Pey Casado y a los elementos que figuran en el expediente, el comportamiento de las autoridades militares chilenas, por arbitrario o chocante que pueda parecer a la primera parte demandante, no permite extraer conclusión alguna respecto a la pérdida de esta nacionalidad o a su mantenimiento. Entre los diversos documentos que obran en el expediente no se encuentra ninguna prueba formal de la supuesta privación de la nacionalidad chilena por medio de un acto de la autoridad.
270. Otra cuestión que se plantea es la de saber si, como pretenden las partes Demandantes,²¹⁷ la expedición de un salvoconducto al señor Pey Casado por parte de las autoridades chilenas puede o debe interpretarse como un reconocimiento formal, aunque implícito, de la pérdida de nacionalidad. La respuesta sólo puede ser negativa, salvo en circunstancias

preguntarse si el Tribunal de arbitraje puede tener en cuenta el Decreto ley N.º 175, suponiendo que éste no haya sido anulado y considerado de efecto nulo por la legislación chilena posterior a la caída del régimen militar. En cualquier caso cabe señalar que el artículo 2 del Decreto ley 175/1973 preveía que todas las pérdidas de nacionalidad debían declararse mediante un decreto supremo motivado. Y un decreto posterior (Nº 355/1974) ofrecía a los interesados la posibilidad (efectiva o teórica) de recurrir a la Corte Suprema para oponerse a una privación de su nacionalidad por decreto.

²¹⁷ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 102-103.

excepcionales, pues la entrega de salvoconductos no está destinada a los apátridas, sino que caracteriza una situación de conflicto.²¹⁸

271. En el Informe de 1974 sobre la situación de los derechos humanos en Chile publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se afirma por una parte que “*the Chilean Ministry of Foreign Affairs had granted 2945 safe-conduct for Chileans who had taken refuge in diplomatic missions in Santiago, and 547 courtesy safe-conducts for members of the family of those persons*”. De otra parte, este mismo Informe señala que Venezuela había aceptado un total de 249 personas, chilenas o extranjeras, como refugiadas de Chile.
272. Las Demandantes sostienen, basándose en el anexo C-1,²¹⁹ que de hecho y en contra de lo afirmado por el Gobierno chileno “*varios millares de chilenos han perdido la mayor parte de los derechos inherentes a la nacionalidad [...]*”. El Informe antes citado indica, por ejemplo, que muchos chilenos fueron expulsados por Chile, que sus pasaportes solamente tenían validez para salir una vez de Chile, que no podían renovarlos y que en ocasiones se veían obligados a solicitar un documento de viaje al organismo de las Naciones Unidas para los refugiados.²²⁰ Suponiendo que esta afirmación fuera exacta y demostrada, no parece que constituya en sí prueba de la pérdida jurídica de la nacionalidad propiamente dicha.
273. Sean las que fueren las violaciones y actos arbitrarios cometidos por el Gobierno militar de Chile en 1973, no se ha demostrado que hayan conllevado la privación *de jure* de la nacionalidad chilena del señor Pey Casado.²²¹ En opinión del Tribunal de arbitraje, el

²¹⁸ Así, por ejemplo, el Black's Law Dictionary distingue entre pasaporte y salvoconducto, y define este último como un documento “*conferring permission upon an enemy subject or others to proceed to a particular place for a defined object*”, Black's Law Dictionary (sexta edición, 1990) p. 1336.

²¹⁹ Informe del Secretario General de las Naciones Unidas a la Asamblea General de 8 de octubre de 1976, apartados 415 a 422.[Anexo C-1]

²²⁰ *Ídem*, apartado 420.

²²¹ En esta fase del análisis cabe añadir que las posiciones o declaraciones de las autoridades de Venezuela relativas al señor Pey Casado, en tanto que apátrida, extranjero de paso (“*transeúnte*”), carecen de especial repercusión en relación con el mantenimiento o pérdida de la nacionalidad chilena. Según la Convención de 1954 sobre el estatuto de los apátridas, “*a person who is not considered as a national by any State under the operations of its law*” carece de nacionalidad. Éste no era el caso del señor Pey Casado, que era sin duda nacional de España y, probablemente, según al menos el examen realizado hasta ahora, nacional chileno en 1973. Por consiguiente, no era apátrida. Además, de los principios del derecho internacional público se desprende que la interpretación efectuada por un país tercero de la situación del señor Pey Casado, en este

Profesor Dupuy ha subrayado acertadamente esta conclusión en su informe experto del mes de febrero de 2003:

*“[...] el hecho de que un Estado no ejerza su protección respecto a uno de sus nacionales no tiene ninguna importancia en cuanto al mantenimiento o negación por parte de ese mismo Estado de la nacionalidad al ciudadano. Sea que decida o no acordársela en aplicación del carácter discrecional de su competencia en este [sic] materia, o sea que no la ejerza en el caso de un ciudadano que goza de doble nacionalidad, su abstención se explica por otras razones que aquella de querer mantener o suprimir la nacionalidad del individuo en cuestión. Esto simplemente no tiene nada que ver; el nexo entre que Chile no ejerza su protección con respecto al señor Pey Casado y la eventual negación de su nacionalidad chilena aparece simplemente desprovista de toda pertinencia jurídica”.*²²²

274. Por lo tanto, el Tribunal de arbitraje constata que la primera parte demandante no fue privada de la nacionalidad chilena por estos actos cometidos en 1973.

3. La nacionalidad del señor Pey Casado durante el período comprendido entre los años 1974 y 1996

275. A todos los efectos y antes de examinar la cuestión de la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena, es conveniente investigar si la situación ha sufrido o no cambios desde los años 1973 y 1974 en lo que se refiere a la nacionalidad de la primera parte demandante. Las partes se han referido a este respecto al Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad y han debatido su posible aplicación a esta última cuestión.

276. Con arreglo al 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 tercer 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 se desprendería que, en virtud de este Convenio, en la época en que se estableció en Venezuela, el señor Pey Casado conservaba su nacionalidad chilena como nacionalidad “primaria”, al mismo tiempo que continuaba siendo nacional español. De conformidad con el artículo 4.2 de este mismo Convenio, un chileno sólo puede cambiar su domicilio si

caso Venezuela, no puede tener consecuencia alguna en relación con una definición de la nacionalidad chilena, cuestión que pertenece a la competencia exclusiva de este Estado.

²²² Informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentado en apoyo al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p 21.

transfiere su residencia habitual a España y se inscribe en el Registro Civil español. Ahora bien, el señor Pey Casado se trasladó a España el 31 de mayo de 1974 y se inscribió en el Registro del Ayuntamiento de Madrid el 4 de junio de 1974, momento en el que recibió un documento de identidad de nacionalidad española.²²³

277. Con arreglo al artículo 10 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, el Registro del estado civil está integrado por los registros municipales, los registros consulares y un registro central.²²⁴ De conformidad con el artículo 18 de esta misma Ley, el Registro Central posee una competencia subsidiaria o residual para inscribir los hechos que no puedan inscribirse en otra parte. En el artículo 64 de esta Ley se prevé que las cuestiones de nacionalidad y domicilio se inscribirán en el registro pertinente. Además, el artículo 1 del Reglamento de Registro Civil español de 1958 establece que los diversos órganos del Registro Civil tienen la obligación de comunicarse entre ellos.²²⁵
278. De lo anterior se desprende que, en contra de la tesis de la parte demandada,²²⁶ la inscripción del señor Pey Casado en el Registro Municipal de Madrid surtió sus efectos, a saber, al menos un cambio válido de su nacionalidad “*primaria*” de acuerdo al Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad. Por consiguiente, en el año 1974, en aplicación de dicho Convenio, la nacionalidad “*primaria*” del señor Pey Casado pasó a ser la española, mientras que su nacionalidad “*secundaria*”, de acuerdo al Convenio citado, pasó a ser la nacionalidad chilena.
279. Asimismo se ha alegado que esta inscripción en el Registro Municipal no habría sido de hecho transcrita en el Registro correspondiente y, por consiguiente, no habría sido válida en su momento, defecto que no se subsanó hasta 1996. Dicho argumento carece de relevancia en el presente caso, ya que suponiendo que fuera cierta, esta ausencia de transcripción debería ser considerada una simple omisión por parte de un funcionario español de la formalidad exigida. Además, el artículo 64 de la Ley de 1958 sobre el Registro Civil prevé expresamente que la fecha que debe considerarse como fecha del registro es la fecha de la declaración y no la de la transcripción. Cualquier otra conclusión a

²²³ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 54 y 55.

²²⁴ Anexo C-150.

²²⁵ Ídem

²²⁶ Véase, por ejemplo, el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 23 y 25.

este respecto sólo tendría consecuencias respecto de las circunstancias que permiten definir la nacionalidad “*primaria*” y el derecho aplicable, y no la cuestión que es objeto de examen, a saber si detentaba una nacionalidad como tal.

280. Poco después de estos acontecimientos, el 11 de junio de 1974, el señor Pey Casado obtiene un pasaporte español. Abandona España para regresar a Venezuela y, ese mismo año, se inscribe en el Consulado español de Caracas.²²⁷ El 8 de enero de 1975 recibe una cédula de identidad en calidad de residente en Venezuela. El 10 de abril de 1977 recibe un pasaporte español del Consulado de Caracas (cuya validez expira el 10 de mayo de 1979). A continuación viaja de Venezuela a Perú donde, el 24 de mayo de 1977 se inscribe en el Consulado español de Lima. Este Consulado le entrega dos pasaportes: uno el 25 de junio de 1979 (con fecha de expiración de 24 de junio de 1984) y el otro el 16 de enero de 1984 (con fecha de expiración de 15 de enero de 1989). Regresa a Venezuela en 1988 y el 17 de noviembre de ese año recibe un pasaporte del Consulado español en Caracas (con fecha de expiración de 16 de noviembre de 1993). El 18 de enero de 1989 renueva su documento de identidad español. Por último, tras la caída del régimen del General Pinochet, el señor Pey Casado se traslada a Chile, por primera vez desde 1973, el 4 de mayo de 1989.
281. Las partes plantearon la cuestión de si se habría modificado la nacionalidad del señor Pey Casado en un momento dado entre 1974 y 1989. Y ello debido que el Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad prevé de manera precisa las condiciones de un cambio de situación a este respecto. En el presente caso, el señor Pey Casado habría podido cambiar su nacionalidad “*primaria*” mediante la aplicación del artículo 2.2 de dicho Convenio, pero únicamente si trasladaba su domicilio y si se inscribía en el “*Registro de Cartas de Nacionalización*” de Chile. De lo contrario, su nacionalidad “*primaria*” seguiría siendo la misma, aunque hubiera trasladado su domicilio a un tercer Estado no contratante (en este caso, Venezuela o Perú). En el presente caso no se ha alegado que el señor Pey Casado haya trasladado su domicilio de España a Chile. De ello se desprende que, durante todo éste período y hasta 1989, el señor Pey Casado habría seguido teniendo la doble nacionalidad española y chilena, y que su nacionalidad “*primaria*” de acuerdo al Convenio hispano-chileno habría continuado siendo la española desde 1974.

²²⁷ Anexo C-18.

282. Ahora es preciso investigar si se produjo un cambio de nacionalidad después de 1989. Como ya hemos visto, el señor Pey Casado se traslada a Chile el 4 de mayo de 1989, tras la destitución del General Pinochet. Según él se trató de una estadía temporal para informarse sobre la situación de las acciones de la sociedad CPP S.A.²²⁸ En cambio, de acuerdo con la Demandada, el señor Pey Casado habría tenido la intención de retomar la residencia en Chile.²²⁹ A partir de 1989 se producen una serie de hechos o acontecimientos que poseen interés para el examen de la cuestión de la nacionalidad, entre ellos diversas declaraciones del señor Pey Casado respecto de su nacionalidad, así como diversos hechos (más o menos claros y más o menos coherentes) resultantes o simultáneos de su regreso a Chile.
283. El primer ejemplo es la creación de la *Fundación Presidente Allende*, fundación en cuyas actas de constitución al momento de su creación en España, el 16 de enero de 1990, se menciona al señor Pey Casado, uno de sus tres fundadores, como doble nacional español y chileno. Cabe recordar que, posteriormente, en el año 1999,²³⁰ los estatutos de la Fundación fueron modificados a fin de suprimir la mención a su nacionalidad chilena e indicar únicamente la nacionalidad española del señor Pey Casado.²³¹
284. De acuerdo con la parte demandada, el señor Pey Casado se identificó o describió a sí mismo en varias ocasiones, a partir del 2 de octubre de 1991, como de nacionalidad chilena, y solicitó la asistencia de las autoridades chilenas tras su regreso. Así, por ejemplo, el 5 de enero de 1991 solicita y obtiene una cédula de identidad chilena. El 17 de febrero 1992 se inscribe en el Registro de Votantes de Vitacura.²³² El 20 de febrero de 1991, encontrándose aún en Chile, se da cuenta de que ha perdido su pasaporte español y solicita un pasaporte a las autoridades chilenas, las cuales se lo conceden. Con un pasaporte chileno viaja a Venezuela y, según la parte demandada, a Europa en 1997. Entre el 20 de octubre de 1991 y el mes de enero de 1997, el señor Pey Casado se habría presentado en

²²⁸ Respuesta al escrito en apoyo de la incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 69-70.

²²⁹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 25 y ss.

²³⁰ Anexo 135.

²³¹ Véase a este respecto los documentos siguientes: Anexo 22 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003 y el Anexo C-7 de las Demandantes, los cuales concuerdan en que, en el momento de la creación de la Fundación, el Sr. Pey-Casado ostentaba la doble nacionalidad; véase el Anexo 135 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003 sobre la modificación del estatuto de la Fundación, en el que se describe al Sr. Pey Casado con nacionalidad únicamente española.

²³² Anexo 29 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

varias ocasiones como ciudadano chileno²³³ en particular en sus solicitudes de ayuda para el retorno de emigrados. De este modo, el 25 de mayo de 1992 se presenta en la *Oficina Nacional de Retorno* (que se ocupa de los emigrados chilenos de retorno). Se identifica como chileno, el 1 de agosto de 1992 en un contrato de trabajo celebrado con su hermano, así como en diversas ocasiones en agosto de 1992, mediante su cédula nacional de identidad chilena. En 1993, el señor Pey Casado se inscribe en el Registro Electoral de La Reina (Chile). El 23 de octubre de 1994, viaja a Bolivia con su pasaporte chileno. Habría utilizado el mismo pasaporte el 6 de noviembre de 1994 en un viaje a Bolivia y después a España, el 6 de noviembre de 1994, pasando por los Estados Unidos.²³⁴ El 28 de mayo de 1997, durante su estancia en España, obtiene un pasaporte español en Madrid.

285. En esta fase del análisis, es posible concluir en relación con los hechos anteriormente citados, producidos tras el regreso del señor Pey Casado a Chile después de 1989, que éstos no modificaron la situación jurídica que existía anteriormente, dado que el señor Pey Casado siguió detentando la doble nacionalidad española y chilena hasta 1997.
286. Ahora bien, habría que examinar si, como afirma el señor Pey Casado, renunció de forma válida a su nacionalidad chilena mediante las declaraciones que realizó en 1997, extremo que controvierte el Estado demandado.

4. El argumento de la renuncia a la nacionalidad chilena

287. Los hechos que, según la primera parte demandante, constituyen una renuncia a la nacionalidad chilena²³⁵ pueden resumirse de la siguiente manera:
288. El 10 de diciembre de 1996, el señor Pey Casado comunica al Departamento de Extranjería y Migración chileno que ha residido en España desde 1974 y que no tiene la intención de prevalerse del Convenio de Doble Nacionalidad hispano-chileno. Solicita que se inscriba en el registro chileno de “*Cartas de Nacionalización*”- única instancia competente en la materia según una sentencia de la Corte Suprema²³⁶- su situación de hecho desde

²³³ Véase el Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999 pp. 48 y 49.

²³⁴ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 112.

²³⁵ Véase el resumen presentado por la primera parte demandante durante la audiencia de 15 de enero de 2007, transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p 212 -213 (Sr. Garcés).

²³⁶ Véase el Anexo C-95.

septiembre de 1973 cuando Chile le denegó los beneficios de dicho Convenio, si bien señala que su nacionalidad exclusiva sería la española.²³⁷

289. El 19 de diciembre de 1996, el Ayuntamiento de Madrid confirma que el lugar de residencia del señor Pey Casado está 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 no goza de los beneficios del Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad y, el 5 de febrero de 1997, el Consulado de España en Santiago suprime el nombre del señor Pey Casado de su registro de ciudadanos españoles residentes en Chile tras comprobar que su domicilio legal se encuentra en España.
290. El 16 de septiembre de 1997, el señor Pey Casado realiza una declaración ante el Consulado de España en Mendoza (Argentina), en la que reitera lo que ya había escrito al Ministerio del Interior de Chile el 10 de enero de 1996. En dicha declaración precisa 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 (...) a la nacionalidad chilena en la que de nuevo me afirmo y ratifico en este acto (...)*”²³⁸ (texto subrayado por nosotros).
291. Unas semanas más tarde, el 2 de octubre de 1997, el señor Pey Casado otorga su consentimiento al arbitraje del CIADI, exceptuando lo relativo al litigio en torno a la rotativa Goss.
292. El 20 de noviembre de 1997, el juez del registro español admite la solicitud del señor Pey Casado para confirmar su residencia en Madrid desde el 4 de junio de 1974. El 24 de abril de 1998, el abogado del señor Pey Casado solicita al Ministerio de Asuntos Exteriores español que verifique el cambio de domicilio del señor Pey Casado en 1974. Copia de esta solicitud fue enviada a las autoridades chilenas a través del Consulado español en Santiago el 10 de julio de 1998. Esta carta fue transmitida el 24 de julio de 1998 al registro chileno,

²³⁷ Anexo C-21; véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, p. 57; la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, pp. 13-14.

²³⁸ Véanse los Anexos C-40, C-14 y C-52.

donde un funcionario público inscribe el 4 de agosto de 1998 la renuncia del señor Pey Casado a su nacionalidad chilena y, por consiguiente, su condición de extranjero. Este hecho está demostrado y no ha sido controvertido, pero la validez de la inscripción y la competencia de mencionado funcionario son objeto de controversia.²³⁹

293. A la luz de estos hechos cabe preguntarse si el señor Pey Casado renunció de forma válida a su nacionalidad chilena al inscribirse y fijar su residencia en Madrid desde junio de 1974 (como lo confirmó el juez del registro español), informar de ese hecho el 10 de diciembre de 1996 al Departamento de Extranjería y Migración chileno, y expresar que no tenía la intención de prevalerse del Convenio de Doble Nacionalidad.
294. En lo que respecta al Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad, éste establece expresamente la posibilidad de que los nacionales de ambos países conserven su nacionalidad de origen. La declaración del señor Pey Casado de su cambio de residencia a España tiene como consecuencia un cambio del derecho que le es aplicable, pero no le priva en absoluto de sus dos nacionalidades. Por otro lado, el Convenio no prevé nada en relación con las consecuencias de que un nacional de uno de los dos Estados declare que no desea acogerse al Convenio. El Convenio contempla varias ventajas específicas para las personas con doble nacionalidad, pero no dice nada de aquellas personas que, tras haber adquirido las dos nacionalidades y beneficiarse de sus ventajas, o de algunas de ellas, no desean prevalerse más de ellas.
295. Por tanto, la única cuestión que queda por determinar es si la declaración y los demás actos del señor Pey Casado equivalen a una renuncia a la nacionalidad chilena. Ahora bien, dado que, como ya se ha visto, todas las cuestiones relativas a esta nacionalidad dependen en principio del derecho chileno, es necesario analizar el derecho chileno en esta materia.
296. El artículo 11 de la Constitución chilena establece lo siguiente en relación con las causas de pérdida de la nacionalidad.

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

²³⁹ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 310 (Sr. Di Rosa).

La causa 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;

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.

297. Así pues, la Constitución chilena no prevé expresamente la renuncia como causa de pérdida de la nacionalidad. Durante el procedimiento, las partes han debatido ampliamente si la enumeración de las causas de pérdida de la nacionalidad que figura en la Constitución de Chile era o no limitativa o exhaustiva, mientras que la parte demandada respondía afirmativamente, la parte demandante sostenía lo contrario.

a) Posición de las partes

298. Las Demandantes han sostenido, a título subsidiario de su posición principal, según la cual el señor Pey Casado habría sido privado de la nacionalidad chilena en 1973, que el señor Pey Casado “*había manifestado por escrito ante las Autoridades de Chile su renuncia a la nacionalidad chilena, es decir a los beneficios que el Convenio bilateral de 24 de mayo de 1958 de doble nacionalidad confiere a los ciudadanos españoles en Chile*”.²⁴⁰ Según las partes demandantes, esta renuncia a la nacionalidad chilena habría surtido efecto en la fecha de la declaración del señor Pey Casado el 10 de diciembre de 1996.²⁴¹

²⁴⁰ Memorial de las Demandantes de 17 de marzo de 1999, p. 24; exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, pp. 126 y ss.; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 212 y ss. (Sr. Garcés). Véase igualmente el informe del Profesor Fernando M. Mariño, presentada en apoyo de la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003.

²⁴¹ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 57 y 58; exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 133 y ss.; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 214, párrafos 12 y

299. De acuerdo con las Demandantes la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena estaría permitida por la Constitución chilena, si bien ésta no figura expresamente entre las causales de pérdida de la nacionalidad previstas en el artículo 11.²⁴² El Tribunal de arbitraje no debería limitarse a los motivos de pérdida de nacionalidad contemplados en el artículo 11 de la Constitución chilena para pronunciarse sobre la validez de una renuncia a la nacionalidad con arreglo al derecho chileno, sino que debería analizar otras fuentes de derecho chileno, como el Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad, que prevé, en su artículo 6, determinados actos relativos a la pérdida y la recuperación de la nacionalidad que no se incluyen en la Constitución.²⁴³
300. Además, las Demandantes sostienen que esta solución estaría respaldada por las reglas de derecho internacional, las cuales admitirían la renuncia voluntaria a la nacionalidad.²⁴⁴
301. Las Demandantes se basan asimismo en el caso del señor M. Wilker, árbitro designado inicialmente por Chile en el presente arbitraje, y que (según las declaraciones reiteradas de este Gobierno al CIADI de los días 20 de agosto de 1998 y 21 de octubre de 1998) “*renunció previamente*” a su nacionalidad de origen-chilena- para obtener la nacionalidad mexicana “*de conformidad [con la Constitución política de la República de Chile]*”.²⁴⁵
302. Por su parte, la Demandada ha sostenido permanentemente la imposibilidad o la ilegalidad bajo derecho chileno de una renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena,²⁴⁶ principalmente en razón de que las causales de pérdida de la nacionalidad chilena previstas

13 (Sr. Garcés). Véase igualmente el informe del señor Víctor Araya presentada por las partes demandantes en apoyo a la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 13 y ss.

²⁴² Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 228 y ss. (Sr. Garcés). Las partes demandantes afirman que una interpretación contraria daría lugar a una solución discriminatoria.

²⁴³ Respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada el 18 de septiembre de 1999, pp. 65 y 66; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 218-220 (Sr. Garcés).

²⁴⁴ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 61 y 62; Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, p. 13.

²⁴⁵ Véase, por ejemplo, el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 244 y ss.; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 231 y 232 (Sr. Garcés).

²⁴⁶ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, pp. 21 y 36 a 38; Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 39 y 40; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 102 y ss. (Sr. Di Rosa). Véase igualmente el informe experto del profesor Pierre-Marie Dupuy presentado en apoyo al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 23 a 26; el informe experto del Profesor Humberto Nogueira Alcalá presentado en apoyo al Memorial de contestación de la parte demandada de -3 de febrero de 2003, pp. 5-10.

en el artículo 11 de la Constitución chilena no incluyen la renuncia voluntaria a la nacionalidad²⁴⁷ y esta disposición debería interpretarse de modo estricto.²⁴⁸

303. En la audiencia de 15 de enero de 2007, el Tribunal de arbitraje escuchó el dictamen del Profesor Cea, Presidente de la Corte Constitucional de Chile, sobre esta cuestión y, en particular, sobre la reciente reforma constitucional realizada en Chile en agosto de 2005, que versaba precisamente sobre la cuestión de la renuncia voluntaria a la nacionalidad.²⁴⁹ Concretamente, el artículo V, letra a) de la Ley 20.050 sustituiría al inciso “I” del artículo 11 de la Constitución, por el siguiente texto:

*“La nacionalidad chilena se pierde en términos imperativos, ineludibles, obligatorios primero, por renuncia voluntaria manifestada ante autoridad chilena competente”.*²⁵⁰

304. Según el Profesor Cea, la posibilidad de renunciar a la nacionalidad chilena no existía antes de esta reforma y mediante la Ley 20.050 de la reforma constitucional se introdujo en el ordenamiento jurídico chileno. El Profesor Cea explicó al Tribunal de arbitraje que:

*“La reforma del año 2005 introdujo a la Constitución chilena una nueva causa de pérdida de la nacionalidad que no existía con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico. No se hallaba referencia a ninguna de estas causales en la Constitución y menos, comprenderá el Tribunal, en las leyes o en los reglamentos. Cuánto más lejano de estar permitida esa causal se encontraba la posibilidad de que por libre voluntad de los ciudadanos o de los nacionales podría uno desprenderse de la nacionalidad”.*²⁵¹

305. El Profesor Cea precisaba que especialmente el artículo 11 de la Constitución en vigor antes de la reforma de 2005 no podía ser interpretado de forma que admitiera una renuncia

²⁴⁷ Véase el Memorial de incompetencia de la parte demandante de 20 de julio de 1999, p. 29: “Como es posible observar, la renuncia no está considerada dentro las causales de pérdida de la nacionalidad chilena, que contemplan la pérdida de la nacionalidad por nacionalización en país extranjero, en cuyo evento, si la persona involucrada ha renunciado a la nacionalidad chilena, no pierde ésta por tal renuncia, sino por haber obtenido otra nacionalidad”.

²⁴⁸ Durante la audiencia de 15 de enero de 2007, el profesor Cea explicó que “todas las causales de pérdida de la nacionalidad chilena estaban contempladas en el artículo 11 de la Constitución y eran exclusivamente útiles de realzarlo [sic] las cinco siguientes, de manera que era un listado taxativo, cerrado, un listado inexcedible mediante interpretaciones extensivas, analógicas o de otro carácter.” (transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 56).

²⁴⁹ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 53 y ss. (Profesor Cea).

²⁵⁰ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 55.

²⁵¹ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 55, párrafo 10. Véase igualmente la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 335 y ss. (Sr. Fernández).

voluntaria a la nacionalidad chilena ya que tenía un carácter “*taxativo, inexcedible, cerrado*”.²⁵²

306. La parte demandada invocó algunas resoluciones de tribunales chilenos, así como la doctrina chilena sobre esta cuestión en apoyo de su conclusión de que la renuncia voluntaria no constituía un motivo de pérdida de la nacionalidad chilena con anterioridad al 2005. En cuanto a la jurisprudencia, la parte demandada hizo referencia en particular a la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de mayo de 2001, confirmada por la Corte Suprema ese mismo año, en la que se rechazaría “*la posibilidad de renunciar pura y simplemente a la nacionalidad*”.²⁵³

b) Conclusiones del Tribunal

307. En opinión del Tribunal de arbitraje, la parte demandante no consiguió demostrar de manera convincente la imposibilidad o la ilegalidad, bajo derecho chileno, de una renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena, en la ausencia de textos precisos y de jurisprudencia pertinente. Así pues, en lo que respecta a las decisiones de los tribunales chilenos aportadas sobre la materia, ninguna de ellas se refiere a una situación idéntica a la del presente litigio, por lo que resulta difícil o incluso imposible encontrar en ellas el fundamento de una u otra de las tesis que se han desarrollado contra la renuncia a la nacionalidad. Esto es lo que sucede especialmente, sin necesidad de entrar en un análisis pormenorizado, con la decisión *Vásquez Valencia* de 31 de octubre de 1989²⁵⁴ o con la decisión *Turbay* de 25 de julio de 1988.²⁵⁵
308. El propio texto del artículo 11 de la Constitución chilena resulta ambiguo en cuanto a esta cuestión y no permite afirmar o postular en absoluto el pretendido carácter limitativo de los casos enumerados de pérdida de la nacionalidad.²⁵⁶ Ahora bien, el Tribunal de arbitraje

²⁵² Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 76.

²⁵³ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 24, párrafos 16 y 17 (Profesor Cea) en versión francesa.

²⁵⁴ Anexo C-92.

²⁵⁵ Anexo C-147 – véase igualmente el Anexo C-28.

²⁵⁶ Cabe señalar también a este respecto que, en el ámbito del derecho constitucional comparado, el texto de las constituciones muy a menudo se concibe en términos programáticos o principios generales –que la interpretación posterior y la práctica, con la evolución política, deben completar y precisar– si bien resulta difícil presumir el carácter limitativo o exhaustivo del texto constitucional antes citado.

considera que no existe una justificación para efectuar una interpretación estricta del derecho chileno a fin de prohibir la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena en el presente caso.

309. Este resultado se aplica *a fortiori* en caso de doble nacionalidad, ya que la renuncia a una de las nacionalidades no conduce a una situación de apátrida. Bajo el derecho chileno, la renuncia voluntaria no está autorizada ni es válida si conlleva a una situación de apátrida, como lo subrayó con toda claridad el Presidente de la Corte Constitucional, Profesor Cea, ante el Tribunal de arbitraje.²⁵⁷ Si ese no es el caso, la Constitución permite la renuncia voluntaria y no sólo, como es lógico, si la renuncia debe ir seguida de la adquisición de otra nacionalidad, sino también cuando esa otra nacionalidad ya ha sido adquirida, como en el caso de la doble nacionalidad.
310. La parte demandada ha insistido en que una condición esencial de la renuncia voluntaria a la nacionalidad bajo el derecho chileno es que ésta no dé lugar a una situación de apátrida (como en el ejemplo antes mencionado del árbitro Witker, que adquirió la nacionalidad mexicana). Asimismo, en una sentencia chilena citada a menudo en el debate, en el caso *Castillón*, la renuncia estaba vinculada o condicionada a la adquisición de la nacionalidad nicaragüense por parte del interesado.²⁵⁸
311. La *ratio legis*, al igual que la simple coherencia y una lógica elemental imponen esta conclusión. Nada ha sido establecido, ni se ha presentado texto ni resolución alguna, ni se ha formulado argumento alguno capaz de justificar, en opinión del Tribunal de arbitraje, un régimen discriminatorio en materia de renuncia voluntaria: permisivo en caso de adquisición de otra nacionalidad y prohibitivo en caso de que ya se haya adquirido otra nacionalidad, es decir, en caso de doble nacionalidad. Semejante tratamiento diferenciado resultaría especialmente difícil de admitir, presumir o imaginar en el caso de dos Estados

²⁵⁷ En la audiencia de 15 de enero de 2007, el Profesor Cea explicó, en particular, que “una persona pierde su nacionalidad sólo si adquiere simultáneamente otra. Esto es obvio y lógico, salvo las excepciones contempladas en texto expreso por la misma Constitución. En ese año 2002 no existía la renuncia pura y simple a la nacionalidad chilena como causal de pérdida de la misma. Puede ser así, de haber existido esa posibilidad, habría surgido la difícil situación de apartida [sic] o bien se hubiera fomentado recurso a una renuncia que podría haber sido ilegítimamente formulada.” (transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 63). Véase igualmente la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 462-463 (Sr. Fernández).

²⁵⁸ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 244 (pregunta del Presidente).

unidos por los lazos que subraya su Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad.²⁵⁹ Además, el Tribunal de arbitraje estima que el argumento de la parte demandada según el cual una persona con doble nacionalidad debería adquirir primero una tercera nacionalidad para poder renunciar validamente a la nacionalidad chilena,²⁶⁰ parece poco lógico o convincente.

312. El Tribunal de arbitraje considera que la reforma de la Constitución chilena en 2005 no representa modificación alguna en lo que se refiere a la renuncia voluntaria a la nacionalidad: siempre ha sido posible renunciar a la nacionalidad chilena y el nuevo artículo de la Constitución no hace otra cosa que confirmar y precisar dicha posibilidad. De manera general, el Tribunal de arbitraje coincide con el argumento de las Demandantes, según el cual *“la inclusión de una norma en la Constitución no quiere decir que ésta no existía antes. Al contrario [...]”*.²⁶¹ Como han sostenido las Demandantes,²⁶² la reforma del artículo 11 de la Constitución simplemente añadió una condición para renunciar de forma válida a la nacionalidad chilena, a saber, que la renuncia se notifique ante la autoridad chilena competente.
313. En este contexto, el Tribunal de arbitraje recuerda, asimismo, las disposiciones relativas a la renuncia de una nacionalidad que figuran en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Aunque estas normas no son directamente aplicables al presente caso,²⁶³ cabe, no obstante, subrayar -como lo han hecho las Demandantes durante el procedimiento²⁶⁴- que el artículo 20.3 de dicho Convenio se opone a que un Estado pueda prohibir la renuncia a una nacionalidad al establecer que *“a nadie se privará*

²⁵⁹ El Tribunal de arbitraje no puede admitir el argumento de la parte demandada basado en el Convenio hispano-chileno sobre la doble nacionalidad según el cual *“la doble nacionalidad es un derecho y un privilegio una vez invocada en conformidad con el Convenio. Por su naturaleza de vínculo jurídico y político no es renunciable, pues, una vez ejercido el derecho, ya no solo mira el interés particular de quien lo ha invocado, sino también del Estado que concedió la nacionalidad”*. Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 30.

²⁶⁰ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p.466 y ss. y (Sr. Fernández).

²⁶¹ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 233 (Sr. Garcés).

²⁶² Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 233 (Sr. Garcés).

²⁶³ Esta Convención fue ratificada por Chile el 21 de agosto de 1990, pero obviamente no se aplica directamente a los nacionales españoles. Véase igualmente el argumento de la parte demandada, Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 40-41.

²⁶⁴ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p.227 (Sr. Garcés).

arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla".²⁶⁵ Como manifiestan las Demandantes,²⁶⁶ una norma similar se incluye en el artículo 1 de la Convención Panamericana de Río de Janeiro de 1906, que continúa vigente en Chile, el cual dispone que una persona con doble nacionalidad que restablezca su residencia en su país de origen y la mantenga durante más de dos años, abandona la segunda nacionalidad adquirida por naturalización si declara dicho abandono.²⁶⁷

314. Según el Tribunal de arbitraje y a pesar de la opinión contraria de algunos autores chilenos, que interpretan la decisión de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en un sentido opuesto, al parecer una de las razones por las que el legislador chileno incluyó expresamente el derecho a cambiar de nacionalidad era armonizar la Constitución chilena con la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y otras convenciones internacionales.²⁶⁸
315. En el fondo, la reforma no hace sino confirmar lo que siempre ha sido el espíritu del derecho chileno, incluso antes de la revisión de la Constitución, a saber, seguir la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y permitir la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena.
316. La reforma de 2005 del artículo 11 de la Constitución chilena no hace sino añadir la exigencia formal de que, para poder renunciar de forma válida a la nacionalidad chilena, la

²⁶⁵ El Tribunal de arbitraje no puede admitir el argumento de la parte demandada, según el cual el derecho a cambiar de nacionalidad no comprende el derecho a renunciar a la nacionalidad (véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 463 (Sr. Fernández), al menos en los casos en que la renuncia no conduce a que la parte que renuncia quede en condición de apátrida).

²⁶⁶ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada el 18 de septiembre de 1999, pp. 65 y 66; transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 238 (Sr. Garcés).

²⁶⁷ Anexo C-27. Este artículo establece que: "Si un ciudadano nativo de cualquiera de los países firmantes de la presente Convención y naturalizado en otro de éstos, renovase su residencia en el país de su origen, sin intención de regresar a aquél en el cual se hubiera naturalizado, se considerará que reasume su ciudadanía originaria y que renuncia a la ciudadanía adquirida por dicha naturalización. [...]"

²⁶⁸ La parte demandante confirmó el impacto que tuvieron estas convenciones internacionales en el marco de la reforma constitucional en Chile, sin por ello mostrarse de acuerdo con la conclusión de que dicha reforma demostraría la validez de una renuncia a la nacionalidad chilena. Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 461 (Sr. Fernández): "[...] también el presidente tuvo a la vista diversos instrumentos internacionales que Chile había suscripto, y se quiso poner al día nuestra Constitución en relación con esos instrumentos dentro de los cuales se encuentra precisamente la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

parte que renuncia debe presentar esta renuncia ante un funcionario chileno competente, exigencia que no existía anteriormente.²⁶⁹

317. Cabe recordar que el 16 de septiembre de 1997, el señor Pey Casado había presentado en el Consulado de España en Mendoza (Argentina) una declaración de renuncia “*en el caso de que la Administración chilena requiriera la renuncia formal*”. El 4 de agosto de 1998, el señor Pey Casado fue inscrito, por ende, como extranjero en el Registro Civil chileno; un acto oficial que implica el reconocimiento de la renuncia por parte del Estado de Chile.²⁷⁰
318. Sin embargo, no es seguro que un reconocimiento por parte del Estado demandado, por significativo que sea éste, sea indispensable para que sea tomado en consideración por el Tribunal de arbitraje. Éste último debe, sin duda, basarse antes que nada en el derecho público chileno aplicable a la cuestión de la nacionalidad, y es precisamente lo que ha hecho a la vista de los alegatos y pruebas de las partes, para concluir que dicho derecho permitía la renuncia voluntaria, salvo en el caso de que ésta diera lugar a una condición de apátrida.
319. Independientemente de ello, cabe recordar que, si en derecho internacional, el derecho aplicable a la nacionalidad de un Estado determinado es, en principio, el derecho de dicho Estado, el juez o árbitro internacional está facultado, no obstante, para apreciar su contenido y sus efectos, como se indica, por ejemplo, en el laudo dictado por un tribunal CIADI en el caso *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* de 7 de julio de 2004.²⁷¹ En el laudo *Soufraki*, el Tribunal de arbitraje, llamado a pronunciarse, como en el presente caso, sobre su competencia en cuanto a la nacionalidad de la parte demandante, declaró tras recordar

²⁶⁹ Véase el alegato de las partes demandantes, transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 465 (Sr. Garcés).

²⁷⁰ Al parecer, este reconocimiento formal de la condición de extranjero (no chileno) del señor Pey Casado por parte de un funcionario público (véase el Decreto N.º 597 de 14 de junio de 1984 – Reglamento de extranjería) molestó al Ministerio del Interior Chileno, el cual inició gestiones el 23 de junio de 1999 –es decir, durante el presente procedimiento arbitral– para hacer anular la inscripción alegando que el funcionario del Registro Civil carecía de competencia para proceder a tal inscripción. Al igual que otras gestiones o manipulaciones a las que las partes en el arbitraje creen deber o poder recurrir *pendente lite* para influir sobre el rumbo del procedimiento o sobre el Tribunal de arbitraje (véase, por ejemplo, la Decisión N.º 43 de 28 de abril de 2000, o las tentativas para obtener de Madrid una interpretación favorable y común de un tratado bilateral), tales actos no hacen más que provocar inevitablemente el escepticismo de los árbitros.

²⁷¹ El Comité *ad hoc* que se ocupó de la cuestión rechazó por mayoría una solicitud de anulación de la decisión mediante decisión de 5 de junio de 2007 (véase *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, asunto CIADI N.º ARB/02/7, decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación del señor Soufraki, 5 de junio de 2007, párrafo 139).

que, en derecho internacional, la nacionalidad es materia de reserva y que la legislación de cada Estado determina su adquisición o pérdida, lo siguiente:

*“...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”.*²⁷²

320. Esta facultad de apreciación está de acuerdo, asimismo, con el espíritu del Convenio CIADI y de su artículo 25(2)(a). De conformidad con el comentario de Christoph Schreuer, un inversionista que posea doble nacionalidad no puede tener acceso al sistema CIADI a menos que renuncie a la nacionalidad del Estado demandado antes de otorgar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, la validez de esta renuncia se aprecia en principio con arreglo a la legislación nacional de dicho Estado, en el entendido, no obstante, que el derecho nacional en cuestión no es vinculante en todos los casos para un tribunal internacional.²⁷³ En relación con el supuesto de que el Estado receptor desee imponer su nacionalidad al inversionista, el Profesor Schreuer señala:

*“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, págs. 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”.*²⁷⁴ (texto subrayado por nosotros)

²⁷² *Ídem*, párrafo 55.

²⁷³ “[...] 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 [...]” Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 272, párrafo 446. Véase la sentencia antes citada del CIADI, en el asunto Soufraki.

²⁷⁴ *Op. cit.*, p. 267 párrafo 430. Las partes demandantes recordaron en este contexto y con toda razón que los redactores del Convenio CIADI habían llegado a la conclusión de que un Tribunal de arbitraje no debía permitir que un Estado imponga su nacionalidad para evadir su obligación de someterse al CIADI. Véase el Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 24, que hace referencia a *History*, vol II, pp. 582,

321. El siguiente pasaje del mismo autor resulta particularmente significativo o pertinente, pues demuestra que los redactores del Convenio del CIADI eran conscientes del riesgo de que un Estado receptor utilice su derecho interno en materia de nacionalidad de modo interesado o abusivo:

*“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 Centre (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”.*²⁷⁵

322. Así pues, corresponde al Tribunal de arbitraje valorar el contenido y los efectos del derecho chileno sobre la nacionalidad y aplicarlo en el presente caso. Al así hacerlo, el Tribunal debe concluir de lo anterior que una renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena es válida cuando la parte que renuncia tiene la doble nacionalidad, renuncia cuya realidad ha sido demostrada por la primera parte demandante.
323. Por las razones antes mencionadas, el Tribunal de arbitraje estima que no está en condición de admitir la excepción de incompetencia basada en el argumento de que la primera parte demandante poseía en la fecha pertinente la nacionalidad chilena.

658, 705, 868, 874, 876-5 y 877. Véase igualmente la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 62 y ss.; exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 96. Véanse igualmente las observaciones del Tribunal de arbitraje en su Resolución de 8 de mayo de 2002, pp. 38 y 39. El Tribunal de arbitraje señala la opinión divergente del profesor Dupuy, que en su informe experto escribe: *“Aparece evidente, en efecto, que los trabajos preparatorios se preocupan del escenario en que el Estado anfitrión impusiera su nacionalidad al inversionista extranjero. Los trabajos preparatorios no tratan acerca de la situación observada en el presente caso, que es la inversa, puesto que encontramos allí al nacional del Estado anfitrión de la inversión intentando deshacerse de su nacionalidad con el objeto de acceder a un arbitraje internacional de otro modo inaccesible”*. (Informe experto del Profesor Pierre-Marie Dupuy, presentado en apoyo del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 30; véase igualmente el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 286 y 287). En cambio, el Tribunal de arbitraje estima que una prohibición de la renuncia a una nacionalidad (en caso de que dicha renuncia no dé lugar a la condición de apátrida) equivale a la imposición de la nacionalidad por parte del Estado.

²⁷⁵ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, 2001, p. 272, párrafo 447.

C. El requisito del consentimiento

324. Puesto que el consentimiento del Estado al arbitraje estaría dado por el APPI, conviene verificar si se reúnen las condiciones de aplicación del APPI.

325. Las partes han debatido detenidamente los siguientes puntos: el requisito de inversión de acuerdo al APPI, el requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI, la competencia *ratione temporis* de acuerdo al APPI y el ejercicio de la opción irrevocable (*fork in the road*) contenida en el APPI. El Tribunal examinará cada uno de estos puntos.

1. El requisito de inversión de acuerdo al APPI

326. Antes de exponer su análisis y sus conclusiones sobre el requisito de inversión de acuerdo al APPI, el Tribunal expondrá la posición de las partes a este respecto.

a) Posición de las partes

i. *Posición de la parte demandada*

327. La Demandada considera que la transacción efectuada por el señor Pey Casado no satisface ninguna de los requisitos relativos a la inversión establecidas en el APPI y, en particular, en los artículos 1.2 y 2.2 y el preámbulo del Acuerdo, mencionado como medio de interpretación de las disposiciones del Acuerdo.

328. De acuerdo con el Estado demandado, que se basa en este aspecto en el informe del Profesor Dolzer, “para que una inversión esté protegida por el APPI entre Chile y España, el texto del mismo requiere que la inversión cumpla, entre otras cosas, los tres requisitos siguientes: 1) los activos que constituyen la inversión deben haber sido adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión, 2) la inversión debe involucrar una transferencia de capital hacia el Estado receptor de la inversión y 3) la inversión debe calificarse como inversión de un inversionista de una Parte Contratante ‘en el territorio de la otra’”.²⁷⁶

329. El primer requisito que establece el artículo 1.2 del APPI, impondría la conformidad con la legislación especial relativa a inversiones extranjeras, lo que confirmaría el artículo 2.2 del

²⁷⁶ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 154 e informe del Profesor Dolzer, párrafo 41.

APPI, al exigir que la transacción en controversia constituya una “*inversión extranjera*” en virtud de la normativa chilena en vigor en 1972. El segundo requisito supondría la existencia de una transferencia de capitales hacia el interior del Estado receptor procedente del extranjero.²⁷⁷ El acta de las reuniones técnicas que tuvieron lugar entre los representantes de Chile y de España los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998, corroboraría este análisis al indicar “*en el párrafo tercero del preámbulo, la expresión ‘inversiones’ se refiere a la transferencia de capitales hacia el país receptor de la inversión, esto es, supone un ingreso de activos en el territorio de la Parte Contratante receptora de la inversión*”.²⁷⁸ La Demandada añade que esta condición se incorpora a menudo en los APPI en los que Chile es parte y se utiliza frecuentemente como criterio para definir el concepto de inversión extranjera. Por último, el tercer requisito consistiría simplemente en exigir que la inversión sea una inversión extranjera.

330. En vista de que los fondos transferidos por el señor Pey Casado jamás ingresaron a Chile, no podría considerarse como una transferencia de capitales hacia el Estado receptor de la inversión. Además, como no se ha demostrado que los fondos hayan sido transferidos por un inversionista de la otra parte contratante con el fin de comprar las acciones de una sociedad chilena, la supuesta inversión del señor Pey Casado no calificaría de inversión de un inversionista de una de las partes contratantes “*en el territorio de la otra*”.²⁷⁹
331. El argumento de las Demandantes según el cual en Chile no existe una definición del concepto de inversión extranjera sería inexacto. De modo similar sería igualmente erróneo afirmar, como hacen las Demandantes, que la normativa que regía las inversiones extranjeras en Chile en 1972 era facultativa y que, por consiguiente, podían existir inversiones extranjeras no registradas como tales ante las autoridades competentes.
332. Para la Demandada no es suficiente que una inversión pueda calificarse de extranjera “*de una manera o de otra*”. En aplicación de los artículos 1.2 y 2.2 del APPI, en 1972 una inversión extranjera habría debido ser aprobada y registrada como tal de conformidad con la normativa pertinente, en este caso la reglamentación derivada de la Decisión N. ° 24 de

²⁷⁷ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 152 y 153. La parte demandada invoca el preámbulo del APPI, así como los artículos 1.2 y 6 para fundamentar su análisis.

²⁷⁸ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 153.

²⁷⁹ *Ídem*, p. 156.

la Comisión del Acuerdo de Cartagena (en lo sucesivo “*Decisión N.º 24*”), que entró en vigor en Chile mediante los Decretos N.º 482 y N.º 488 de 1971.²⁸⁰ Las inversiones que, como la del señor Pey Casado, no se hubieran efectuado con arreglo a la legislación sobre la aprobación de inversiones extranjeras, vigente en ese momento en Chile, se encontrarían fuera del ámbito de aplicación del APPI.

333. De acuerdo con la Demandada, la Decisión N.º 24 habría entrado en vigor en Chile mediante el Decreto Supremo N.º 482 de 25 de junio de 1971. Si bien la *Contraloría General de la República*²⁸¹ anuló dicho decreto, el Presidente de la República adoptó el decreto de insistencia N.º 488 de 29 de junio de 1971, en virtud de un poder conferido en aquel entonces al Presidente de la República que le permitía hacer caso omiso de la oposición de la *Contraloría*, cosa que las Demandantes no mencionan en su argumentación. En virtud de este segundo decreto, que retoma el contenido del Decreto N.º 482, el 30 de junio de 1971 entró en vigor el Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, aprobado mediante la Decisión N.º 24. Esta última habría sido aplicable entre el 30 de junio de 1971 y el 13 de julio de 1974 “*al menos*”, fecha en que entró en vigor la nueva normativa impuesta por el Decreto ley N.º 600.
334. La Demandada subraya que la fecha de entrada en vigor de la Decisión N.º 24 por medio de los Decretos N.º 482 y N.º 488 fue confirmada por la prensa chilena y numerosos organismos, como el Consejo de Defensa del Estado, el Servicio de Impuestos Internos, el Gobierno chileno, la Asamblea del Acuerdo de Cartagena y la Comisión del Acuerdo de Cartagena.
335. Asimismo, la Decisión N.º 24 habría entrado en vigor en el plano internacional el 13 de julio de 1971, cuando Ecuador notificó al Consejo del Acuerdo de Cartagena la promulgación del decreto de incorporación de la Decisión N.º 24. La afirmación según la cual la Decisión N.º 24 no habría entrado en vigor en el plano internacional hasta el 15 de septiembre de 1973 carecería de fundamento. El hecho de que la Corte Suprema de Colombia haya anulado el decreto de incorporación de la Decisión N.º 24 no cambiaría en

²⁸⁰ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 166.

²⁸¹ La parte demandada define la Contraloría como “*el organismo que, de acuerdo con la Constitución Política, debe velar por la legalidad de los actos de la Administración*” (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 166).

absoluto el hecho de que el Estado colombiano había cumplido con las formalidades necesarias para su entrada en vigor el 5 de julio de 1971.

336. El Decreto N.º 258 sobre el estatuto del inversionista no sería aplicable, en contra de lo que pretenden las Demandantes. El artículo 2 del Decreto N.º 482 establecía que “*quedan derogadas las disposiciones de cualquiera naturaleza que sean contrarias o incompatibles con el régimen establecido en el artículo primero del presente decreto*”,²⁸² lo que permitiría concluir que “*todas las inversiones realizadas en 1972 [...] habrían sido regidas principalmente por la Decisión N.º 24 y no por el Decreto N.º 258*”.²⁸³
337. Ahora bien, de acuerdo con la Demandada, la transacción realizada por el señor Pey Casado en 1972 no satisface las condiciones exigidas por la Decisión N.º 24 aplicable en ese momento.
338. La inversión extranjera directa se definía como “*los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o empresas extranjeras [...]*”,²⁸⁴ el señor Pey Casado no habría podido efectuar nunca una inversión extranjera de acuerdo a la Decisión N.º 24, ya que el interesado era en ese momento nacional chileno.²⁸⁵ El argumento de las Demandantes según el cual la Decisión N.º 24 no definía las inversiones extranjeras quedaría desmentida por el propio texto de su artículo 1.
339. La Demandada deduce igualmente de esta disposición que la Decisión N.º 24 exigía una transferencia de capitales del extranjero al territorio chileno. Puesto que el señor Pey Casado realizó las transferencias de fondos en Europa y en dólares estadounidenses, tampoco se habría cumplido el segundo criterio previsto en la Decisión N.º 24.
340. Por último, la Decisión N.º 24 establece un sistema de autorización previa de la inversión por parte del organismo nacional competente²⁸⁶ y de registro obligatorio ante ese mismo

²⁸² Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 173, y el Anexo 9 al informe del señor Santa María.

²⁸³ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 172.

²⁸⁴ Artículo 1 de la Decisión N.º 24.

²⁸⁵ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 174 y 175.

²⁸⁶ La demandada señala que el artículo 2 de la Decisión N.º 24 preveía, en particular, que “todo inversionista extranjero que desee invertir en alguno de los países miembros deberá presentar su solicitud ante el organismo nacional competente, el cual, previa evaluación, la autorizará cuando corresponda a las prioridades de desarrollo del país receptor” (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 176).

organismo.²⁸⁷ Estas obligaciones estarían relacionadas con el plan de participación nacional contemplado en la Decisión N.º 24 con el fin de lograr “*una participación creciente del capital nacional en las empresas extranjeras existentes o que lleguen a establecerse en el territorio de los países miembros*”.²⁸⁸ La Decisión N.º 24 incluiría igualmente prohibiciones concretas especialmente en lo relativo a la adquisición de acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales e inversión en determinados sectores de la actividad económica, tales como la prensa, reservados a las empresas nacionales. En opinión de la Demandada, es erróneo el argumento de las Demandantes que considerara el Régimen Común de Tratamiento de Capitales Extranjeros como un régimen facultativo, como demostrarían numerosas disposiciones de la Decisión N.º 24.

341. La Demandada resume el conjunto de elementos que debe examinar el Comité de Inversiones Extranjeras (“*organismo nacional competente*” establecido en la Decisión N.º 24) antes de autorizar y registrar una inversión extranjera en los siguientes términos:

*“una vez presentada la solicitud de inversión extranjera, el Comité de Inversiones Extranjeras debía hacer un examen de la misma y determinar si la inversión extranjera propuesta: i) contemplaba las prioridades de desarrollo del país, ii) se pretendía realizar en una actividad que no se considerase adecuadamente atendida por empresas existentes, iii) no consistiera en una adquisición de acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas nacionales, iv) contemplara un régimen de participación nacional progresiva, v) no invadiera sectores de actividad económica que los países miembros hubiesen reservado para las empresas nacionales, públicas o privadas, como, por ejemplo, la propiedad de diarios, revistas, escritos periodísticos, previsto en el artículo 5 de la ley 16.643 sobre Abuso de Publicidad, y vi) no contraviniera las prohibiciones expresas de inversión extranjera previstas en la Decisión N.º 24 (en ciertas industrias y/o sectores, como las empresas de transporte interno, publicidad, radio emisoras comerciales, estaciones de televisión, periódicos, revistas, etc.)”.*²⁸⁹

²⁸⁷ La parte demandada cita el artículo 5 de la Decisión N.º 24, en virtud del cual “toda inversión extranjera directa se registrará ante el organismo nacional competente junto con el convenio en que se determinen las condiciones de la autorización. El monto de las inversiones se registrará en moneda libremente convertible” (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 176).

²⁸⁸ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 177, y el Anexo C-100 o anexo 16 al informe del señor Sainte Marie. La parte demandada indica que dicho plan debía exponerse en la solicitud de autorización presentada por el inversionista extranjero.

²⁸⁹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 179-180.

342. De lo expuesto anteriormente, la Demandada concluye que “si el señor Pey Casado hubiese presentado en calidad de extranjero una solicitud para la admisión de una inversión extranjera en Chile, consistente en la adquisición de acciones de la empresa periodística chilena CPP S.A., la misma habría sido rechazada in limine por el Comité de Inversiones Extranjeras”, por contravenir lisa y llanamente los artículos 3, 38 y 43 de la Decisión N° 24.²⁹⁰
343. La parte demandada precisa que el Comité de Inversiones Extranjeras, organismo encargado de aplicar las disposiciones de la Decisión N.º 24, habría sido designado por el Presidente Allende, de manera transitoria, en una carta²⁹¹ remitida a la Junta del Acuerdo de Cartagena.²⁹²
344. Por otro lado, la Demandada sostiene que la regulación cambiaria (Decreto N.º 1272), invocada por las Demandantes, no sería de aplicación a la supuesta transacción realizada por el señor Pey Casado, ya que dicha normativa sólo es aplicable a los ingresos de divisas a Chile.²⁹³ En cualquier caso, si la transacción en controversia hubiera entrañado un ingreso de divisas a Chile, habría sido necesaria una autorización expresa del Comité de

²⁹⁰ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 181.

²⁹¹ Esta carta habría sido conservada por el sucesor de la Asamblea del Acuerdo de Cartagena, la Secretaría General de la Comunidad Andina (véase la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003) y demostraría que en efecto se había designado el organismo nacional competente para aplicar las disposiciones de la Decisión N.º 24).

²⁹² Véase la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 93 y ss. La Demandada rechaza las acusaciones de las Demandantes según las cuales podría haber presentado documentos falsos, y remite a los Anexos 6 y 7 a la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003 para demostrar la autenticidad de los documentos presentados (véase también la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 30 a 31).

²⁹³ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 182-184. La Demandada sostiene que los estatutos del Fondo Monetario Internacional carecen de cualquier relación directa con la cuestión de la inversión extranjera, en contra de lo que pretenden las Demandantes (v. *Ibidem*, p. 182). Explica también que, a pesar del carácter optativo de las disposiciones del Decreto N.º 258, “antes de la Decisión N.º 24 un inversor no podía simplemente realizar una inversión extranjera en Chile sin registrarla ya sea de conformidad con el Decreto N.º 258 o con el Decreto N.º 1272” (véase la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 36). En cualquier caso, las Demandantes invocan erróneamente el Decreto N.º 1272, ya que esta normativa no posee un carácter optativo (la Demandada remite al artículo 3 del Decreto ley) y “no trata sobre la inversión extranjera, sino sobre operaciones de cambio internacionales” (la Demandada modificó su argumento a este respecto, ya que en su Memorial de Réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, deducía del artículo 14 del Decreto N.º 1272 que “la transferencia de capitales constituía una exigencia fundamental para que hubiera una inversión extranjera” (p. 88)). En opinión de la Demandada “resulta evidente que la pretendida adquisición de acciones de la sociedad CPP SA no constituía una operación de cambio internacional”. Así pues, el Decreto ley N.º 1272 no sería pertinente en el presente caso. Por último, si el Tribunal concluyese que la Decisión N.º 24 había entrado en vigor en 1972, sería inútil examinar los Decretos ley N.º 258 y 1272, ya que la Decisión N.º 24 excluía cualquier otra normativa en materia de inversiones extranjeras (véase la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 38).

Inversiones Extranjeras conforme al artículo 2 de la Decisión N.º 24. La obligación de obtener la autorización sería independiente de la inscripción en el Banco Central de Chile prevista en el artículo 14 de la Ley de Cambios Internacionales, contrariamente a lo que pretenden las Demandantes. La parte demandada estima, citando a uno de los expertos por ella consultados, que “*a partir de la entrada en vigor en Chile de la Decisión N.º 24, la Ley de Cambios Internacionales (Decreto 1272) pasó a ser inaplicable respecto de los capitales que se ingresaban a Chile con fines de realizar una inversión extranjera*”. Argumenta que “*la Decisión N.º 24 se aplicaba de forma única y exclusiva [a los ingresos de divisas]*” y “*requería una autorización expresa por parte del Comité de Inversiones Extranjeras*”.²⁹⁴ Una transacción realizada sin autorización previa habría sido ilícita y sancionada con una multa. Las Demandantes nunca habrían demostrado que el señor Pey Casado había obtenido la autorización requerida por la normativa en vigor.

345. En resumen, la Demandada considera que las Demandantes se encuentran ante un dilema irresoluble: “por un lado, si en 1972 el señor Pey era un extranjero, no hubiese podido haber realizado la inversión que alega, o por lo menos no hubiese podido hacerlo de conformidad con la legislación vigente en Chile relativa a las inversiones extranjeras, que prohibía tales inversiones en periódicos nacionales (como lo era El Clarín); por el contrario, si era chileno, estaríamos no ante una inversión extranjera, sino (por definición) ante una inversión nacional”.²⁹⁵ Tanto en un caso como en el otro, la inversión del señor Pey Casado no habría podido calificarse de inversión extranjera de conformidad con la legislación chilena vigente en 1972 y quedará excluida del ámbito de aplicación del APPI.

ii. *Posición de las partes demandantes*

346. De acuerdo con las Demandantes, la transacción efectuada por el señor Pey Casado satisfecería las condiciones contempladas en el APPI y, en particular, en sus artículos 1.2 y 2.2, por lo que debería ser considerada como inversión extranjera de conformidad con la legislación chilena vigente en 1972.²⁹⁶

²⁹⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 183-184.

²⁹⁵ *Ídem*, p. 186.

²⁹⁶ Véase el Memorial de las partes demandantes de 22 de marzo de 1999, p. 28 y ss., y la réplica a la respuesta de la República de Chile al Memorial de contestación en el que se refuta la declinatoria de competencia, de 7 de febrero de 2000, p. 30 y ss.

347. Las Demandantes sostienen, asimismo, que el APPI no prevé procedimiento alguno de autorización o registro de las inversiones. Su artículo 6 únicamente dispone que cada parte otorgará a la otra la posibilidad de transferir libremente la remuneración recibida por los nacionales de uno de los Estados partes, que hayan obtenido las autorizaciones correspondientes de la otra parte. No contempla ninguna restricción parecida para las transferencias de capitales extranjeros.
348. De conformidad con la normativa del FMI, el concepto de “*transferencia de capitales*” debe entenderse como la exportación del capital invertido hacia el exterior del Estado receptor de la inversión. Las directivas del Banco Mundial utilizan una definición similar. De acuerdo con las Demandantes, los términos “*transferencias de capitales*” utilizados en el APPI entre Chile y España deberían interpretarse en este sentido. El concepto de “*transferencias de capitales*”, que se emplea primero en el preámbulo del acuerdo, se precisa en el artículo 6 relativo a la posibilidad de transferir libremente los ingresos de las inversiones realizadas en el territorio del Estado receptor. La tesis del Estado demandado, consistente en definir la transferencia de capitales, a partir del preámbulo del APPI, como la introducción de capitales al territorio chileno, sería incorrecta. En todo caso, los artículos del APPI deberían prevalecer sobre la formulación menos específica del preámbulo.
349. Las Demandantes subrayan igualmente que, cuando el Estado chileno desea establecer restricciones a las transferencias de capitales, el texto del tratado así lo prevé de forma expresa, como es el caso del APPI entre Chile y Malasia. En el presente caso, el artículo 4 del APPI prevé simplemente que los inversionistas españoles recibirán un trato idéntico al que reciben los chilenos. La obtención del acta de las reuniones técnicas de los meses de septiembre y octubre de 1988 no permitiría a la Demandada imponer *a posteriori* limitaciones a la admisión de capitales extranjeros no contempladas en el APPI, ya que dicha acta carece de valor y, además, el Estado demandado la interpreta de forma incorrecta.
350. Las Demandantes consideran igualmente que la inversión realizada por el señor Pey Casado satisface los requisitos relativos al respeto de la legislación chilena vigente en 1972, previstos en los artículos 1.2 y 2.2 del APPI.
351. Según las Demandantes, en 1972 el derecho chileno no contemplaba una definición de inversión extranjera, lo que permitía una gran libertad a los inversionistas. El carácter

“extranjero” de una inversión dependía “esencialmente del origen de las divisas y del pago en divisas extranjeras”²⁹⁷ y en ningún caso la nacionalidad del inversionista habría sido considerada una condición necesaria para la existencia de una inversión extranjera. Ni el Decreto Ley N.º 258 de 30 de marzo de 1960, ni el Decreto Ley N.º 1272 de 7 de septiembre de 1961, invocados por la Demandada, contemplarían una definición de inversión extranjera. Ninguno de estos dos textos introduciría una restricción basada en la nacionalidad del inversionista. El Decreto Ley N.º 600 de 1974, posterior a la inversión del señor Pey Casado, tampoco definiría lo que se entiende por inversión extranjera.²⁹⁸

352. En opinión de las Demandantes, la Demandada buscaría aplicar a la inversión del señor Pey Casado restricciones derivadas de la regulación cambiaria prevista en los Decretos ley N.º 258 y N.º 1272. Ahora bien, dicha interpretación sería incompatible con los estatutos del FMI. Toda vez que el régimen de control de cambios establecido por el FMI no es aplicable a la transacción realizada por el señor Pey Casado y que el objetivo de los Decretos ley N.º 258 y N.º 1272 consiste en organizar el control de cambios y la transferencia de capitales de conformidad con los estatutos del FMI, la Demandada mal podría pretender que la inversión efectuada por el señor Pey Casado habría violado la regulación cambiaria y, en particular, el Decreto Ley N.º 1272 y el Decreto Ley N.º 258.
353. Además, los dos decretos ley establecían regímenes optativos que ofrecían a ciertas categorías de inversionistas la posibilidad de beneficiarse de franquicias en el marco del régimen de control de cambios. Por otro lado, la lectura de los estatutos del FMI indicaría que el concepto de “transferencias de capitales” corresponde a “salidas de capitales” del Estado receptor. Las Demandantes concluyen que los dos decretos ley chilenos tenían por objeto regular la oferta de franquicias relativas al régimen de control de cambios para la transferencia de capitales hacia el exterior de Chile. El texto de estos dos decretos ley señalaría que era facultativo acogerse a sus beneficios, precisamente porque esta

²⁹⁷ Véase la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 33. Véase igualmente la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 52. En cambio, sería “importante” que la contrapartida del capital invertido se encuentre en Chile (respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la Demandada, de 18 de septiembre de 1999, p. 110).

²⁹⁸ Véase la respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 111 y 112. Las partes demandantes citan una obra de Roberto Mayorga, que señala que la principal fuente del derecho chileno en materia de inversiones extranjeras es el Decreto ley N.º 600 y que el concepto de inversión extranjera “no está expresamente conceptualizada en la legislación chilena”, a excepción de los APPI suscritos por Chile (Anexo D10).

reglamentación sólo se refería a las solicitudes de otorgamiento de franquicias con vistas a la exportación fuera de Chile del capital invertido en el espacio económico de este país.

354. Con el mismo fin de demostrar el carácter optativo de los regímenes de franquicias establecidos por los dos decretos ley, las Demandantes insisten en sus disposiciones y, en particular, en el artículo 1 del Decreto Ley N.º 258 y el artículo 14 del Decreto Ley N.º 1272. De acuerdo con el experto consultado por las Demandantes a este respecto “[l]a redacción de este Artículo [14], no mandatorio, deja espacio al inversionista para optar o no a dicha inscripción del capital. Al proceder así el inversionista español no tomó en ese momento posición respecto de las ‘franquicias’ contempladas en el citado Artículo 14 ni en el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) 258 del 30 de marzo de 1960, instrumento jurídico opcional que buscaba atraer a inversores extranjeros”.²⁹⁹ Las Demandantes sostienen, además, que el señor Pey Casado y el gerente del Banco Central en esa época, señor Jaime Barrios, habrían intercambiado correspondencia en 1972, en la que se indica que la inscripción de la inversión del señor Pey Casado en el Banco Central no era obligatoria.³⁰⁰
355. La parte demandada, cuya argumentación habría cambiado radicalmente en el Memorial de contestación de 3 de febrero de 2003, reconocería sin embargo el carácter facultativo de la aplicación de los Decretos Ley N.º 258 y N.º 1272, pero insistiría, en cambio, en el hecho de que la inversión del señor Pey Casado no satisface los criterios planteados por la Decisión N.º 24 que debería ser aplicada en este caso. Sin embargo, el argumento de la parte demandada no sería de recibo debido a que las condiciones necesarias para la entrada en vigor y la aplicación de la Decisión N.º 24 no se habían cumplido en el momento en que el señor Pey Casado efectuó su inversión.
356. Así pues, las Demandantes alegan que la aplicación de la Decisión N.º 24 dependía de su incorporación al derecho interno de cada uno de los Estados signatarios. Puesto que

²⁹⁹ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 56, y el informe del señor Alfonso Inostroza Cuevas, Presidente de la Junta y del Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile de 5 de noviembre de 1970 al 15 de mayo de 1973, p. 1 (Anexo C-44). Las partes demandantes sostienen que “[e]n el caso del artículo 14 concretamente, las franquicias consistían en tener acceso al mercado oficial de divisas, adquirir las divisas a un tipo de cambio preferencial, y reexportar parte o el total del capital aportado así como los intereses y beneficios que produjeran” (respuesta al escrito en apoyo de la incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, p. 110).

³⁰⁰ Las partes demandantes solicitaron al Estado demandado que presentara dicha correspondencia, pero este último no pudo localizarla (véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 59).

Colombia no adoptó el decreto por el que se incorpora la Decisión N.º 24 en su ordenamiento jurídico interno hasta el 15 de septiembre de 1973, dicha Decisión no podría haberse aplicado antes de esta fecha.

357. Las Demandantes subrayan también que la Decisión N.º 24 se publicó sólo en forma de decreto el 25 de junio de 1971. La legalidad de dicho decreto había sido impugnada en su momento por la *Contraloría*, la cual consideraba que la incorporación de la Decisión N.º 24 al derecho chileno requería de una ley. Sin embargo, el Ejecutivo había desestimado la decisión de la *Contraloría* “*mediante el recurso, legal, pero extraordinario*” del decreto de insistencia.³⁰¹ La lectura del Decreto N.º 746 indicaría, no obstante, que solamente en 1974 se puso término a “*la situación de legalidad dudosa que afectaba al Decreto N.º 482 de 25 de junio de 1971, motivo por el cual no era aplicado en lo que se refería a particulares*”.³⁰² Las Demandantes invocan también un acta de una sesión ordinaria de la Comisión del Grupo de Cartagena durante la cual se criticó la fragilidad jurídica del decreto de insistencia por el que se incorporaba la Decisión N.º 24.
358. El preámbulo del Decreto Ley N.º 600 de 11 de julio de 1974, que no menciona el Decreto N.º 482 de 25 de junio de 1971, pero que se refiere al Decreto ley N.º 1272 de 1961 y a los compromisos internacionales válidos obligatorios en Chile, demostraría que el Decreto N.º 482 no era aplicable en Chile en aquel entonces y que la Decisión N.º 24 no era de aplicación obligatoria para los particulares. El artículo 13 y el artículo 2 transitorio constituirían una prueba del carácter opcional del estatuto establecido por el Decreto ley N.º 600. El artículo 40 del Decreto Ley N.º 600, por el que se abroga el Decreto N.º 258 de 4 de abril de 1960, demostraría que era éste último el que se encontraba en vigor en 1972 y no el Decreto N.º 482. El Decreto Ley N.º 476 de 6 de noviembre de 1974 sería la primera norma con fuerza de ley en incorporar la Decisión N.º 24 al ordenamiento jurídico interno chileno.
359. En cualquier caso, la doctrina relativa a la Decisión N.º 24 y una serie de documentos oficiales del Grupo de Cartagena indicarían que la Decisión N.º 24 no habría sido aplicada efectivamente con anterioridad a 1974. La no aplicación de la Decisión N.º 24 en Chile

³⁰¹ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 63.

³⁰² Ídem, p.64

quedaría corroborada asimismo por el hecho de que el Estado demandado, representado por el Comité de Inversiones Extranjeras, no presentó ningún documento de esa época que demostrase que la Decisión N.º 24 se había aplicado, cuando dichos documentos deberían encontrarse en los archivos del órgano interesado, a saber, el Comité de Inversiones Extranjeras.³⁰³ La carta que la parte demandada pretende que proviene de Salvador Allende y en que designa el organismo nacional competente a los efectos de la Decisión N.º 24 no sería un documento auténtico y, por lo tanto, no podría constituir prueba convincente de la aplicación de la Decisión N.º 24 en Chile. Las Demandantes insisten especialmente en que la forma de presentación del documento, algunos aspectos de su redacción, así como la falta de prueba de su publicación oficial en Chile y de su consideración por parte de la Junta del Acuerdo de Cartagena lo despojarían de todo carácter probatorio.³⁰⁴ Las Demandantes concluyen que la Decisión N.º 24 no habría sido efectivamente aplicada en Chile con antelación a la expropiación del señor Pey Casado.

360. Incluso si, por circunstancias extraordinarias, las medidas necesarias para la aplicación efectiva de la Decisión N.º 24 en el marco del ordenamiento jurídico chileno se hubieran adoptado y aplicado, la Decisión N.º 24 no habría sido aplicable a la inversión del señor Pey Casado. En efecto, dicha Decisión introduciría una nueva condición bajo la legislación chilena, al exigir la nacionalidad extranjera del inversionista para que su inversión fuese calificada de inversión extranjera. Sin embargo, la Decisión N.º 24 *“por su propia naturaleza y finalidad, no podía aplicarse en 1972 a la inversión efectuada en Chile por un nacional español en calidad de beneficiario del Convenio sobre Doble Nacionalidad”*.³⁰⁵ Según las partes Demandantes, *“la característica principal de la ‘Decisión N.º 24’ era la de permitir que los inversores privados con nacionalidad chilena (o de algún otro país miembro del Grupo Andino), tomen el control progresivo de la mayoría del capital de una empresa originalmente extranjera”*.³⁰⁶

³⁰³ Véase la transcripción de la audiencia de 5 de mayo de 2003, pp. 142 a 143 y la transcripción de la audiencia de 7 de mayo de 2003, p. 14 y 15 (Sr. Garcés).

³⁰⁴ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 58 y 59 y la transcripción de la audiencia de 5 de mayo de 2003, pp. 144 a 145 (Sr. Garcés).

³⁰⁵ Transcripción de la audiencia de 5 de mayo de 2003, p. 140 (Sr. Garcés).

³⁰⁶ Véase exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 65.

361. Por otro lado, las Demandantes sostienen que la Ley sobre abusos de publicidad de 17 de julio de 1967, que limitaba la participación de accionistas extranjeros en las empresas del sector de los medios de comunicación, no podría invocarse contra el señor Pey, ya que las autoridades chilenas le reconocían el beneficio del Convenio de Doble Nacionalidad. En cualquier caso, el incumplimiento de las normas de posesión del capital tan solo habrían acarreado sanciones de carácter puramente administrativo.

362. En relación con estado del derecho chileno en 1972, las Demandantes concluyen que:

“la ley chilena permitía a los chilenos, al igual que a los extranjeros

- invertir en Chile capitales internacionales con libertad prácticamente total, sin distinguir entre inversores nacionales y extranjeros, ni tampoco respecto de los chilenos con residencia en Chile que invierten en capitales internacionales. Las derogaciones a esta libertad eran expresas y excepcionales. Chile no ha aportado la prueba de ninguna derogación aplicable a un inversor español que en 1972 hubiera beneficiado de las ventajas del Convenio de doble nacionalidad;*

- convenir en Chile y/o en el extranjero un contrato de compraventa de acciones de una sociedad situada en Chile, cuya ejecución podía tener lugar en el extranjero y cuya moneda del contrato y del pago podía ser una divisa extranjera;*

- ninguna norma interna prohibía convenir en el extranjero el pago en divisas, igualmente en el extranjero, el precio de venta de las acciones de una sociedad chilena;*

- ninguna norma interna hacía depender la calidad de inversión extranjera del destino que el vendedor hubiera podido dar al precio recibido [...]”³⁰⁷*

363. Las Demandantes añaden que la inversión realizada por el señor Pey Casado sería igualmente compatible con la normativa actual en materia de inversiones extranjeras en Chile. Como ejemplo citan los *American Depositary Receipts*, que permiten adquirir y vender acciones de sociedades chilenas en el mercado bursátil de Nueva York, lo que demostraría, en contra de lo afirmado por la parte demandada, que un inversionista no tiene la obligación de efectuar el pago del precio de su inversión en el territorio del Estado receptor a los efectos del APPI o de la legislación chilena en vigor en 1972.

³⁰⁷ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, pp. 49 y 50.

364. A título subsidiario, las Demandantes invocan la cláusula de nación más favorecida y el APPI entre Bélgica y Chile, el cual no exige que las inversiones realizadas antes de su entrada en vigor tengan la calidad de inversión extranjera según la legislación de la parte interesada.

b) Conclusiones del Tribunal

365. Antes de exponer el análisis y las conclusiones del Tribunal convendría recordar las disposiciones pertinentes del APPI entre Chile y España.

366. En su segundo párrafo, el artículo 1 del APPI define el término “*inversiones*” de la siguiente manera:

“Por ‘inversiones’ se designa 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, aunque no exclusivamente, los siguientes:

Acciones y otras formas de participación en sociedades.

Créditos, valores y derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados.

Bienes muebles e inmuebles, así como todo tipo de derechos relacionados con los mismos.

Todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación y ‘know-how’.

Derechos para realizar actividades económicas comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.”

367. En sus dos primeros párrafos, el artículo 2 del APPI establece lo siguiente:

“1. Cada Parte fomentará, en la medida de lo posible, las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte y admitirá estas inversiones, conforme a sus disposiciones legales.

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.”

368. La formulación del artículo 1.2 refleja una concepción amplia del concepto de inversión. El Tribunal observa, en primer lugar, que la adquisición de los títulos de CPP S.A. y EPC Ltda. se encuentra cobijada por la definición de inversión que figura en el artículo 1.2, al tratarse de una inversión en “*acciones y otras formas de participación en sociedades*”. La única condición que establece este artículo es que esta adquisición se realice de conformidad con el derecho del Estado receptor.
369. El artículo 2.2 precisa que las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del APPI no se beneficiarán de la protección de este último, salvo que puedan calificarse de inversiones extranjeras bajo la legislación del Estado receptor. El Tribunal considera que la legislación a la que se refiere el APPI es la legislación chilena vigente en el momento en que se realizó la inversión, es decir, en 1972.
370. Para que el APPI sea aplicable a una transacción efectuada en 1972, es necesario que la transacción en controversia corresponda a la definición de inversión que figura en el artículo 1.2 del APPI, y que sea calificable como inversión extranjera de acuerdo a la legislación chilena aplicable en aquel entonces.
371. Al invocar el preámbulo del APPI, la Demandada sostiene, sin embargo, que la transacción debe implicar una transferencia de capitales procedente del extranjero hacia el interior del territorio chileno.
372. El segundo párrafo del preámbulo está formulado en los siguientes términos:

“Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversionistas de cada una de las partes en el territorio de la otra que impliquen transferencias de capitales [...]”

373. Según la Demandada, la exigencia de transferir capitales procedentes del Estado del inversionista hacia el interior del Estado receptor, que se menciona en el preámbulo del APPI, debería distinguirse de la facultad que tiene el inversionista para sacar del Estado receptor de su inversión los capitales que haya invertido en él, facultad prevista en el

artículo 6 del APPI con el epígrafe “*Transferencia*”.³⁰⁸ Las Demandantes consideran, por el contrario, que el artículo 6 no hace sino explicitar el sentido del término “*transferencia*” utilizado en el preámbulo y que el concepto de transferencia de capitales sólo puede designar una transferencia hacia el exterior del Estado receptor, de conformidad con los estatutos del FMI.³⁰⁹

374. La interpretación del acuerdo que hace la Demandada equivale a imponer un criterio suplementario en la definición del término “*inversiones*” con el preámbulo como único fundamento. Ahora bien, si bien el preámbulo puede esclarecer el sentido de las disposiciones del artículo del Acuerdo, no puede por sí solo establecer una condición suplementaria que no figure en el cuerpo del Acuerdo.
375. En el presente caso, los artículos 1.2 y 2.2 no plantean especiales dificultades de interpretación. El preámbulo, compuesto de tres párrafos breves redactados en términos sumamente generales, refleja esencialmente el deseo de crear condiciones favorables para la inversión entre los dos Estados partes. Resulta evidente que estos tres párrafos no contienen ninguna disposición sustantiva susceptible de crear condiciones suplementarias para el otorgamiento de la protección que ofrece el APPI. Si el Tribunal aceptase la interpretación de la Demandada, consagraría una interpretación particularmente restrictiva del término inversión de acuerdo a los artículos 1.2 y 2.2 del APPI, contraria a la letra y el espíritu del preámbulo. Esta decisión sería evidentemente contraria al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.
376. El Tribunal desea precisar que la interpretación de los términos del preámbulo³¹⁰ y del artículo 2.2,³¹¹ que figura en el acta de las reuniones técnicas celebradas los días 29 y 30 de

³⁰⁸ El artículo 6 del APPI establece en su parte pertinente que “cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la posibilidad de transferir libremente las rentas de esas inversiones y otros pagos relacionados por las mismas, y en particular, pero no exclusivamente [...]”.

³⁰⁹ Las partes demandantes precisan, no obstante, que el APPI puede “[*cubrir*] otras modalidades de inversión, a fin de crear ‘condiciones favorables’” (Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 73).

³¹⁰ “En el párrafo tercero del preámbulo, la expresión ‘Inversiones’ se refiere a la transferencia de capitales hacia el país receptor de la inversión, esto es, supone un ingreso de activos en el territorio de la Parte contratante receptora de la inversión. En este sentido y según lo establece dicho preámbulo, el Acuerdo tiene como objeto principal proteger y fomentar las inversiones que impliquen transferencia de capitales” (transcripción de las reuniones técnicas de los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998 entre España y Chile (Anexo 15 al Memorial de incompetencia de la Demandada del 20 de julio de 1999)).

septiembre y 1 de octubre de 1998 entre España y Chile, y organizadas a petición de este último, no aportan argumento alguno a favor de la Demandada.

377. En efecto, la iniciativa de la Demandada destinada a organizar un encuentro entre los representantes de los dos Estados partes en el Acuerdo a fin de llegar a un entendimiento sobre la interpretación de algunos de sus términos, tuvo lugar después de la presentación de la Solicitud de arbitraje (3 de noviembre de 1997) y de su registro (20 de abril de 1998). Este acto es incompatible con lo dispuesto en el artículo 10.6 del APPI, que impone a los Estados partes abstenerse “*de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieran sido concluidos*”. Resulta evidente que la interpretación del preámbulo y del artículo 1.2 del APPI cae bajo la categoría de “*argumentos concernientes al arbitraje*” tratados después del inicio del procedimiento. Por consiguiente, el Tribunal no tomará en consideración la interpretación que figura en el acta objeto de controversia, sin que ello implique prejuzgar el fundamento de dicha interpretación.
378. El Tribunal señala también que la interpretación de las Demandantes consiste en limitar el alcance de los términos “*transferencias de capitales*”, sin ofrecer una verdadera justificación para ello. En conjunto, el Tribunal no ve en la argumentación de las partes ningún motivo convincente que permita deducir del preámbulo una restricción relacionada con el tipo de transferencia de capitales que podría realizar un inversionista. Tampoco ve motivo alguno para aplicar dicha restricción a las disposiciones sustantivas del Acuerdo y, en particular, a los artículos 1.2 y 2.2.
379. En cambio, resulta claro que los artículos 1.2 y 2.2 del APPI exigen del inversionista que efectúe una inversión que ésta sea conforme a la legislación chilena en vigor en esa época y, en el caso de las inversiones ya existentes en el momento de entrada en vigor del Acuerdo, que puedan calificarse de inversión extranjera conforme a dicha legislación.

³¹¹ “En el artículo 1.2, la referencia que indica que, por inversiones se designa todos tipo de haberes adquiridos de acuerdo a la legislación del país receptor, significa que es este país el que, conforme a su legislación, define el carácter de la inversión extranjera de una determinada operación. En consecuencia, los únicos haberes que pueden ser considerados como inversión extranjera para los efectos del Acuerdo, y que pueden gozar de la protección del mismo, son aquellos adquiridos en conformidad con la legislación del país receptor de la inversión” (transcripción de las reuniones técnicas de los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998 entre España y Chile (Anexo 15 al Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999)).

380. La parte demandada concentra su argumentación en la Decisión N.º 24, la cual afirma que entró en vigor en Chile el 30 de junio de 1971, que era aplicable y se había aplicado efectivamente, y cuyas disposiciones no fueron respetadas por la inversión extranjera que el señor Pey Casado pretende haber efectuado en 1972.
381. Como ha indicado la Demandada, la Decisión N.º 24 tiene su origen en el Acuerdo de Cartagena, un tratado de integración subregional que Chile firmó el 26 de mayo de 1969 y se publicó en el Diario Oficial chileno el 30 de julio de 1969.³¹² El Acuerdo de Cartagena crea una comisión, que es un órgano superior integrado por representantes de los Estados miembros y dotado de poderes de decisión,³¹³ cuyo papel consistirá en particular en aprobar y presentar “*a la consideración de los países miembros un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, entre otros, sobre marcas, patentes, licencias y regalías*” a más tardar el 31 de diciembre de 1970.³¹⁴ Además, “*los países miembros se comprometen 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*”.³¹⁵
382. De conformidad con lo establecido en el Acuerdo de Cartagena, la Comisión aprobó mediante su Decisión N.º 24 de 31 de diciembre de 1970 “*el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*”.³¹⁶
383. Las Demandantes desarrollan dos argumentos que, en su opinión, deberían conducir al Tribunal a la conclusión de que la Decisión N.º 24 no entró en vigor.
384. En primer lugar, las Demandantes consideran que no se cumplieron las condiciones contempladas en el artículo A de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24, ya

³¹² Véase el Decreto N.º 428 de 30 de julio de 1969 (Anexo 8 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003). Los otros países signatarios son Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. El Acuerdo de Cartagena se celebró con el objetivo de aplicar a escala regional el Tratado de Montevideo sobre el mercado común latinoamericano (véase el informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003, p. 10).

³¹³ Véase el artículo 6 del Acuerdo de Cartagena (Anexo 8 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

³¹⁴ Véase el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena (Anexo 8 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

³¹⁵ Ídem

³¹⁶ Véase la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobada durante el Tercer Período de Sesiones Extraordinarias celebrado del 14 al 31 de diciembre de 1970 (Anexo 10 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

que Colombia sólo incorporó dicha Decisión al derecho interno el 15 de septiembre de 1973, lo que habría impedido que la Decisión N.º 24 entrara en vigor antes de dicha fecha.

385. El Tribunal desea recordar que el artículo A de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24 prevé que “el presente régimen entrará en vigor cuando todos los Países Miembros hayan depositado en la Secretaría de la Junta los instrumentos por los cuales lo pongan en práctica en sus respectivos territorios, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 27 del Acuerdo de Cartagena”.³¹⁷
386. Por su parte, la Demandada presentó un certificado procedente de la Secretaría de la Comunidad Andina, en el que se indica que Colombia aprobó el Decreto N.º 1299 el 30 de junio de 1971, y lo notificó a la Comisión de Cartagena el 5 de julio de 1971. El último instrumento fue depositado por Perú el 13 de julio de 1971.³¹⁸
387. El Tribunal constata que las condiciones contempladas en el artículo A de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24 fueron satisfechas el 13 de julio de 1971, una vez que todos los países miembros habían depositado los instrumentos por los que ponían en práctica dicha Decisión. El hecho de que el instrumento depositado por Colombia haya sido objeto de un recurso con posterioridad a su depósito ante la Secretaría del Consejo del Acuerdo de Cartagena carece de consecuencias respecto de la entrada en vigor de la Decisión N.º 24 en los demás Estados miembros, ya que Colombia se había comprometido con estos últimos al depositar el Decreto N.º 1299 ante el órgano competente del Acuerdo de Cartagena. En cambio, la anulación del Decreto N.º 1299 tiene efectos en el derecho interno colombiano, pues la Decisión N.º 24 quedó sin aplicación hasta que el Gobierno colombiano hizo uso de sus prerrogativas constitucionales para hacer entrar en vigor el régimen común mediante el Decreto N.º 1900 de 15 de septiembre de 1973.³¹⁹
388. En consecuencia, el primer argumento de las Demandantes no puede admitirse.

³¹⁷ Véase el Artículo A de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobada durante el Tercer Período de Sesiones Extraordinarias celebrado del 14 al 31 de diciembre de 1970 (Anexo 10 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

³¹⁸ Véase la carta de la Secretaría de la Comunidad Andina de 26 de abril de 2000 (Anexo 5 a la Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003).

³¹⁹ Véase el informe de la Junta del Acuerdo de Cartagena sobre las disposiciones legales adoptadas por los países miembros en relación con la Decisión N.º 24 de 8 de septiembre de 1974 (Anexo C-100).

389. Las Demandantes presentan un segundo argumento que consiste en cuestionar la legalidad del Decreto N.º 482 de 25 de junio de 1971, por el que se incorpora la Decisión N.º 24 al derecho chileno.
390. La incorporación de la Decisión N.º 24 al derecho chileno se llevó a cabo mediante dos decretos. El primero de ellos, de fecha 25 de junio de 1971, debía aprobar y hacer entrar en vigor el régimen establecido por la Decisión N.º 24.³²⁰ Ambas partes concuerdan, no obstante, en que este primer decreto fue objeto de críticas por parte de la *Contraloría General* por considerar que la Decisión N.º 24 debía incorporarse en el ordenamiento jurídico chileno mediante una ley y no mediante un decreto.³²¹ Tras un detenido análisis,³²² la Demandada demostró, no obstante, que el Presidente de la República de Chile tenía derecho de insistir en la aprobación del decreto criticado por la *Contraloría General*, si estaba convencido de su legalidad y reunía la firma de todos los Ministros de Estado. El 30 de junio de 1971, el Presidente de la República de Chile aprobó de este modo un decreto de insistencia (o de reiteración), con la firma de todos los ministros del Estado, a fin de incorporar la Decisión N.º 24 al derecho chileno.³²³
391. Por ello, el Tribunal considera que el Presidente de la República actuó de conformidad con los poderes que le habían sido conferidos en aquel entonces y que la Decisión N.º 24 pudo finalmente entrar en vigor mediante el Decreto de insistencia de 30 de junio de 1971. Las

³²⁰ Véase el Decreto Supremo de 25 de junio de 1971 (Anexo 9 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003 sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la Constitución de 1925: el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)).

³²¹ Véase la orden de devolución de la Contraloría General de 28 de junio de 1971 (Anexo 7 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003 sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la Constitución de 1925: el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)). La *Contraloría General* es un órgano autónomo que controla, dentro de la Administración del Estado, la constitucionalidad y la legalidad de los decretos supremos (véase el artículo 1 de la Ley N.º 10.336, Anexo 12 al informe del Profesor Santa-María de 3 de febrero de 2003 sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la constitución de 1925 : el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)).

³²² Véase, en particular, el informe del Profesor Santa-María sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la Constitución de 1925: el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena) presentada por la parte demandada.

³²³ Véase el Decreto de insistencia de 30 de junio de 1971 (Anexo 7 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003 sobre el valor jurídico de los decretos de insistencia bajo la Constitución de 1925: el caso del Decreto N.º 482 de 1971 (entrada en vigor de la Decisión N.º 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena)).

Demandantes han reconocido, además, que el Poder Ejecutivo había recurrido al “*recurso, legal, pero extraordinario, del ‘Decreto de insistencia’*”.³²⁴

392. En la hipótesis de que la Decisión N.º 24 hubiera entrado en vigor, las Demandantes alegan, sin embargo que la “*aplicación en la práctica*” de dicha Decisión exigía la adopción de una serie de medidas que no fueron adoptadas y que, por consiguiente, la Decisión N.º 24 nunca se aplicó efectivamente.
393. Las Demandantes insisten, en particular, en que el Estado chileno no designó el organismo nacional competente encargado de aplicar los principales aspectos de la Decisión N.º 24. Ponen en duda la autenticidad de un documento aportado por la Demandada que demostraría que Chile había designado al Comité de Inversiones Extranjeras para llevar a cabo las funciones correspondientes al organismo nacional competente.
394. El Tribunal desea recordar que el artículo D de las disposiciones transitorias de la Decisión N.º 24 establece que “dentro de los tres meses siguientes a la entrada en vigor del presente régimen, cada País Miembro designará al organismo u organismos competentes para la autorización, registro y control de la inversión extranjera y de la transferencia de tecnología e informará a los otros países miembros y a la Junta sobre esa designación”.
395. La Demandada produjo copia de una carta del Presidente Salvador Allende y de su Ministro de Relaciones Exteriores, dirigida a los miembros del Comité de Inversiones Extranjeras, informando a estos últimos que el Comité asumiría provisionalmente la función de organismo nacional competente de acuerdo a la Decisión N.º 24, “*encargado de la autorización registro y control de la inversión extranjera directa, incluyendo las ya existentes, mientras no se designe un organismo diferente para el cumplimiento de dichas funciones*”. La carta indica igualmente que “*deberán registrarse en dicho Organismo todos los contratos sobre importación de tecnología y sobre licencias para la explotación de marcas o patentes de origen extranjero incluso los ya celebrados*”.³²⁵
396. Esta carta lleva la fecha del 8 de septiembre de 1972 en la primera página y la del 13 de enero de 1972 en la segunda. No menciona, al menos no expresamente, el plazo de tres

³²⁴ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 63.

³²⁵ Carta del Presidente Salvador Allende y de su Ministro de Relaciones Exteriores a los miembros del Comité de Inversiones Extranjeras de 13 de enero y 8 de septiembre de 1972 (Anexo 17A al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

meses contemplado en el artículo D de las disposiciones transitorias, plazo que, en todo caso, ya habría expirado independientemente de cual sea la fecha de las que figuran en la carta del Presidente Allende que se tome en cuenta. Tampoco indica la fecha en que el Comité de Inversiones Extranjeras debería asumir sus nuevas funciones, ya que la carta está redactada simplemente en tiempo futuro.

397. Sin necesidad de pronunciarse sobre la autenticidad de este documento, el Tribunal constata que se trata de una nota informativa que requiere no sólo ciertas precisiones, como la fecha de inicio de las funciones del Comité o la articulación de las relaciones de éste con otros organismos,³²⁶ sino también una confirmación oficial. En efecto, como señalan las Demandantes, el Comité de Inversiones Extranjeras tendría la misión de aplicar un conjunto de normas fijadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, órgano creado en virtud de un acuerdo de integración internacional. Resultaría cuanto menos sorprendente que la designación del Comité no fuese objeto de una publicación en el Diario Oficial chileno, aunque tan sólo fuera para informar a los inversionistas interesados.
398. Suponiendo de todas formas que esta carta haya sido suficiente para que la designación surtiera efecto durante 1972, la multiplicidad de tareas confiadas al Comité de Inversiones Extranjeras, en la que insiste la Demandada, prometía una intensa actividad. Ahora bien, como subrayan las Demandantes, el Estado demandado no ha aportado documento alguno que de fe de la materialización de las funciones del Comité de Inversiones Extranjeras. La Demandada no ha suministrado ningún ejemplar de autorización³²⁷ o de registro³²⁸ solicitados u otorgados en aplicación de la Decisión N.º 24, elementos cuya importancia, no obstante, no ha dejado de destacar. Tampoco ha presentado documento alguno que se derive de la aplicación efectiva de la Decisión N.º 24 procedente de los organismos que debían trabajar en estrecha colaboración con el Comité de Inversiones Extranjeras. Por último, la Demandada no ha aportado ninguna de las “*providencias*” exigidas en el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena para la aplicación en la práctica de la Decisión N.º

³²⁶ Así pues, la carta indica que “el Comité deberá actuar para los efectos antes señalados, , en estrecha coordinación con las otras dependencias de la Corporación de Fomento de la Producción y con el Banco Central de Chile , y además, de manera muy especial en relación a la Secretaría Ejecutiva para los Asuntos de la ALALC, Comité Asesor de Créditos Externos, Comisión Revisora de Contratos de Royalties del Banco Central, Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica y Oficina de Planificación Nacional”

³²⁷ Véase el artículo 3 y el Anexo 1 a la Decisión N.º 24.

³²⁸ Véase el artículo 5 y el Anexo 1 a la Decisión N.º 24.

24, diferente del Decreto de entrada en vigor en Chile, y tampoco ha demostrado la existencia de dichas providencias.

399. Las partes Demandantes invocan ciertos trabajos de la doctrina que permiten concluir que la Decisión N.º 24 no se aplicó en Chile. El señor Stephen Lau señala en una obra publicada en 1972 que “[t]he legal force of the Decision 24 in the individual nations is yet unclear”.³²⁹ El señor Peter Schliesser y la señora Sylvie Volnay observan por su parte que “de hecho y hasta ahora, únicamente el Perú se ha atenido fielmente al Código”.³³⁰ En cuanto a Chile, Bolivia y el Ecuador, y a pesar que el Código esté vigente en estos países, éstos no habían adoptado en mayo de 1972 las últimas decisiones necesarias para que pudieran aplicarse las medidas previstas por el Código”.³³¹ El señor Michel Carraud alude a “las primeras aplicaciones” de la Decisión N.º 24 por parte de los países andinos, seguidas por el “brutal cambio de dirección [que] tuvo lugar durante 1974” con la llegada al poder de la Junta Militar en Chile.³³²
400. Un informe de la Junta del Acuerdo de Cartagena de 8 de septiembre de 1974 confirma la falta de aplicación efectiva de la Decisión N.º 24 en los países andinos, con la excepción del Perú.³³³ Este documento muestra también que, hasta 1974, Chile, al igual que otros países, no había adoptado medidas para la aplicación de la Decisión N.º 24, aparte del decreto de entrada en vigor (a saber, el Decreto Supremo N.º 482). Los representantes de la Delegación chilena, que en aquel entonces defendían la adopción de un nuevo decreto sobre el estatuto de la inversión extranjera³³⁴ criticado en este informe por sus divergencias respecto a la Decisión N.º 24, ofrecieron explicaciones sobre la falta de aplicación de la Decisión N.º 24. Al entrar en vigor esta última mediante un decreto de insistencia y no mediante una ley, podía ser objeto de un recurso ante los tribunales por parte de las

³²⁹ V. Stephen Lau, *The Chilean Response to Foreign Investment*, 1972, p. 27 (Anexo C-116).

³³⁰ El “Código” se refiere a la Decisión N.º 24.

³³¹ Peter Schliesser y Sylvie Volnay, Régime des investissements étrangers à l’intérieur du Marché commun andin, JDI, 1972.558, en particular, p. 561 (traducción no oficial de la cita).

³³² Véase Michel Carraud, *Nature et portée de l’Accord de Carthagène d’intégration sous-régionale andine*, Notes et études documentaires, 21 de octubre de 1977, nº4421 – 4422 – 4423, p. 53, en particular, p. 64 (traducción no oficial de la cita).

³³³ Véase el informe de la Junta sobre las disposiciones jurídicas adoptadas por los países miembros en relación con la Decisión N.º 24 de 8 de septiembre de 1974 (Anexo C-100, presentado también por la parte demandada en el Anexo 14 al informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003).

³³⁴ Véase el Decreto N.º 600 de 13 de julio de 1974 (Anexo C-104).

personas afectadas. El informe precisa que el riesgo de multiplicación de los recursos admitidos hacía temer un cuestionamiento generalizado de la Decisión N.º 24.³³⁵ Así pues, este temor contribuyó a que no se aplicara efectivamente la Decisión N.º 24 y sirvió de explicación a la ausencia de referencia expresa a la Decisión N.º 24 en el Decreto N.º 600 de 13 de julio de 1974.³³⁶

401. El Tribunal concluye que, aunque los Decretos N.º 482 y 488 hicieron entrar en vigor en Chile la Decisión N.º 24, ésta no fue objeto de una aplicación efectiva, por no haberse adoptado las medidas necesarias al respecto, a causa de los riesgos que ello suponía. Por lo tanto, es inútil entrar a analizar en detalle las disposiciones sustantivas de la Decisión N.º 24 relativa a las inversiones extranjeras.
402. Al no haberse aplicado de manera efectiva en Chile la Decisión N.º 24, cabe examinar la reglamentación que esta vendría a sustituir. El artículo 2 de las disposiciones transitorias del Decreto Supremo N.º 482 preveía, en efecto, que *“quedan derogadas las disposiciones de cualquiera naturaleza que sean contrarias o incompatibles con el régimen establecido en el artículo primero del presente decreto”*.³³⁷

³³⁵ El informe indica que “el Delegado del Gobierno de Chile expresó que el mecanismo mediante el cual se puso en vigencia la Decisión N.º 24 en dicho país ‘permitiría a particulares interesados recurrir a nuestros tribunales superiores de justicia para sostener la ilegalidad de la Decisión N.º 24 y obtener un fallo que declare nula su aplicación en Chile en aquellas materias que modifiquen la legislación interna. Esta medida-agregó- surtiría efectos en los casos particulares en que se interpusiern [sic] este recurso puesto que los fallos de la Corte Suprema no tienen efectos de carácter general’.

Si bien es verdad que dentro del sistema chileno los fallos de la Corte Suprema de Justicia que declaren probada la excepción de inconstitucionalidad no tienen efectos *erga omnes*, como las sentencias de inconstitucionalidad de la Corte de Justicia de Colombia, no lo es menos que una vez declarada dicha excepción con respecto a la Decisión 24 en un caso particular, se abriría el camino para que tal resolución se convirtiera en doctrina y comenzara a aplicarse en forma general” (informe de la Junta sobre las disposiciones jurídicas adoptadas por los países miembros en relación con la Decisión N.º 24 de 8 de septiembre de 1974 (Anexo C-100)).

³³⁶ Los desacuerdos entre Chile y los demás países miembros sobre la aplicación de la Decisión N.º 24 alcanzaron tal magnitud que Chile se retiró del Acuerdo de Cartagena a partir del 30 de octubre de 1976 (véase el acta final del XV período de sesiones ordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, celebrado del 10 al 14 y del 19 al 20 de septiembre de 1974 (Anexo C-101) y el acta final del XX período de sesiones ordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena celebrado los días 4 de octubre y 30 de octubre de 1976 (Anexo C-102)).

³³⁷ Artículo 2 de las disposiciones transitorias del Decreto Supremo N.º 482 de 25 de junio de 1971 (Anexo 9 al informe del Profesor Santa María del 3 de febrero de 2003). El Servicio de Impuestos Internos ha llegado a la siguiente conclusión: *“El régimen de inversión de capitales extranjeros se rige en Chile por las normas del D. S. N.º 482 de 1971 [la Decisión N.º 24]; sin perjuicio de mantenerse vigente el D. F. L. [Decreto con Fuerza de Ley] N.º 258 de 1960 en todo aquello que no fuere contrario o incompatible con aquél”* [véase la Circular N.º 161 de la Dirección de Impuestos Internos de Chile, de fecha 22 de diciembre de 1972 (adjunta en Anexo 15 al informe del Profesor Santa María del 3 de febrero)].

403. Las partes han debatido ampliamente el sentido y el alcance del Decreto Ley N.º 258 de 30 de marzo de 1960 relativo al estatuto del inversionista y del Decreto Ley N.º 1272 de 7 de septiembre de 1961, la denominado Ley de Cambios Internacionales.
404. El análisis de los escritos permite constatar que las partes coinciden, en definitiva, sobre el hecho de que el Decreto Ley N.º 258 de 30 de marzo de 1960 es de aplicación facultativa. El Profesor Santa María, consultado por la Demandada, explica en su Informe del 3 de febrero de 2003 que *“la normativa del Decreto era facultativa puesto que sólo los inversores que deseaban recibir las franquicias dispuestas por el decreto tenían como requisito registrar sus inversiones y obtener la aprobación del Presidente de la República”*.³³⁸
405. De hecho, así lo indican las disposiciones de los artículos 1³³⁹ y 4³⁴⁰ del Decreto Ley n.º 258, que no establece, por demás, una verdadera definición de *“inversión extranjera”*. Por lo tanto, el Sr. Pey Casado no tenía ninguna obligación de someterse a las disposiciones de dicho Decreto Ley si su intención no era solicitar el beneficio de las franquicias previstas en el mismo.
406. Las partes se centran también en diferentes aspectos del Decreto Ley N.º 1272. La Demandada, basándose en los artículos 14, 15 y 16 de dicho Decreto, concluye que el mismo no es aplicable a la transacción realizada por las Demandantes. De acuerdo con la Demandada, *“se podía invocar dicha norma si se introducían divisas en el país, ya que éstas debían convertirse en pesos chilenos en un banco o en algún organismo chileno avalado por una ley específica. En esencia, dicha ley autorizaba a aquellos que la invocaban a repatriar el capital y los beneficios. [...] Hay que precisar que las disposiciones del Decreto no eran aplicables a las transacciones que no implicaran una entrada de divisas en el país”*. Las partes demandantes deducen del artículo 14 que el

³³⁸ Informe del Profesor Santa María del 3 de febrero de 2003, p. 9.

³³⁹ De conformidad con el artículo 1, “[las] personas que aporten al país nuevos capitales, provenientes del exterior, con el objeto de iniciar, impulsar, ampliar, mejorar o renovar actividades productoras, agrícolas, mineras, pesqueras e industriales, o bien otras actividades que sean calificadas de interés para la economía nacional por decreto del Presidente de la República, y que deseen acogerse a las franquicias que se establecen en el presente decreto con fuerza de ley, se regirán por las siguientes disposiciones” (artículo 1 del Decreto-Ley n.º 258 (Anexo C-111)).

³⁴⁰ El artículo 4 establecía “Es facultad exclusiva del Presidente de la República aceptar o rechazar los aportes de nuevos capitales provenientes del exterior que deseen acogerse al presente DFL, y otorgar o negar, en todo o parte, las franquicias que en él se contemplan, en conformidad con las disposiciones del presente DFL.” (artículo 4 del Decreto Ley N.º 258 (Anexo C-111)).

Decreto establece un régimen opcional y que los inversionistas tienen la posibilidad de inscribirse en el Banco Central si desean tener la posibilidad de vender libremente las divisas introducidas en Chile.

407. El artículo 14 del Decreto Ley N.º 1272 establecía que:

*“[l]as 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 en el artículo anterior. Para estos efectos el Banco Central les otorgará un certificado de inscripción nominativo e intransferible. Las personas que se hayan acogido a esta excepción podrán reexportar libremente, en forma total o parcial, dichos capitales, previa devolución del respectivo certificado de inscripción o de anotación de la remesa parcial en su caso. Así mismo, de acuerdo con las condiciones anteriores y dentro de los límites legales, el Banco Central de Chile autorizará las remesas correspondientes a los intereses y los beneficios que produzcan dichos capitales”.*³⁴¹

408. Si bien es cierto que el artículo 14 ofrece la posibilidad de beneficiarse de las franquicias si se cumplen determinadas condiciones, también lo es que, para ser aplicable, dicho artículo exige como condición la introducción de divisas extranjeras en Chile. Tal y como indica la Demandada, dicho Decreto no concierne directamente a las inversiones extranjeras ni establece una definición general aplicable en el derecho chileno. En cualquier caso, dicho texto no es aplicable a la inversión del Sr. Pey Casado, puesto que éste no ha realizado ninguna transferencia de divisas extranjeras hacia Chile.

409. Por último, cabe analizar los argumentos de las partes en relación con la Ley N.º 16.643 de 17 de julio de 1967 relativa al abuso de publicidad.³⁴² La Demandada invoca el artículo 5 de la Ley N.º 16.643, según el cual *“el propietario de todo diario, revista o escrito periódico cuya dirección editorial se encuentre en Chile, o agencia noticiosa nacional, y el concesionario de toda radiodifusora o estación de televisión, deberán ser chilenos”*. Invoca también el artículo 6, según el cual *“no podrá iniciarse la publicación de ningún diario, revista, escrito periódico o transmisión de estaciones de radio o televisión que no*

³⁴¹ Artículo 14 del Decreto Ley N.º 1272 (Anexo 5 al informe del Profesor Santa María del 3 de febrero de 2003).

³⁴² Véase la Ley N.º 16.643 de 17 de julio de 1967 sobre el abuso de publicidad (Anexo 21 al informe del Profesor Santa María del 3 de febrero de 2003).

*cumpla con los requisitos del artículo 5 [...]”.*³⁴³ Sobre la base de dichas disposiciones, la Demandada alega que las Demandantes se hallaban necesariamente ante un dilema: respetar las disposiciones de la Ley N.º 16.643 sin cumplir el requisito de la nacionalidad extranjera que exigen los artículos 1 y 2 de la Decisión N.º 24, o bien cumplir dicho criterio, pero infringiendo las disposiciones de la Ley N.º 16.643.

410. El Tribunal ha concluido que, en realidad, la Decisión N.º 24 nunca se aplicó efectivamente en Chile. Por lo tanto, el dilema descrito por la Demandada nunca se planteó realmente. En 1972, cuando el Sr. Pey Casado realizó su inversión, poseía la doble nacionalidad hispano-chilena. Residente en Chile desde 1947, el Sr. Pey Casado se beneficiaba del Convenio de Doble Nacionalidad desde 1958. Dado que la Ley N.º 16.643 no contiene ninguna disposición específica relativa a las personas con doble nacionalidad, la situación del Sr. Pey Casado era perfectamente compatible con las disposiciones de dicho texto.
411. A la vista de lo precedente, el Tribunal concluye que no existía, en el derecho chileno vigente en 1972, una definición establecida del concepto de inversión extranjera, y que la transacción realizada por el Sr. Pey Casado se realizó de conformidad con el derecho chileno aplicable a la misma. En consecuencia, el Tribunal considera que la inversión del Sr. Pey Casado, la compra de acciones de una sociedad chilena perteneciente al sector de la prensa por medio de pagos en divisas extranjeras realizados en cuentas bancarias en Europa, cumple las condiciones impuestas por el APPI, en concreto por sus artículos 1.2 y 2.2.

2. El requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI

412. Para acogerse a la protección del APPI, la primera parte demandante debe cumplir los requisitos relativos a la nacionalidad previstos en dicho acuerdo.
413. El APPI define en su artículo 1 el término “inversionistas o inversores” que están protegidos por las garantías del APPI como:

“... las personas físicas o naturales nacionales, según el derecho de la Parte correspondiente y las personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras

³⁴³ Véase el informe del Profesor Santa María de 3 de febrero de 2003, p. 27.

organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de la misma, no obstante pertenezcan a personas naturales o jurídicas extranjeras”.

414. El requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI se diferencia del de la nacionalidad de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI en dos aspectos fundamentales. En primer lugar, contrario de lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio, el APPI no establece cuál es el momento de apreciación de la nacionalidad de la parte solicitante. En opinión del Tribunal, el requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI debe establecerse en la fecha en que el inversionista otorga su consentimiento al arbitraje. La oferta de arbitrar contenida en el tratado debe existir realmente, lo que implica que deben cumplirse los requisitos de aplicación del tratado en la fecha del consentimiento del inversionista para que éste pueda perfeccionar el convenio de arbitraje derivado de la oferta general de arbitraje establecida en el tratado. Por otro lado, deben cumplirse también los requisitos requeridos para que se aplique el tratado, entre ellos el requisito relativo a la nacionalidad, a la fecha de la supuesta violación o las supuestas violaciones, salvo que el tratado indique otra cosa. De lo contrario, el inversionista no podría alegar una violación del mismo ante el Tribunal de arbitraje que se haya constituido en aplicación del tratado.
415. En segundo lugar, el tratamiento bajo el APPI de los dobles nacionales es diferente del previsto en el Convenio CIADI en cuanto a su ámbito de aplicación y a su contenido. Para cumplir la condición de la nacionalidad de acuerdo al APPI, basta con que la parte demandante demuestre que tiene la nacionalidad del otro Estado contratante. A diferencia de lo que sostiene la Demandada,³⁴⁴ el hecho de que la Demandante posea doble nacionalidad, que comprende la nacionalidad de la Demandada, no la excluye del ámbito de aplicación del APPI. En opinión del Tribunal de arbitraje, en este contexto no existe la condición de nacionalidad “*efectiva y dominante*” de los dobles nacionales. Un doble nacional no queda excluido del campo de aplicación del APPI aunque su nacionalidad “*efectiva y dominante*” sea la del Estado en el que se realiza la inversión (contrariamente a lo mantenido por el Profesor Dolzer en su informe experto, presentado por la

³⁴⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 6 y 7; pp. 124 y ss.; transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, pp. 142-143 (Sr. Leurent); véase también la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, pp. 122-123 (Sra. Di Rosa).

Demandada).³⁴⁵ Al contrario, la consideración del objetivo mismo del APPI y su redacción excluyen la idea de que exista un requisito de nacionalidad efectiva y dominante. Tal y como indica el Profesor Dolzer, el APPI concede su protección a los “*inversionistas de la otra Parte*” o “*de una parte contratante en el territorio de la otra*” (véase, por ejemplo, los artículos 2.1, 2.2, 3.1, 4.1, 5, 6, 7.1, 8.1 y 10.1 del APPI). El APPI no aborda expresamente la cuestión de si los dobles nacionales hispano-chilenos quedan cobijados o no bajo su ámbito de aplicación. En opinión del Tribunal de arbitraje, no estaría justificado (basándose en unas pretendidas normas de derecho internacional consuetudinario) añadir un requisito de aplicación que no se desprenda ni su letra o ni su espíritu.³⁴⁶

416. En el presente caso, el Sr. Pey Casado sólo tiene que demostrar que poseía la nacionalidad española en el momento de aceptar la competencia del Tribunal de arbitraje con base en el APPI y, para beneficiarse de la protección sustantiva del tratado, en el momento en que se produjo la supuesta violación o supuestas violaciones del APPI. Como se ha expuesto anteriormente, se cumple dicho requisito.³⁴⁷
417. En todo caso, el Tribunal de arbitraje observa que, aún suponiendo que el concepto de nacionalidad efectiva y dominante sea un elemento pertinente en el caso de doble nacionalidad, a efectos de la aplicación del APPI, aunque éste no lo prevea, dicho requisito se cumpliría en este caso concreto. Desde 1974, la nacionalidad “*primaria*” del Sr. Pey Casado es la española, que es también su nacionalidad de origen.
418. Por todas estas razones, en opinión del Tribunal de arbitraje la primera parte demandante cumple el requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI.

³⁴⁵ Véase en especial el informe, p. 12, y el memorial de contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2007, p. 7.

³⁴⁶ A este respecto, el Tribunal de arbitraje comparte la opinión de las partes demandantes, en concreto sobre el hecho de que, al analizar el requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI, el Tribunal deber partir del APPI y analizar “*sin añadir ninguna condición supuestamente implícita*”, transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 186 (Sra. Malinvaud). Las reglas que se refieren a la protección diplomática invocadas por la parte demandada (transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, pp. 143 y 158-159 (Sr. Leurent)) no modifican en nada la presente conclusión.

³⁴⁷ El experto consultado por la parte demandada, Profesor Dolzer, admite que el APPI es aplicable en el presente caso, y escribe en su informe experto del 3 de febrero de 2003: “[...]es posible en mi opinión que ‘un inversionista de la otra parte contratante’ en el contexto del APPI Chile - España puede ser una persona de doble nacionalidad chilena-española que invierte en Chile, pero solo en la medida que la nacionalidad dominante y efectiva de dicha persona sea la española” (p. 9).

3. El requisito de aplicación *ratione temporis* del APPI

419. Para que la aceptación, por parte del inversionista, de la oferta de arbitraje realizada por el Estado parte en el APPI pueda perfeccionar el consentimiento de las partes, es necesario que la oferta de arbitraje efectuada por el Estado abarque las materias que el inversionista pretende someter a arbitraje. Lo que el Tribunal pretende analizar ahora es el cumplimiento de este requisito, que depende de las condiciones de aplicación *ratione temporis* del APPI.
420. El APPI entre Chile y España entró en vigor el 29 de marzo de 1994.
421. El artículo 10 del APPI entre Chile y España prevé la posibilidad de recurrir al arbitraje CIADI en caso de que se presente una “*controversia*” relativa a las inversiones entre el Estado receptor y un inversionista del otro Estado parte del APPI:

“1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte contratante y un inversionista de la otra Parte contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte contratante implicada en el [sic] controversia;

O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva.

3. En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversionista:

Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el ‘Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados’, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Tratado haya adherido aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje

conforme con en el reglamento del Mecanismo complementario del CIADI.

A un Tribunal de arbitraje “ad hoc” establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

4. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Tratado, al derecho de la Parte contratante que sea parte en la controversia -incluidas las normas relativas a conflictos de leyes- y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios del derecho internacional en la materia.

5. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia.

*6. Las Partes contratantes se abstendrán de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial ya en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieran sido concluidos, salvo que las partes en la controversia no hubieran cumplido el laudo del Tribunal arbitral o la sentencia del Tribunal ordinario, según los términos de cumplimiento establecidos en el laudo o en la sentencia”.*³⁴⁸

422. El artículo 2 del APPI contiene las disposiciones relativas a su aplicación en el tiempo :

“1. Cada Parte fomentará, en la medida de lo posible, las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte y admitirá estas inversiones, conforme a sus disposiciones legales.

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”.*³⁴⁹

423. La aplicación en el tiempo del Tratado plantea dos cuestiones distintas: la de la competencia *ratione temporis* del Tribunal de arbitraje al que se ha acudido con base en el

³⁴⁸ Traducción presentada por las partes demandantes en Anexo 3 a la Solicitud de arbitraje, del 6 de noviembre de 1997.

³⁴⁹ Traducción presentada por las partes demandantes en Anexo 3 a la Solicitud de arbitraje, del 6 de noviembre de 1997.

APPI, y la de aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas contenidas en el APPI.

424. Los Tribunales de Arbitraje constituidos en los asuntos *Salini e Impregilo* señalaron, además, la siguiente distinción:

“[...] one must distinguish carefully between jurisdiction ratione temporis of an ICSID Tribunal and applicability ratione temporis of the substantive obligations contained in a BIT”.³⁵⁰

425. Tal y como señala el Profesor Christoph Schreuer, “[e]ven if jurisdiction is established under a treaty, this does not mean that the treaty’s substantive provisions are necessarily applicable to all aspects of the case. The general rule is that the law applicable to acts and events will normally be the law in force at the time they occurred”.³⁵¹

426. Las partes demandantes indicaron en las audiencias del 15 de enero de 2007 que el único criterio que debía tomarse en cuenta era el surgimiento de una controversia con posterioridad a la entrada en vigor del APPI. Las Demandantes invocan sólo a título subsidiario la aplicabilidad de las obligaciones sustantivas del APPI, basándose al mismo tiempo en los conceptos de hecho ilícito continuo y de hecho ilícito compuesto.³⁵² Se trata en realidad de dos problemas distintos que el Tribunal analizará por separado.

427. En efecto, para que se pueda considerar la responsabilidad del Estado chileno en aplicación de las disposiciones del APPI, es necesario, por una parte, que el Tribunal tenga competencia *ratione temporis* y, por otra, que las disposiciones sustantivas del APPI sean aplicables *ratione temporis* a las supuestas violaciones.

³⁵⁰ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. c. Le Royaume hachémite de Jordanie*, caso CIADI N.º ARB/02/13, laudo sobre competencia, 29 de noviembre de 2004, párr. 176, JDI, 2005.182, en particular p.205. Véase también *Impregilo v. Pakistan*, caso CIADI N.º ARB/03/3 laudo sobre competencia, 22 de abril de 2005, JDI, 2006.287, en particular p. 302: “care must be taken to distinguish between (1) the jurisdiction ratione temporis of an ICSID tribunal and (2) the applicability ratione temporis of the substantive obligations contained in a BIT” (párr. 309).

³⁵¹ Christoph H. Schreuer, *Consent to arbitration*, Transnational Dispute Management, vol. 2, n.º 2, noviembre de 2005 (artículo actualizado el 27 de febrero de 2007), p. 33, disponible en el sitio www.transnational-dispute-management.com.

³⁵² Transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 273 (Sra. Malinvaud). Tal era la posición de las partes demandantes durante las audiencias del 3 de mayo de 2003: “La primera posición de la Demandante, [es que] la [Decisión] 43 de [28] de abril de 2000, es un acto de desposesión que da origen a un nuevo diferendo planteado por la Demandada. Toda la cuestión de la aplicación *ratione temporis* del Tratado ya no tiene ningún interés.” [transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 125 (Sra. Malinvaud)].

428. El Tribunal sólo podrá declararse competente *ratione temporis* si la inversión de las Demandantes estaba cobijada por el APPI en el momento de los hechos en controversia y, al mismo tiempo, si la diferencia o diferencias invocadas se hallan a su vez cubiertas por el APPI.
429. Las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables, por su parte, únicamente si el APPI se hallaba en vigor en el momento en que se cometieron las supuestas violaciones.
430. Conviene determinar, en primer lugar, si la inversión de las Demandantes se halla cubierta conforme al artículo 2 del APPI.
- a) ¿Se encuentra cobijada por el APPI la inversión efectuada por el Sr. Pey Casado en 1972?
431. El artículo 2.2 del APPI entre Chile y España establece que “[e]l 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”.
432. El único objetivo del artículo 2.2 del APPI Chile-España es definir las inversiones protegidas por el Tratado. En el presente caso, no cabe duda de que se cumplen las condiciones que impone dicho texto. La inversión en cuestión, realizada por el Sr. Pey Casado en 1972 con calidad de inversión extranjera de conformidad con la legislación chilena, cae bajo el ámbito de aplicación del APPI.
433. El Tribunal se propone, por ello, establecer si las diferencias alegadas por las partes demandantes surgieron con posterioridad a la entrada en vigor del APPI Chile-España.
- b) ¿Se encuentran cobijadas por el APPI las diferencias invocadas por las partes demandantes?
434. El artículo 2.3 del APPI establece que éste “no se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”. Por lo tanto, el Tribunal sólo podrá declararse competente *ratione temporis* respecto de “controversias” o “reclamaciones” surgidas con posterioridad a la entrada en vigor del APPI.

435. Los términos del párrafo 2(3) elegidos por los Estados partes en el APPI, “*controversias*” y “*reclamaciones*”, sugieren que los Estados partes atribuían un significado distinto a cada uno de dichos términos. Las partes han expresado, cada una, interpretaciones diferentes de dichos conceptos, si bien el desacuerdo más patente se ha manifestado en relación con el alcance del término “*controversias*”.
436. Se desprende, en efecto, del análisis de los escritos que las partes han llegado finalmente a un acuerdo sobre el significado que debe atribuirse al término “*reclamaciones*”, equivalente al término inglés *claims*, y que correspondería en este caso a una demanda presentada por una de las partes para hacer valer sus derechos.³⁵³ En cambio, queda por resolver el debate acerca de la definición del término “*controversias*”: si bien ambas partes consideran que el término “*controversias*” es sinónimo de “*diferencias*”, se hallan en profundo desacuerdo en cuanto al sentido y el alcance que debe atribuirse a dicho término.³⁵⁴
437. Las Demandantes invocan tres diferencias que son, según ellas, posteriores a la fecha de entrada en vigor del APPI: la primera habría surgido en 1995,³⁵⁵ la segunda en 2000³⁵⁶ y la tercera en 2002.³⁵⁷ El Tribunal examinará una a una estas supuestas diferencias.

i. *La diferencia de 1995*

(a) Posición de las partes

438. Para la Demandada, la única diferencia que puede identificarse en este caso surgió mucho antes de la entrada en vigor del APPI. La Demandada pretende, en efecto, deducir de las disposiciones del APPI, y en concreto de su artículo 10, que “*la controversia consiste en*

³⁵³ Véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia del 29 de octubre de 2001, páginas 102-103 (intervención del asesor de las partes demandantes, Sra. Malinvaud): “... *en lo que respecta a la reclamación, estamos bastante de acuerdo en que se traduciría al inglés por claim [...] supone una acción de reclamar, y por tanto, una acción, una demanda, una acción en derecho*” (p. 105); véase también la transcripción de la audiencia del 4 de mayo de 2000, durante la cual la parte demandada tradujo los términos en controversia del artículo 2.3 como sigue: “*Del Tratado no tendrá aplicación a controversias, (en francés ‘différends’) , y a reclamaciones, ‘dépôts de demande’ en francés, que hayan sucedido antes de su entrada en vigor el 29 de marzo de 1994*”, pp. 14-15.

³⁵⁴ Véase, por ejemplo, el Memorial de réplica sobre incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 64 a 71.

³⁵⁵ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 240 y 241 (las Demandantes evocan así “*la primera controversia*”, p. 241).

³⁵⁶ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 22.

³⁵⁷ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 121.

un conflicto o diferencia jurídica que no requiere, según el propio APPI, que se exprese o plantee por una parte hacia la otra parte".³⁵⁸ Esta interpretación quedaría confirmada en las actas de las reuniones técnicas que tuvieron lugar entre los representantes de Chile y de España los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998,³⁵⁹ por iniciativa de Chile, con el fin de precisar el sentido y el alcance de determinadas disposiciones del APPI.³⁶⁰ De acuerdo con la parte demandada, el artículo 2.3 del APPI excluye las controversias y las reclamaciones surgidas de actos producidos con anterioridad a la entrada en vigor del APPI.³⁶¹ Ahora bien, en este caso, *"la diferencia jurídica, de que trata este arbitraje, surgió el 10 de febrero de 1975"*, fecha en la que se adoptó el Decreto de confiscación de los bienes de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda. Según el Estado demandado, las partes demandantes lo habrían admitido ellas mismas al afirmar que *"[l]a diferencia jurídica planteada surge directamente de la inversión de Don. Víctor Pey Casado, confiscada por Decreto N.º 165, de 10 de febrero de 1975 [...]"*.³⁶²

439. Las Demandantes consideran que el concepto de "controversia" implica necesariamente "la presencia de dos versiones contrapuestas"³⁶³ y se refiere a "todas las hipótesis de conflictos en los que ha habido al menos un mínimo intercambio para permitir materializar la

³⁵⁸ Nota de alegatos del Estado de Chile relativa a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, p. 72.

³⁵⁹ El acta del 1 de octubre de 1998 contiene una interpretación de los términos del artículo 2(3) del APPI: "[...] Las partes entienden que los términos 'controversia' y 'reclamación' no son sinónimos, sino que definen situaciones diferentes. La expresión 'controversia' deberá entenderse como discusión o conflicto de interés de los que haya constancia fehaciente, se haya o no producido la acción de reclamar. Se entiende por 'reclamación' la acción o efecto de reclamar, esto es, clamar contra una cosa, oponerse a ella de palabra o por escrito".

³⁶⁰ Véase el Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, pp. 58 y 59 y la transcripción de la audiencia del 1 de octubre de 1998 en Anexo 15 a este Memorial. La parte demandada alega en concreto que su iniciativa es compatible con el artículo 10(6) del APPI, ya que el 25 de agosto de 1998 se puso en contacto con las autoridades españolas para solicitar una reunión concerniente a la interpretación del APPI, antes de que se constituyera el Tribunal en el mes de septiembre de 1998 (véase el Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 77). Por otro lado, el hecho de que el Sr. Banderas, representante de Chile en este procedimiento, haya podido presidir la delegación chilena presente en las reuniones técnicas de los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998 no sería un hecho fraudulento, ya que entre las funciones habituales del Sr. Banderas está la de presidir este tipo de negociaciones (véase el Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 77).

³⁶¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 145.

³⁶² Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 64. Véase también la Nota de alegatos del Estado de Chile relativa a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, pp. 74 y ss.

³⁶³ Informe de alegatos de las partes demandantes relativo a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, p. 19.

controversia, disputa o discusión”.³⁶⁴ Por lo tanto, de acuerdo con las Demandantes, hay que distinguir la controversia de los hechos que dieron lugar a la misma,³⁶⁵ distinción que no tiene en cuenta el Estado demandado.³⁶⁶ En este caso, las Demandantes invitan al Tribunal a que efectúe una distinción entre la confiscación de los bienes de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda., hechos que se remontan a 1975, y la primera controversia, que solo se produjo en 1995. Según las Demandantes, “la primera controversia ha nacido [...] después de la entrada en vigor del APPI, cuando el Estado de Chile ha contestado negativamente [el 20 de noviembre de 1995] la reclamación del Sr. Pey Casado y de la Fundación Española [del 6 de septiembre de 1995]”.³⁶⁷ Por último, las Demandantes cuestionan “la eficacia” del acta del 1 de octubre de 1998 invocado por la Demandada, alegando que dicha acta infringiría el artículo 10.6 del APPI³⁶⁸ y las autoridades chilenas la habrían obtenido de forma fraudulenta.³⁶⁹

(b) Conclusiones del Tribunal

440. A título preliminar, el Tribunal se propone pronunciarse sobre la interpretación de los términos del artículo 2.3 consignada en las actas de las reuniones técnicas de los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 1998 entre España y Chile, organizadas a petición de esta última. La iniciativa del Estado demandado cuyo objeto era organizar un encuentro entre los representantes de los dos Estados partes en el Tratado con el fin de llegar a un acuerdo sobre la interpretación de algunos de los términos del mismo, tuvo lugar después de que se presentara (el 3 de noviembre de 1997) y se registrara (el 20 de abril de 1998) la demanda de arbitraje. Como ya se ha indicado, se trata de un acto incompatible con las disposiciones del artículo 10.6 del APPI que obligan a los Estados partes a abstenerse “*de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial ya en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieran*

³⁶⁴ Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 87.

³⁶⁵ Informe de alegatos de las partes demandantes relativo a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, p. 19.

³⁶⁶ Véase la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 252 (Sra. Malinvaud).

³⁶⁷ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 241.

³⁶⁸ Véase la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, p. 27.

³⁶⁹ Véase la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, pp. 28-29.

sido concluidos”. Es claro que la interpretación del artículo 2.3 del APPI cae bajo la categoría de “*argumentos concernientes al arbitraje*” tratados después de que se iniciara el procedimiento. En consecuencia, el Tribunal no tendrá en cuenta la interpretación que consta en las actas en controversia, sin que ello implique que prejuzga la fundamentación de la misma.

441. El Tribunal se propone, entonces, examinar el concepto de “*controversia*” que las partes consideran equivalente al de diferencia. Este se encuentra definido en la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales como “*un desacuerdo sobre un aspecto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas*”.³⁷⁰ Para establecer la existencia de dicha diferencia, “*hay que demostrar que la reclamación de una de las partes se enfrenta a la oposición manifiesta de la otra*”.³⁷¹
442. La posición de la jurisprudencia del CIADI en la materia no difiere de la anterior.³⁷² En el caso *Maffezini c. España*, el Tribunal de arbitraje definió precisamente el concepto de “*disputa*” en los siguientes términos:

[...] there tends to be a natural sequence of events that leads to a dispute. It begins with the expression of a disagreement and the statement of a difference of views. In time these events acquire a precise legal meaning through the formulation of legal claims, their discussion and eventual rejection or lack of response by the other party. The conflict of legal views and interests will only be present in the latter stage, even though the underlying facts predate them. It has also been rightly commented that the existence of the dispute presupposes a minimum of communications between the parties, one party taking up the matter with the other, with the latter opposing the Claimant's position directly or indirectly. This sequence of events has to be taken into account in establishing the critical date for determining when under

³⁷⁰ Caso de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina*, sentencia N.º 2, 1924, Serie A, N.º 2, pp. 4 y ss., en particular p. 11 (*traducción no oficial de la cita*). Véase también el asunto relativo a *Timor Oriental*, sentencia, 30 de junio de 1995, C.I.J. Repertorio 1995, pp. 91 y ss., en particular pp. 99 y 100 (el Tribunal recuerda la jurisprudencia constante de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia en la materia).

³⁷¹ Caso de *África Sudoccidental*, excepciones preliminares, sentencia, C.I.J. Repertorio 1962, p. 328 (*traducción no oficial de la cita*).

³⁷² Véase *Maffezini c. España*, caso CIADI N.º ARB/97/7, laudo sobre competencia del 25 de enero de 2000, párr. 94, *Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Peru, S. A. c. Perú*, caso CIADI N.º ARB/03/4, fallo del 7 de febrero de 2005, párr. 48, *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI N.º ARB/03/43, laudo sobre competencia del 22 de abril de 2005, párrs. 302 y ss., JDI, 2006.287, en particular pp. 302 y ss.; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Ecuador*, caso CIADI N.º ARB/03/6, fallo del 31 de julio de 2007, párr. 63; *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. la República de Chile*, caso CIADI N.º ARB/04/7, fallo del 21 de agosto de 2007, párr. 245.

the BIT a dispute qualifies as one covered by the consent necessary to establish ICSID's jurisdiction".³⁷³

443. Esta definición de la diferencia, que exige un mínimo de intercambios entre las partes, es decir, que una de ellas ponga el problema en conocimiento de la otra, y que esta última se oponga directa o indirectamente a la posición de la primera, es también sostenida por el presidente del Tribunal.³⁷⁴ Tal y como indicó el Tribunal de arbitraje en el caso *Helnan c. Egipto*, “[*The parties’ disagreement*] crystallizes as a ‘dispute’ as soon as one of the parties decides to have it solved, whether or not by a third party”.³⁷⁵ Sólo mediante la expresión y la confrontación de puntos de vista se materializa la diferencia.
444. En el presente caso, el APPI entró en vigor el 29 de marzo de 1994. Fue solo hasta el 1 de febrero de 1995 que el Sr. Pey Casado presentó ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago la demanda de restitución de las 40.000 acciones de la sociedad Consorcio Publicitario y Periodístico, S. A..³⁷⁶ Las Demandantes sitúan así la primera controversia después del 29 de mayo de 1995, fecha en la que el 8° Juzgado del Crimen de Santiago ordenó la restitución de los títulos de propiedad de CPP S.A., de los contratos de cesión de dichos títulos y de los justificantes de pago del precio.³⁷⁷ El 6 de septiembre de 1995, Víctor Pey Casado presentó, en efecto, una primera demanda de restitución de los “*bienes confiscados, y hoy en manos del Fisco, pertenecientes a la ‘Empresa Periodística Clarín Ltda.’ y al ‘Consorcio Publicitario y Periodístico, S. A.’*”.³⁷⁸
445. La diferencia se materializa durante los intercambios posteriores entre el Sr. Pey Casado y el Gobierno chileno: el 20 de noviembre de 1995, el Ministerio de Bienes Nacionales informa al Sr. Pey Casado de que “*por el momento no es posible acceder a lo requerido, ya que aún no se ha promulgado la Ley que va a regular la situación plantada por*

³⁷³ Véase *Maffezini c. España*, ibídem, párr. 96.

³⁷⁴ Esta definición se retoma en el laudo dictado en el caso *Impregilo c. Pakistan (Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI n° ARB/03/3, laudo sobre competencia del 22 de abril de 2005, párr. 304, JDI, 2006.287, en particular pp. 302 y ss.) y en el caso *Vieira c. Chili (Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. la República de Chile*, caso CIADI n° ARB/04/7, fallo del 21 de agosto de 2007, párr. 237 y párr. 249).

³⁷⁵ Véase *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI n° ARB/05/19, laudo sobre competencia del 17 de octubre de 2006, párr. 52.

³⁷⁶ Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

³⁷⁷ Véase Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 173

³⁷⁸ Anexo 22 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

Ud.”.³⁷⁹ El 10 de enero de 1996, el Sr. Pey Casado reitera su demanda de restitución ante el Presidente de la República.³⁸⁰ Toda vez que la oferta de consultas amistosas presentada por el Sr. Pey Casado el 30 de abril de 1997³⁸¹ no condujo a ningún acuerdo, el Sr. Pey Casado expresó su consentimiento al arbitraje mediante carta del 2 de octubre de 1997.³⁸²

446. El Tribunal concluye que la diferencia surgió después de la entrada en vigor del Tratado, ya que las partes no expresaron y confrontaron sus diferentes puntos de vista con anterioridad al año 1995. Las partes demandantes especificaron en varias ocasiones que era necesario hacer la distinción entre la diferencia y los hechos que dieron lugar a la misma.³⁸³ El Tribunal comparte este análisis. Tal como sostuvo recientemente el Tribunal de arbitraje constituido en el caso *Duke Energy*, “[w]hat is decisive of the Tribunal’s jurisdiction *ratione temporis* is the point in time at which the instant legal dispute between the parties arose, not the point in time during which the factual matters on which the dispute is based took place”.³⁸⁴
447. El argumento de la Parte contraria según el cual “la diferencia de naturaleza jurídica, objeto del presente arbitraje, surgió el 10 de febrero de 1975” no tiene en cuenta la distinción entre el momento en el que surge la diferencia y aquel en que se producen los hechos en controversia que la originan.³⁸⁵ La fecha que invoca la parte demandada es la de la adopción de un Decreto de confiscación, la cual si bien originó la diferencia, no es ni

³⁷⁹ Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

³⁸⁰ Ídem.

³⁸¹ Anexo 11 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997; véase también el Anexo 12 a la Solicitud de arbitraje.

³⁸² Anexo 10 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997. La Fundación Presidente Allende señala, por su parte, que expresó su consentimiento el 6 de octubre de 1997, mediante una resolución del Consejo de los fundadores de la Fundación (Anexo 2 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). Las partes demandantes presentaron la Solicitud de arbitraje el 3 de noviembre de 1997.

³⁸³ Véase por ejemplo la transcripción de la audiencia del 4 de mayo de 2000, p. 112 (Sra. Malinvaud): “Chile [hace] una confusión entre la controversia y el hecho que origina la controversia”; véase también la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, pp. 129 y 130 (Sra. Malinvaud), que distingue los hechos que dieron lugar a la controversia entre 1973 y 1977 de la controversia en sí, surgida en el período 1995-1997; véase la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 253 (Sra. Malinvaud) y la transcripción de la audiencia del 16 de enero de 2007, pp. 415-416 (Sra. Malinvaud).

³⁸⁴ *Duke Energy International Peru Investments N. °1, Ltd. c. Perú*, caso CIADI n° ARB/03/28 laudo sobre competencia, 1 de febrero de 2006, párr. 148.

³⁸⁵ Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 64; véase también la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 24 y p. 46: “Chile ha argumentado que la controversia surgió cuando tuvieron lugar los actos expropiatorios [sic] [...]”. Véase también la transcripción de la audiencia del 16 de enero de 2007, p. 355 (Sr. Di Rosa).

una manifestación concreta, ni una materialización de la misma; el Estado demandado no tiene constancia ninguna de que existiera una oposición entre el Sr. Pey Casado y el Gobierno chileno en aquel entonces que pudiera reflejar la expresión de una diferencia. Al ser la primera diferencia alegada posterior a la entrada en vigor del APPI entre Chile y España, el requisito de competencia se cumple al respecto.

ii. *La diferencia del 2000*

(a) Posición de las partes

448. Al conocer, el 3 de abril de 2000, la Decisión N.º 43 del Ministerio de Bienes Nacionales, decisión que otorga una indemnización a personas distintas de las partes demandantes por la confiscación de los bienes de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda., las Demandantes alegaron inmediatamente que *“la resolución del 28 de abril de 2000 constituye una vez más un nuevo acto de denegación de la protección de inversiones y saber si fue antes o después de la puesta en vigor del Tratado que surgió la controversia, nos parece hoy ya fuera del caso, ya que el 28 de abril pasado un nuevo acto del mismo tipo se materializó”*.³⁸⁶
449. Al día siguiente, la Demandada se opuso radicalmente a esa posición: *“La resolución número 43 se ha dicho que tiene un efecto desposeedor respecto de los dueños de estas acciones. Nada más lejos de la verdad, todo lo contrario acoge la solicitud de indemnización presentada por los legítimos dueños”*.³⁸⁷
450. Para la Demandada, la Decisión N.º 43 dista mucho de ser *“la causa de un nuevo litigio que entra en el ámbito de aplicación del APPI”*. Según ella, el Tribunal ya se había pronunciado sobre la cuestión, y concluyó que *“la Decisión N.º 43 se refería únicamente a terceras partes, y no a las Demandantes, y que en todo caso no ocasionó perjuicio alguno a las Demandantes dado que simplemente dictaminó compensación a terceras partes sin pretender adjudicar ningún derecho de propiedad que pudieran tener las Demandantes”*.³⁸⁸

³⁸⁶ Transcripción de la audiencia del 4 mayo de 2000, pp. 103 (Sra. Malinvaud).

³⁸⁷ Transcripción de la audiencia del 5 mayo de 2000, p. 166 (Sr. Banderas).

³⁸⁸ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 149. Véase también la transcripción de la audiencia del 16 de enero de 2007, p. 356 (Sr. Di Rosa): *“Respecto de la resolución 43 en la medida que concierna el mismo tema que la expropiación anterior no sería una nueva controversia”*.

451. Las Demandantes concluyeron, por el contrario, que la Decisión N.º 43 “*constituye, en todo caso, y si fuera necesario, un nuevo elemento constitutivo del diferendo*”.³⁸⁹ En su Memorial del 23 de febrero de 2003 especifican que “[l]a controversia relativa a la ‘Decisión N.º 43’ nació los días 3 y 4 de mayo de 2000 ante el Tribunal de arbitraje, cuando Chile, desveló su existencia y las Demandantes manifestaron su oposición a la misma”.³⁹⁰

(b) Conclusiones del Tribunal

452. El Tribunal constata que ya en las Audiencias sobre competencia de mayo de 2000 se había controvertido la Decisión N.º 43. En aquella ocasión, surgió inmediatamente una clara oposición entre las partes, expresada en términos jurídicos.

453. A la vista de las respectivas pretensiones de las partes, anteriormente descritas, el Tribunal considera sin más dilación que la oposición manifestada entre las partes durante las audiencias de mayo de 2000, desde el momento en que las partes demandantes conocieron la Decisión N.º 43, constituye una diferencia. Incluso a este respecto, al haber surgido la diferencia después de la entrada en vigor del Tratado, se cumple la condición de competencia *ratione temporis*.

iii. *La diferencia de 2002*

(a) Posición de las partes

454. De acuerdo con las Demandantes, una diferencia resultante de la denegación de justicia por ellas alegada surgió “*después de la entrada en vigor del API entre Chile y España*”.³⁹¹ En efecto, las Demandantes alegan que el procedimiento iniciado en 1995 ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago para la restitución de la rotativa Goss o para la indemnización de su valor de sustitución no ha dado lugar a ninguna decisión de fondo en siete años.³⁹² Además, en caso de que el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago dictara sentencia sobre el fondo en este caso,

³⁸⁹ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, p. 174.

³⁹⁰ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 22. Véase también la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 126 (Sra. Malinvaud) y la transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 269 (Sra. Malinvaud).

³⁹¹ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 121.

³⁹² Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 107.

la adopción de la Decisión N°43 privaría de efecto a la sentencia de la jurisdicción chilena, en la medida en que los beneficiarios de la Decisión N.º 43 ya han sido indemnizados por la rotativa en cuestión.³⁹³

455. Las Demandantes señalan también que han visto desestimados todos los recursos planteados ante el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial con el objetivo de cuestionar la compatibilidad de la Decisión N.º 43 con el procedimiento judicial incoado en 1995.³⁹⁴ Señalan que llamaron en vano la atención del *Contralor General* sobre la incompatibilidad de la Decisión N.º 43 con la acción incoada ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago.³⁹⁵ El recurso de reposición contra los Decretos relativos al pago de la indemnización que concedía la Decisión N.º 43, interpuesto el 29 de julio de 2002, fue igualmente rechazado *in limine litis* el 14 de octubre de 2002.³⁹⁶ Por otro lado, la demanda de medidas provisionales que las Demandantes presentaron ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago contra la Decisión N.º 43 fue desestimada el 2 de octubre de 2001,³⁹⁷ y se declaró improcedente la demanda que presentaron las Demandantes ante la Corte Suprema el 5 de junio de 2002, en la que argumentaban la existencia de un conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.³⁹⁸ Por último, las Demandantes señalan que el recurso de protección constitucional interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, con motivo de la violación de su derecho de propiedad sobre la rotativa Goss, fue a su vez declarado por ésta improcedente y sin fundamento el 6 de agosto de 2002.³⁹⁹
456. De acuerdo con las Demandantes, el rechazo de todos estos recursos constituye una denegación de justicia que dió lugar a una diferencia después de la entrada en vigor del APPI, cuando, por una parte, las partes demandantes interpusieron un recurso de reposición ante el *Contralor* el 29 de julio de 2002 y cuando, por otra parte, el 1^{er} Juzgado

³⁹³ Demanda complementaria de las partes demandantes del 4 de noviembre de 2002, p. 6.

³⁹⁴ Ídem, pp. 2-5.

³⁹⁵ Ídem, pp. 2-3 y Anexo C-224

³⁹⁶ Ídem, p. 3 y Anexos C-220 y C-216.

³⁹⁷ Ídem., p. 4 y Anexo C-219.

³⁹⁸ Ídem, pp. 3-4 y Anexo C-218.

³⁹⁹ Ídem, p. 5 y Anexos C-222 y C-223.

Civil de Santiago desestimó su demanda de medidas provisionales el 2 de octubre de 2001.⁴⁰⁰

457. La Demandada no aborda directamente en sus escritos la cuestión de la existencia de una diferencia en relación con la denegación de justicia que alegan las Demandantes. En cambio, procede a la descripción del caso presentado ante las jurisdicciones chilenas el 4 de octubre de 1995.⁴⁰¹ En concreto, llama la atención del Tribunal sobre tres decisiones, dos de ellas emitidas por el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago. La primera decisión a la que hace referencia es la del 20 de diciembre de 1996, por la cual el 1^{er} Juzgado Civil transmite a las partes una serie de seis preguntas,⁴⁰² junto con un requerimiento de que presente la prueba de los hechos alegados.⁴⁰³ El 26 de abril de 1999, el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago desestimó la demanda interpuesta por el Sr. Pey Casado con el objeto de añadir una pregunta en la lista elaborada por la jurisdicción chilena en su sentencia del 20 de diciembre de 1996.⁴⁰⁴ La Demandada afirma, por último, que el Sr. Pey Casado recurrió la sentencia del 1^{er} Juzgado Civil de Santiago del 20 de diciembre de 1996. La Corte de Apelaciones de Santiago habría rechazado la demanda del Sr. Pey Casado el 4 de octubre de 2002.⁴⁰⁵ La Demandada indica, además, que el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago habría

⁴⁰⁰ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, pp. 121-122.

⁴⁰¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 110 a 119.

⁴⁰² Las seis preguntas planteadas son las siguientes:

“1) Si el Sr. Pey se encuentra legitimado activamente para interponer la demanda.

2) Título en virtud del cual el Sr. Pey solicita la restitución de la máquina rotativa marca Goss.

3) Existencia de un contrato de depósito necesario respecto de la máquina rotativa; origen y modalidad de dicho contrato.

4) Título en virtud del cual el Estado chileno posee la máquina cuya restitución se solicita.

5) Si efectivamente han transcurrido los plazos exigidos por la ley para que opere la prescripción de la acción.

6) Si efectivamente al Sr. Pey se le han ocasionado perjuicios por actos imputables al Estado chileno; en su caso, naturaleza y monto de los perjuicios” (Véase el Memorial de contestación de la parte demandada, del 23 de febrero de 2003, pp. 116 y 117).

⁴⁰³ Véase Anexo 102 del Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

⁴⁰⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 117 y el Anexo 104 al Memorial de contestación.

⁴⁰⁵ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 118 y el Anexo 109 al Memorial de contestación.

rechazado la solicitud de suspensión que formuló el Sr. Pey Casado en el momento en que las Demandantes presentaron su demanda complementaria.⁴⁰⁶

458. La parte demandada concluye que debe desestimarse la demanda complementaria del 4 de noviembre de 2002, ya que las partes demandantes han hecho uso de la opción irrevocable (*fork-in-the-road*) contenida en el artículo 10.3 del APPI al interponer su demanda relativa a la máquina rotativa Goss ante las jurisdicciones del Estado receptor.⁴⁰⁷

(b) Conclusiones del Tribunal

459. Las partes demandantes iniciaron un procedimiento judicial el 4 de octubre de 1995 ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago con el objeto de obtener la restitución de la rotativa Goss.⁴⁰⁸ No obstante, aunque se emitieron algunas decisiones referentes a cuestiones de orden probatorio en dicho procedimiento,⁴⁰⁹ las pruebas presentadas demuestran que el 1^{er}

⁴⁰⁶ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 119.

⁴⁰⁷ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 191 y ss.

⁴⁰⁸ Véase el Anexo 48 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

⁴⁰⁹ Según las partes demandantes, este procedimiento interno, que tiene por objeto reclamar la restitución de la rotativa Goss, no ha dado lugar a ningún “*fallo*” (véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 107). Las decisiones invocadas por la Demandada no pueden calificarse, de hecho, como sentencia sobre el fondo del asunto (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 110 y ss.). Después de que el Consejo de Defensa del Estado hubiera respondido a la demanda del 4 de octubre de 1995 invocando la falta de legitimación activa de la Demandante para actuar (Anexo 100 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003), el 1er Juzgado Civil de Santiago dictó, el 2 de diciembre de 1996, una primera decisión que contenía seis preguntas y por la que solicitaba a las partes que reunieran pruebas concretas para defender sus pretensiones, en un plazo determinado [decisión del 1er Juzgado Civil de Santiago de 20 de diciembre de 1996 (Anexo 102 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003)]. El 31 de enero de 1997, el abogado del Sr. Pey Casado solicita la sustitución de un primer elemento de prueba, que se retire un segundo elemento y se añada un nuevo elemento de prueba propuesto por la Demandante (demanda de D. Pablo Vermehren Domínguez, en nombre del Sr. Pey Casado, de 31 de enero de 1997 (Anexo 103 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003). El elemento de prueba en cuestión tenía por objeto establecer si la rotativa Goss figuraba en el inventario de los bienes muebles al que se refiere el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 165 de 1975 (ibídem); según la Demandada, el 1er Juzgado Civil de Santiago desestimó dicha demanda el 26 de abril de 1999 [decisión del 1er Juzgado Civil de Santiago de 26 de abril de 1999 (Anexo 104 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003)].

El 23 de junio de 1999, el Sr. Pey Casado informa, a través de su abogado, a la Corte de la existencia de un procedimiento de arbitraje en relación con los “*bienes y créditos*” de la sociedad CPP S. A., con excepción de la rotativa Goss, que es objeto del litigio sometido a la Corte (Anexo 105 al Memorial de contestación de la parte demandada sobre la competencia). En esa misma fecha, el abogado del Sr. Pey Casado pide, además, al Tribunal que ordene al Ministerio de Defensa Nacional que indique los motivos de la ocupación de los locales del diario *Clarín* y presente los documentos pertinentes (véase Ídem.). Solicita también a la Corte el que nombre un experto para determinar el estado de conservación de la máquina rotativa Goss, así como su valor de reemplazo, en caso de que fuera imposible su restitución [demanda del D. Pablo Vermehren Domínguez, en nombre del Sr. Pey Casado, de 23 de junio de 1999 (Anexo 105 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003)]. El 27 de julio de 1999, el Procurador Fiscal de Santiago alega,

Juzgado Civil de Santiago no se había pronunciado sobre el fondo cuando intervino la Decisión N.º 43, ni cuando las partes demandantes interpusieron su demanda complementaria ante el Tribunal de arbitraje el 4 de noviembre de 2002.

460. Además, las partes demandantes intentaron en vano que se reconociera la incompatibilidad de la Decisión N. 43 con dicho procedimiento judicial.
461. El 2 de octubre de 2001, el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago se declaró incompetente para conocer de la incompatibilidad entre la Decisión N.º 43 y el procedimiento incoado ante él el 4 de octubre de 1995. La Corte Suprema sería la única competente.⁴¹⁰
462. Tras informar al *Contralor* acerca de la incompatibilidad de la Decisión N.º 43 con la acción interpuesta ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago el 4 de octubre de 1995,⁴¹¹ las partes demandantes le reprocharon el hecho de haber convalidado, los días 22 y 23 de julio de 2002, el pago de una indemnización a favor de los beneficiarios de la Decisión N.º 43, indemnización que comprendía sobre todo el perjuicio sufrido a causa de la confiscación de la rotativa Goss.⁴¹²
463. Por lo tanto, las partes demandantes intentaron interponer los siguientes recursos:
- El 5 de junio de 2002, el Sr. Pey Casado interpuso una demanda ante la Corte Suprema con base en la existencia de un conflicto de competencia entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial alegando que el Poder Ejecutivo no respetaba la competencia exclusiva del 1^{er} Juzgado Civil de Santiago; dicha demanda fue rechazada el 2 de julio de 2002;⁴¹³

por su parte, ante la Corte que el Sr. Pey Casado no había demostrado que fuera propietario de la rotativa Goss o de la sociedad EPC Ltda. [Observaciones del Procurador Fiscal de Santiago de 27 de julio de 1999 (Anexo 106 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003)]. Los días 10 y 13 de agosto de 1999, el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago intentó, al parecer sin éxito, localizar la rotativa Goss, ya que la inspección ordenada no dio resultados (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 118).

Si bien la Corte de Apelaciones de Santiago pudo rechazar el 4 de octubre de 2002 el recurso interpuesto por el Sr. Pey Casado contra la decisión del 20 de diciembre de 1996 (véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 118-119 y el Anexo 109 al mismo), ésta no fue una decisión sobre el fondo.

⁴¹⁰ Véase el Anexo C-219.

⁴¹¹ Véase el Anexo C-224.

⁴¹² Véase la demanda complementaria de las partes demandantes del 4 de noviembre de 2002, p. 3.

⁴¹³ Véase ídem, pp. 3 y 4 y Anexo C-218.

- El 6 de julio de 2002, el Sr. Pey Casado intenta un recurso de reposición contra la decisión de rechazo dictada el 2 de julio de 2002; la Corte Suprema niega dicho recurso el 26 de julio de 2002;⁴¹⁴
- El 29 de julio de 2002, el Sr. Pey interpone un recurso de reposición contra la decisión del *Contralor* de los días 22 y 23 de julio de 2002;⁴¹⁵ el 14 de octubre de 2002, el *Contralor* inadmite el recurso basándose en la sentencia de la Corte Suprema del 2 de julio de 2002;⁴¹⁶
- El 3 de agosto de 2002, el Sr. Pey Casado formula ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección constitucional relativo a su derecho de propiedad sobre la rotativa Goss, derecho que habrían violado las decisiones del *Contralor* de los días 22 y 23 de julio de 2002 que ratificaban los Decretos relativos al pago de las indemnizaciones que concedía la Decisión N.º 43;⁴¹⁷ el 6 de agosto de 2002, la Corte de Apelaciones de Santiago inadmite la demanda por falta manifiesta de fundamento.⁴¹⁸

464. El Tribunal considera que la última diferencia entre las partes se materializó durante el período 2002-2003. Al interponer su demanda complementaria el 4 de noviembre de 2002, las Demandantes reprocharon al Estado chileno, por primera vez en dicho procedimiento, la denegación de justicia, y formularon una reclamación.⁴¹⁹ Al solicitar al Tribunal de arbitraje en su Memorial del 3 de febrero de 2003 que desestimara la demanda

⁴¹⁴ Véase el Anexo C-217.

⁴¹⁵ Véase la demanda complementaria de las partes demandantes del 4 de noviembre de 2002, p. 3 y el Anexo C-220.

⁴¹⁶ Véase la demanda complementaria de las partes demandantes del 4 de noviembre de 2002, p. 3 y el Anexo C-216.

⁴¹⁷ Véase ídem, p. 4 y Anexo C-222.

⁴¹⁸ Véase ídem, pp. 4 y 5 y Anexo C-223.

⁴¹⁹ Véase ídem, pp. 2 y ss. En la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, las Demandantes alegan que “[e]l Tribunal es competente *ratione temporis* según el art. 2.3 del APPI porque la diferencia sobre la rotativa GOSS y la Decisión N.º 43 ha surgido después de la entrada en vigor del APPI España-Chile” (p. 121). Según la Demandada, “las Demandantes han ejercido su opción única bajo el APPI Chile-España” y no pueden presentar una demanda basada en la denegación de justicia (Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, pp. 38 y ss.).

complementaria interpuesta por las Demandantes, la Demandada confirmó la existencia de una diferencia en torno a la denegación de justicia.⁴²⁰

465. En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que las tres diferencias invocadas por las Demandantes ocurrieron efectivamente con posterioridad a la entrada en vigor del APPI, y se considera, por lo tanto, competente *ratione temporis* para conocer del caso.
466. Sin embargo, ello no significa que las disposiciones sustantivas del APPI sean aplicables a la totalidad de las violaciones alegadas por las Demandantes. En efecto, en virtud del principio de no retroactividad de los tratados, la aplicabilidad de las obligaciones sustantivas de un tratado se determina, salvo acuerdo en contrario entre las partes que el Tribunal estima no se ha dado en este caso, en función de la fecha en la que se produce el hecho ilícito, y no en función del momento en el que aparece y se materializa la diferencia, criterio distinto este último que sólo sirve para determinar la competencia *ratione temporis* del Tribunal. Únicamente si la supuesta violación es posterior a la entrada en vigor del Tratado le serán aplicables las disposiciones sustantivas del mismo. Se analizará esta cuestión en la exposición de los argumentos relativos al fondo.

4. La opción irrevocable (fork-in-the-road)

467. El Estado otorga su consentimiento al arbitraje contemplado en el APPI siempre y cuando el inversionista no haya renunciado a acogerse a las disposiciones del Tratado ejerciendo recursos jurídicos que el Tratado establece, al contemplar una cláusula de opción irrevocable o de *fork in the road*, como incompatibles con los que el Tratado mismo ofrece.
468. El Tribunal recordará los argumentos presentados por las partes en relación con el ejercicio de la opción irrevocable prevista en el artículo 10 del APPI entre Chile y España antes de formular las conclusiones a las que ha llegado sobre la cuestión.

⁴²⁰ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 116 y ss.

a) La posición de las partes

i. *La posición de la parte demandada*

469. La parte demandada sostiene que el Sr. Pey Casado ejerció la opción irrevocable prevista en el artículo 10 del APPI “por haber presentado una demanda ante los tribunales nacionales de Chile por daños relacionados con las confiscación del CPP S. A. y EPC Ltda.”.⁴²¹
470. La Demandada deduce, en efecto, de la formulación de la demanda presentada por el Sr. Pey Casado el 4 de octubre de 1995 que “la intención original del Señor Pey no era la de buscar restitución o indemnización en los tribunales chilenos únicamente en relación con la máquina Goss, sino que dicha demanda formaba parte de un plan de alcance más amplio que abarcaba una serie de demandas en Chile en relación con distintos bienes confiscados - tanto bienes personales del Sr. Pey como aquellos pertenecientes a la sociedad de la cual dice ser socio mayoritario (vale decir, del CPP S.A.). Fue por este motivo que el Sr. Pey afirmó que ‘en primer lugar’ solicitaba restitución de la máquina Goss, y que ‘posteriormente’ presentaría nuevas demandas respecto de otros bienes”.⁴²² El Sr. Pey Casado no formuló ninguna reserva ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago sobre un posible arbitraje ante el CIADI hasta unos meses más tarde.
471. Por otro lado, la Demandada se refiere a las Memorias de Actividades de la Fundación Presidente Allende de los años 1995, 1996 y 1997; dichas memorias demostrarían que la Fundación también consideraba, por su parte, que “*el reclamo inicial ante el Primer Juzgado Civil de Santiago formaba parte de un plan de reclamos a realizarse en tribunales chilenos en relación con la confiscación de CPP S.A. y de EPC Ltda.*”,⁴²³ y que hasta 1997 no habría considerado la posibilidad del arbitraje CIADI.
472. Tras recordar que la cláusula de opción irrevocable tiene por objeto evitar que se produzcan procedimientos múltiples o paralelos, así como la presentación de múltiples demandas aisladas referentes cada una a un bien distinto, la Demandada alega, basándose

⁴²¹ Memorial de contestación 3 de febrero de 2003, p. 189; Memorial de Incompetencia de la Demandada del 20 de julio de 1999, pp. 128-131; Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 146 y p. 159, y Nota de alegatos del Estado de Chile relativa a las Audiencias de los días 29 y 30 de octubre 2001, p. 108.

⁴²² Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 190.

⁴²³ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 191.

en un informe del Profesor R. Dolzer, que el artículo 10 no puede permitir que se interpongan al mismo tiempo una acción judicial ante un tribunal estatal antes de que concluya el período reservado a las consultas amistosas y una demanda de arbitraje ante un Tribunal de arbitraje con el mismo objeto, una vez concluido el período de consultas amistosas. La situación en la que se halla el Estado demandado, obligado a hacer frente a dos procedimientos, uno ante los tribunales chilenos y otro ante el presente Tribunal, para tratar la misma cuestión de fondo, es precisamente la situación que el APPI persigue evitar.

473. La Demandada considera que la demanda interpuesta ante las jurisdicciones chilenas se refiere a “los daños relacionados con la confiscación de CPP S. A. y EPC Ltda.” y tiene “precisamente el mismo objeto de su demanda ante el CIADI”.⁴²⁴ Además, “tanto el caso GOSS como la demanda CIADI se basan en los mismos presuntos derechos de propiedad bajo la ley chilena”.⁴²⁵ Incluso suponiendo que la demanda del Sr. Pey Casado ante las jurisdicciones chilenas se refiriera únicamente a la rotativa Goss, lo que no sería el caso, el Tribunal no podría autorizar a las Demandantes a dividir sus demandas como lo están haciendo, y debería concluir que el Sr. Pey Casado ha ejercido la opción irrevocable prevista en el APPI.
474. No obstante, si el Tribunal se negara a declararse incompetente por considerar que la acción interpuesta ante los tribunales chilenos no constituye el ejercicio de la opción irrevocable, la Demandada solicita al Tribunal que rechace la demanda complementaria interpuesta por las Demandantes el 4 de noviembre de 2002.
475. De acuerdo con la Demandada, “[l]as Demandantes pretenden trasladar al CIADI una demanda que han venido llevando en Chile y que siempre han caracterizado como una demanda independiente y separada de la que entablaron en el CIADI, a pesar del hecho ya indicado de que esa demanda presenta exactamente la misma cuestión de fondo que aquella que se dirime en el presente arbitraje. Las Demandantes presentaron su demanda sobre la máquina GOSS en Chile en 1995 (es decir, después de la entrada en vigencia del

⁴²⁴ Ídem, p. 189.

⁴²⁵ Dúplica de la Demandada del 4 de abril de 2003, p. 39. Esta identidad en el fundamento privaría a las partes demandantes de la posibilidad de invocar el fallo dictado en el caso *Alex Genin c. Estonia*.

APPI) y al presentar su demanda ante el CIADI optaron por no retirar la demanda que habían presentado en Chile”.⁴²⁶

476. El Estado demandado concluye que la demanda complementaria infringe las disposiciones del artículo 10.3 del APPI, el artículo 26 del Convenio CIADI, la regla 40(1) de las Reglas de Arbitraje CIADI, así como los “*principios elementales de ‘fair play’, estoppel y justicia procesal*”.⁴²⁷ Por lo tanto, dicha demanda debe rechazarse.
477. Por último, las Demandantes no podrían eludir la aplicación de la cláusula de opción irrevocable invocando a título subsidiario la cláusula de la nación más favorecida. El examen de la jurisprudencia de arbitraje CIADI permitiría concluir que la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APPI entre Chile y España no está redactada de forma lo suficientemente amplia para que pueda aplicarse a la cláusula de arreglo de diferencias, como pretenden las Demandantes.

ii. *La posición de las partes demandantes*

478. Las Demandantes consideran que han “excluido del consentimiento al arbitraje la controversia relativa a la ‘mera restitución -o, en su defecto, su valor de sustitución- de la máquina rotativa GOSS’ porque sobre esta específica cuestión, y solo ella, se sigue desde antes del consentimiento [al arbitraje] un juicio ante los Tribunales internos de Chile (Rol N. °3.510-95 del 1^{er} Juzgado Civil de Santiago, titulado Pey c. Fisco de Chile) [...]”.⁴²⁸ Al invocar el laudo emitido en el caso Olgún c. Paraguay, las Demandantes insisten en el hecho de que la restitución de la rotativa Goss o la obtención de su valor de sustitución constituyen el único objeto de su demanda ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago. Especifican también que el único objeto de la acción interpuesta, por otro lado, ante el 8^o Juzgado del Crimen de Santiago era obtener la devolución de los títulos de CPP S. A. que son propiedad del Sr. Pey Casado. Las cartas dirigidas al Presidente de la República de Chile en 1995 y 1996 y al Gobierno chileno en 1997, que pretendían obtener una solución

⁴²⁶ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 196-197.

⁴²⁷ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 197.

⁴²⁸ Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 131. Véase también la Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 23.

amistosa del litigio, no constituyen, con mayor motivo, el ejercicio de la opción irrevocable prevista en el artículo 10 del APPI.

479. La Demandada no ha aportado en ningún momento la prueba de que las Demandantes hayan interpuesto una acción ante las jurisdicciones chilenas que tenga el mismo objeto que el presente arbitraje.
480. De acuerdo con las partes demandantes, la cláusula de opción irrevocable se aplicaría aún menos respecto de su demanda complementaria relativa a la denegación de justicia supuestamente sufrida por ellas en el procedimiento incoado ante los tribunales chilenos para obtener la restitución de la rotativa Goss.⁴²⁹ El ejercicio de la opción irrevocable sería, en efecto, imposible en el caso de denegación de justicia. Esto es así ya que cuando una parte eleva una diferencia ante una jurisdicción interna y de dicho procedimiento interno resulta una denegación de justicia, que por definición es imprevisible, y, por otro lado, esa misma parte ha incoado un procedimiento de arbitraje, la demanda que se presente posteriormente ante el Tribunal de arbitraje es necesariamente distinta. Por lo tanto, la denegación de justicia en el procedimiento iniciado en 1995 para obtener la restitución de la rotativa Goss podría llevarse ante el Tribunal sin por ello ejercer la opción irrevocable.
481. A título subsidiario, las partes demandantes se basan en la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APPI entre Chile y España, e invocando en concreto las cláusulas relativas al arreglo de diferencias contenidas en los APPI entre Chile y Suiza,⁴³⁰ entre Chile y Alemania⁴³¹ y entre Chile y los Países Bajos,⁴³² consideran que la jurisprudencia arbitral permitiría en este caso aplicar la cláusula de la nación más favorecida a la cláusula de solución de controversias del APPI.

⁴²⁹ Véase la Réplica a la Contestación de la República de Chile del 23 de febrero de 2003, p. 114. Véase la demanda complementaria de las Demandantes, del 4 de noviembre de 2002. Las Demandantes ampliaron el campo de la denegación de justicia en el caso, pues consideraban que se derivaba además de una “denegación abusiva del acceso al arbitraje para obligar al Tribunal Arbitral a una denegación de justicia” [transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 284 (Sr. Garcés)].

⁴³⁰ Las partes demandantes invocan el artículo 9.3 del APPI entre Chile y Suiza.

⁴³¹ Las partes demandantes se basan en el artículo 10.3 del APPI entre Alemania y Chile.

⁴³² Las partes demandantes invocan la disposición del protocolo que completa el APPI entre Chile y los Países Bajos relativa al artículo 8 del APPI.

b) Conclusiones del Tribunal

482. El artículo 10 del APPI prevé en su parte pertinente que:

“Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva”.

483. El ejercicio de la opción irrevocable requiere que se reúnan tres condiciones. Las demandas presentadas respectivamente ante las jurisdicciones nacionales y ante el Tribunal de arbitraje deben poseer identidad de objeto y de fundamento, y ser presentadas por las mismas partes.

484. Tal y como expuso claramente el Tribunal de arbitraje constituido en el caso *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*:

“[t]o the extent that a dispute might involve the same parties, object and cause of action it might be considered as the same dispute and the ‘fork in the road’ mechanism would preclude its submission to concurrent tribunals”.⁴³³

485. El Tribunal de arbitraje en el caso *Azurix c. Argentina*⁴³⁴ señaló precisamente que los tribunales de arbitraje han corroborado la exigencia de esa triple identidad. Asimismo, en el caso *CMS c. Argentina*, el Tribunal de arbitraje recordó que una cláusula de opción

⁴³³ *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso LCIA N.º UN3467, sentencia final del 1 de julio de 2004, párr. 52.

⁴³⁴ *Azurix Corp. c. la República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/12, laudo sobre competencia de 8 de diciembre de 2003, párr. 89, JDI 2004.275, en particular p. 281. En este caso, el Tribunal se refirió a los tres criterios exigidos en el caso *Benvenuti c. Congo* —la identidad de partes, de objeto y de fundamento— antes de establecer que “[t]his line of reasoning has been consistently followed by arbitral tribunals in cases involving claims under BITs (...)” (véase párrafo 89). Véase también *Enron Corporation and Ponderosa Asset, LP c. la República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/01/3, laudo sobre competencia de 14 de enero de 2004, párr. 97.

irrevocable no podía resultar aplicable cuando las partes y el fundamento de la demanda eran diferentes.⁴³⁵

486. En ausencia de uno de los tres elementos de la triple identidad mencionada, la cláusula de opción irrevocable no puede aplicarse. Ahora bien, esta triple identidad no ha existido nunca en el caso presente.

i. *Exclusión de la rotativa Goss del objeto de las demandas presentadas en el arbitraje*

487. En la carta del 2 de octubre de 1997 por la que el Sr. Pey Casado expresó su consentimiento al arbitraje se indicaba que:

*“[...] el presente consentimiento abarca a todas y cada una de las controversias jurídicas derivadas de la confiscación de mis inversiones comerciales citadas [anteriormente], con la sola excepción de la relativa a la mera restitución -o, en su defecto, su valor de sustitución correspondiente- de la máquina rotativa Goss, comprada en 1972 e instalada en la sede del diario CLARÍN. Sí incluye este consentimiento la controversia jurídica relativa a todos los perjuicios derivados de la ocupación de dicha rotativa, consistentes en daño emergente, lucro cesante e intereses compensatorios”.*⁴³⁶

488. El litigio relativo a la devolución de la rotativa Goss fue, por lo tanto, excluido de forma expresa y clara del ámbito de competencia del Tribunal.

489. Por otro lado, las partes demandantes solicitaron en su solicitud de arbitraje que el Tribunal “declare ilegítima y contraria al Derecho Internacional la ocupación y confiscación de la inversión hecha por el ciudadano español D. Víctor Pey Casado”,⁴³⁷ y que condene a la República de Chile a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo del embargo y la confiscación de los bienes de las Demandantes, sobre la base de las disposiciones pertinentes del APPI entre Chile y España.⁴³⁸ Las Demandantes no

⁴³⁵ *CMS Gas Transmission Company c. la República Argentina*, caso CIADI n° ARB/01/8, laudo sobre competencia de 17 de julio de 2003, párr. 80, JDI 2004.236, en particular pp. 250 y 251. Véase *Pan American Energy LLC yBP Argentina Exploration Company c. la República Argentina*, caso CIADI n° ARB/03/13 y *BP America Production Co. and Others c. la República Argentina*, caso CIADI n° ARB/04/8, laudo sobre las objeciones preliminares de 27 de julio de 2006, párr. 157.

⁴³⁶ Carta del Sr. Pey Casado del 2 de octubre de 1997 p. 1 (Anexo 10 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁴³⁷ Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 9.

⁴³⁸ Ídem, pp. 8-9.

intentaron en ningún momento modificar el alcance de su consentimiento al arbitraje incluyendo en él la rotativa Goss, tal y como lo demuestran sus escritos posteriores.

490. En la demanda presentada ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago el 4 de octubre de 1995, el Sr. Pey Casado alegó que el Estado chileno había embargado ilegalmente la rotativa Goss en 1973 y, basándose en las disposiciones del Código Civil chileno, solicita que se le restituya dicha máquina. En caso de que fuera imposible la restitución, el Sr. Pey Casado solicita una indemnización correspondiente al valor de la rotativa, más los intereses y, llegado el caso, una indemnización por los eventuales daños que hubiera sufrido la rotativa.⁴³⁹
491. La demanda de arbitraje y la demanda interpuesta ante el juez chileno tienen, por lo tanto, un objeto y un fundamento distintos. La primera tiene por objeto obtener la reparación del perjuicio derivado del embargo y confiscación respecto de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda., sobre la base de determinadas disposiciones del APPI entre Chile y España, mientras que la segunda tiene por objeto la restitución de un bien mueble concreto, la rotativa Goss, expresamente excluido del alcance del consentimiento al arbitraje, y se basa en el derecho chileno.
492. El solo hecho de que el Sr. Pey Casado haya expresado ante el juez chileno la intención de interponer en el futuro nuevas demandas en relación con otros bienes pertenecientes a la sociedad CPP S.A., sin haber procedido a interponer efectivamente dichas demandas, no genera la aplicación de la cláusula de opción irrevocable. Tal y como recordó el Tribunal de arbitraje en el caso *Pan American Energy c. Argentina*, los tribunales no decidirán nunca a la ligera que las Demandantes han elegido llevar su diferencia ante las jurisdicciones del Estado receptor y que, en consecuencia, han ejercido la opción irrevocable prevista en el APPI aplicable al caso. Si así fuera, la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional carecería de toda utilidad.⁴⁴⁰
493. En el presente caso, las Demandantes han hecho una distinción muy clara entre el objeto y el fundamento de la demanda interpuesta ante la jurisdicción chilena y el objeto y

⁴³⁹ Demanda del Sr. Pey Casado ante el 1er Juzgado Civil de la Corte de Apelaciones de Santiago del 4 de octubre de 1995 (Anexo 48 al Memorial de contestación de la parte demandada, del 3 de febrero de 2003).

⁴⁴⁰ Véase *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. Argentina*, caso CIADI n° ARB/03/13 y *BP America Production Co. and Others c. Argentina*, caso CIADI n° ARB/04/8, laudo sobre las objeciones preliminares del 27 de julio de 2006, párr. 155.

fundamento de la demanda de arbitraje. El Tribunal considera, por lo tanto que, al interponer su demanda de arbitraje, el Sr. Pey Casado no ejerció la opción irrevocable prevista en el artículo 10.2. del APPI.

ii. *La demanda basada en la denegación de justicia no riñe con la opción irrevocable, pues no es, por definición, lo solicitado ante las jurisdicciones locales*

494. La demanda complementaria de las Demandantes del 4 de noviembre de 2002, confirmada en sus posteriores memoriales y durante las audiencias, tiene por objeto elevar al Tribunal, no la demanda de restitución de la rotativa Goss, sino una demanda de reparación por el perjuicio derivado de la denegación de justicia que sufrió el Sr. Pey Casado en el mencionado procedimiento interno.

495. El Tribunal considera que la cláusula de opción irrevocable prevista en el APPI no impide a las Demandantes presentar su demanda referente a la denegación de justicia ante el Tribunal de arbitraje. Tal como explica el Profesor Jan Paulsson en su obra dedicada a la denegación de justicia, precisamente una alegación de denegación de justicia cometida por las jurisdicciones nacionales no se verá afectada por la cláusula de opción irrevocable:

*“Treaties which require an election of remedies, with the result that a claimant chooses an irreversible direction at a fork in the road, do not preclude claims of denial of justice before an international tribunal with respect to acts or omissions which were not encompassed in the petition made to an initially elected national forum. The most obvious instance would be an allegation of denial of justice in that very forum”.*⁴⁴¹

496. En el presente caso, aunque las partes sean las mismas, resulta evidente que el objeto de la demanda complementaria, que consiste en una solicitud para obtener una indemnización por el perjuicio sufrido a raíz de la denegación de justicia, no es obviamente idéntico al de la acción iniciada ante los tribunales chilenos para obtener la devolución de la rotativa Goss. El fundamento en cada caso es también diferente: la demanda relativa a la denegación de justicia se basa en las disposiciones del APPI; la acción interpuesta ante los jueces chilenos se funda en el derecho chileno y, en concreto, en las disposiciones del Código Civil relativas a la restitución.

⁴⁴¹ J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 130.

497. El Tribunal concluye, por tanto, que la opción irrevocable prevista en el artículo 10.2 del APPI no fue ejercida cuando las partes demandantes interpusieron ante el Tribunal de arbitraje su demanda complementaria en relación con la denegación de justicia.
498. Al no haber ejercido las partes demandantes la opción irrevocable, es inútil preguntarse por la posible aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a la cláusula de arreglo de diferencias del APPI.

D. Conclusión

499. En resumen, el Tribunal de arbitraje ha constatado que se halla, efectivamente, ante una diferencia de naturaleza jurídica que surge directamente de una inversión de acuerdo al Convenio CIADI, y que las partes han consentido por escrito someter al Centro dicha diferencia. Además, el Tribunal de arbitraje ha llegado a la conclusión de que, al haber renunciado de forma válida a su nacionalidad chilena antes de otorgar su consentimiento para someter la diferencia a arbitraje, el Sr. Pey Casado es un “*nacional de otro Estado Contratante*” de acuerdo al artículo 25(2)(a) del Convenio en las fechas críticas.
500. En consecuencia, el Tribunal de arbitraje tiene que rechazar la excepción que ha presentado la Demandada y admitir su competencia para decidir sobre el fondo del diferendo en lo que respecta a la primera parte demandante, Sr. Pey Casado.

V. LA COMPETENCIA DEL CENTRO Y DEL TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR LA FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE

501. La siguiente cuestión que se va a examinar, habida cuenta de las exposiciones y de las conclusiones respectivas de las partes, es la de la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje en relación con la segunda parte demandante, la Fundación Presidente Allende (o “*Fundación*”).⁴⁴²

⁴⁴² Las Demandantes han planteado que la Demandada, no objetó, durante los seis meses posteriores a haber conocido de la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, la legitimación de la Fundación Presidente Allende para interponer una demanda, y que la legitimación de la Fundación no figuraba entre los motivos alegados en la carta que envió Chile al Secretario General del CIADI el 18 de marzo de 1998, en la que Chile solicitaba al CIADI que no registrara la solicitud por falta de jurisdicción del Centro (véase Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 120; el Memorial de las Demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 27). En respuesta a la misma, la Demandada sostenía que no existe obligación alguna de plantear la falta de legitimación activa dentro el plazo alegado y que, en cualquier caso, Chile la habría planteado más tarde, en una carta dirigida al CIADI el 5 de mayo de 1998 (véase el Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p.

502. Antes de entrar a analizar si se cumplen los requisitos relativos a la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje, cabe recordar brevemente los hechos relativos a la creación,⁴⁴³ y actividad de la Fundación Presidente Allende.

A. Resumen de los hechos

503. La Fundación Presidente Allende se creó el 16 de enero de 1990 mediante una acta notarial firmada en Madrid. El notario, Sr. Jaime García Rosado y García, menciona que comparecieron ante él los Sres. Juan Enrique Garcés Ramón (con poderes que le otorgaron los Sres. Pey Casado el 6 de octubre de 1989⁴⁴⁴ y Gonzalo-Óscar Marten García, Ministro de Planificación Nacional de Chile entre noviembre de 1970 y septiembre de 1973) y Óscar Soto Guzmán (médico personal del Presidente Allende), con el fin de crear la Fundación Presidente Allende como fundación cultural de derecho privado y sin ánimo de lucro. La Fundación estableció su domicilio en la calle Alfonso XII de Madrid y se creó con una duración indefinida.⁴⁴⁵

504. Según lo dispuesto en el artículo 3 de los Estatutos de la Fundación, su objetivo es “promover 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”.⁴⁴⁶

505. El capital de la Fundación está compuesto de diversos elementos: un millón de pesetas donado por el Sr. Garcés Ramón, cien mil pesetas aportadas por el Sr. Martner García y un 90% de haberes de varias sociedades que aporta el Sr. Pey Casado “*en su condición de propietario de las acciones sociales, del patrimonio y derechos de cualquier*

121). El Tribunal constata que las Demandantes no han derivado consecuencias procesales del supuesto término dentro del cual la Demandada planteó la excepción de incompetencia relativa a la Fundación Presidente Allende y que, en concreto, no ha afirmado la inadmisibilidad de dicha excepción sobre esa base. En cualquier caso, la legitimación activa de la Fundación Presidente Allende para interponer acciones judiciales se planteó detalladamente, a más tardar en el primer Memorial de incompetencia de la Demandada, del 20 de julio de 1999.

⁴⁴³ Ya mencionado en la parte correspondiente a los Hechos del presente laudo.

⁴⁴⁴ El señor Pey Casado le había otorgado un poder el 6 de octubre de 1989 al señor Marten García, con el propósito de crear la dicha fundación ante notario en Miami. Véase el Anexo C-7 a la contestación al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, del 18 de septiembre de 1999.

⁴⁴⁵ Ídem

⁴⁴⁶ Ídem

naturaleza”.⁴⁴⁷ Dichas sociedades se encuentran definidas en el artículo 11 de los Estatutos como sigue: “‘*Consortio Publicitario y Periodístico S. A.*’, *constituida por escritura de 3 de agosto de 1967, ante el Notario de Santiago de Chile D. Rafael Zaldivar D., con sede en Santiago de Chile, ‘Empresa Periodística Clarín Ltda.’, constituida en Chile en 1955, con sede en Santiago de Chile, adquiridas por compra [por parte del Sr. Pey Casado] a D. Darío Sainte-Marie Soruco efectuada en 1972*”.⁴⁴⁸

506. En lo que respecta los aportes del Sr. Pey Casado a la Fundación, al parecer el Sr. Pey Casado firmó el acta de transferencia y la de aceptación ante un notario de los Estados Unidos el 6 de febrero de 1990, actuando en su doble calidad de Presidente de la Fundación y de ciudadano español.⁴⁴⁹ Dicho acta fue inscrito en el registro pero la donación fue aceptada por la Fundación en el Ministerio Español de Cultura el 14 de diciembre de 1994,⁴⁵⁰ dos semanas después de que entrara en vigor la ley 30/1994,⁴⁵¹ que exonera a las fundaciones de los impuestos debidos por las donaciones realizadas a su favor (artículo 65).⁴⁵²
507. Una orden ministerial del 27 de abril de 1990⁴⁵³ aprobó, clasificó y registró la Fundación. Dicha orden transcribía literalmente, de conformidad con la legislación que regulaba las fundaciones mencionadas en la orden, los datos que figuraban en las “*escrituras de constitución de la Fundación*” del 11 de enero anterior, y entre ellos el capital de la Fundación, limitado a 1,1 millones de pesetas.
508. De acuerdo con la Demandada, en 1995 y 1996 las actividades de la Fundación consistieron fundamentalmente en seguir los procedimientos judiciales y/o políticos que se hallaban en curso en Chile, especialmente ante el Parlamento chileno, en lo que respecta al reconocimiento de los derechos patrimoniales cedidos a la Fundación, y en interponer

⁴⁴⁷ Ídem

⁴⁴⁸ Ídem

⁴⁴⁹ Véase Anexo 18 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁵⁰ Anexo 9 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁴⁵¹ Boletín Oficial del 25 de noviembre de 1994.

⁴⁵² Véase la tabla cronológica de los hechos relacionados con la competencia y el fondo del asunto, del 11 de septiembre de 2002, p.14.

⁴⁵³ Publicada en el Boletín Oficial del 6 de julio de 1990.

acciones judiciales con el fin de obtener del Poder Judicial chileno una indemnización por los daños sufridos desde 1973.⁴⁵⁴

509. La Fundación pone de presente asimismo las múltiples actividades, judiciales, políticas y culturales que lleva a cabo desde su creación.⁴⁵⁵ Las Demandantes sostuvieron que las acciones judiciales interpuestas por Sr. Pey Casado lo fueron en defensa de los intereses de la Fundación en virtud de los acuerdos que autorizaban tanto a la Fundación como al Sr. Pey Casado a actuar a favor del otro para la recuperación de los bienes que les habían sido confiscados.
510. La Demandada señaló que, en 1999, se modificaron diversos aspectos de los Estatutos de la Fundación, entre ellos el relativo al uso del capital en caso de disolución, y se mencionó de que el Sr. Pey Casado poseía no una doble nacionalidad, como anteriormente había declarado el mandatario del Sr. Pey Casado, sino sólo la nacionalidad española.⁴⁵⁶
511. A la luz del resumen expuesto, cabe analizar si el Centro y el Tribunal de arbitraje son competentes para pronunciarse sobre las demandas de la segunda parte demandante, Fundación Presidente Allende.

B. Cuestiones de derecho

512. Los requisitos relativos a la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje, en concreto los exigidos en el artículo 25 del Convenio CIADI, se han descrito detalladamente con anterioridad, en el contexto del análisis de la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje para conocer de la demanda del Sr. Pey Casado.
513. Para que el Centro y el Tribunal de arbitraje sean competentes para conocer de la demanda interpuesta por la Fundación Presidente Allende, ésta debe justificar la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica; que dicha diferencia enfrenta a un Estado contratante y a

⁴⁵⁴ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 191-193, y los Anexos 118, 119, 120 y 121.

⁴⁵⁵ Intervención ante el Parlamento Europeo en relación con las confiscaciones bajo el régimen militar con ocasión del acuerdo marco suscrito entre la CEE y Chile; asignación de becas a los estudiantes chilenos residentes en España; defensa de las víctimas de cualquier nacionalidad del régimen instaurado a raíz del golpe de Estado; acciones judiciales en Europa en el “*caso Pinochet*”; actuaciones ante el Parlamento español con vistas a la restitución de los bienes confiscados; etc.

⁴⁵⁶ Anexo 135 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

un nacional de otro Estado contratante; que la diferencia surge directamente de una inversión y que las partes han consentido por escrito someter la misma al Centro.

514. Tal como se ha visto en relación con la primera parte demandante, la Demandada no controvierte ni el requisito relativo a la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica, ni el relativo a la calidad del Estado contratante. En cambio, las partes discrepan en cuanto al requisito relativo a la inversión, a la nacionalidad del inversionista y al consentimiento. La mayoría de los argumentos presentados por las partes en el contexto de la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje en relación de la Fundación Presidente Allende giran en torno a la validez de la cesión a esta última, por parte del Sr. Pey Casado, de la mayoría de las acciones de CPP S. A. y de EPC Ltda. y a las consecuencias que tendría dicha cesión respecto del derecho de la Fundación a interponer acciones judiciales y sobre la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje respecto de la Fundación.

1. El requisito de inversión de acuerdo al Convenio CIADI

515. El primer requisito de competencia en controversia se refiere a la inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI, en particular a la cuestión de determinar si la Fundación Presidente Allende puede considerarse como parte en un diferendo que surja “*directamente de una inversión [...]*”.

516. Si la posición de la Fundación se analizara de forma “*independiente*” y en sí misma, es decir, haciendo abstracción de la cesión de derechos realizada en su favor por el Sr. Pey Casado, cabría preguntarse si, al menos *prima facie*, la Fundación tendría el carácter de “*inversionista*”. Efectivamente, la Fundación se limitó a recibir del Sr. Pey Casado (y de otras personas) una donación (término utilizado por el abogado, Sr. Garcés), ello independientemente de los fines enunciados en sus Estatutos.⁴⁵⁷ No obstante, resulta superfluo abundar en esta cuestión, dado que el debate entre las partes se ha concentrado en la cesión por parte del Sr. Pey Casado, de una parte de sus derechos, a la Fundación.

⁴⁵⁷ A la fecha en que se interpuso la Solicitud de arbitraje, no parece que la Fundación haya contribuido a la economía chilena, y no pretende haberlo hecho, incluso si el artículo 3 de sus Estatutos se puede interpretar como asignándole unos objetivos de naturaleza esencialmente cultural, social o jurídica, que normalmente debían beneficiar a Chile. Véase, por ejemplo, la transcripción del 4 de mayo de 2000, pp. 77-78 (Sr. Garcés).

517. Determinar si la Fundación tiene la calidad de “*inversionista*” de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI depende, por tanto, de la validez y de los efectos de la cesión de derechos efectuada por la primera parte demandante y de los que se ha beneficiado, a título gratuito la Fundación.⁴⁵⁸ Esta cuestión es, en primer lugar, una cuestión de derecho privado o de derecho internacional privado, que debe distinguirse de la segunda cuestión que se va a examinar, en concreto la de los efectos, que podríamos decir es una cuestión de derecho internacional público, en lo que respecta especialmente a la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje y a la legitimación activa de la Fundación.
518. El Tribunal de arbitraje analizará sucesivamente la cuestión de la validez de la cesión (a) y la de sus efectos (b).

a) La validez de la cesión a favor de la Fundación Presidente Allende

i. *Posiciones de las partes*

519. A título preliminar, el Tribunal de arbitraje recuerda que la Demandada sostiene que, para que la Fundación pueda hacer valer sus derechos frente a la Demandada, tendría que haber obtenido de forma válida los derechos cedidos.⁴⁵⁹ Esto supondría que el Sr. Pey Casado hubiera sido el titular de los mismos, habida cuenta del principio general *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (o *nemo potest facere per alium quod per se non potest*). Según la Demandada, “*los reclamantes jamás han sido propietarios de los bienes confiscados*”.⁴⁶⁰ Incluso durante la audiencia de enero de 2007, la Demandada sostuvo la tesis de que “[...] *el Sr. Pey no era titular de ningún derecho relativo a Clarín en virtud del APPI que pudiera haber sido transferido a la Fundación Allende*”.⁴⁶¹
520. Dado que el Tribunal de arbitraje ha constatado que, contrariamente a la tesis defendida por la Demandada, el Sr. Pey Casado ha establecido su título de propiedad, resulta inútil volver a abrir dicho debate.

⁴⁵⁸ Véase el artículo 11 de los Estatutos de la Fundación, citado anteriormente.

⁴⁵⁹ Véase, por ejemplo, la transcripción de las audiencias de los días 3 y 5 de mayo de 2000 y el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 197 y ss.

⁴⁶⁰ Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, p. 13.

⁴⁶¹ Transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 15 (Sr. Sánchez Castellón).

521. Sin embargo, el Tribunal debe analizar si la cesión de las acciones a la Fundación Presidente Allende por parte del Sr. Pey Casado es válida. A este respecto, la Demandada sostiene que la cesión no podía ser válida, habida cuenta de la falta de consentimiento por parte de Chile. Según la Demandada, el derecho internacional no permite una cesión de intereses de ese tipo sin el consentimiento del Estado.⁴⁶²
522. Además, la Demandada ha sostenido que la cesión de las acciones de las sociedades CPP S. A. y EPC Ltda. por parte del Sr. Pey Casado a la Fundación constituye un “*fraude a la ley*” cometido con el único fin de permitir que una parte extranjera invoque los derechos de dichas sociedades ante un Tribunal CIADI. En particular, la Demandada argumenta que “[...] tanto los intentos de desnacionalización como la cesión a la Fundación ‘Presidente Allende’ de los eventuales ‘derechos dimanantes de la confiscación’ se han hecho con el solo objeto de conectar esta situación con una nacionalidad extranjera y así otorgarle, fraudulentamente, competencia al Centro”.⁴⁶³
523. Por su parte, las Demandantes han mantenido (sin ofrecer un análisis completo sobre el tema) que “la donación efectuada por el inversionista en favor de la Fundación era válida conforme al derecho español (y en el derecho internacional privado chileno) [...]”⁴⁶⁴, que una transmisión del crédito como aquella “tiene lugar por mero consentimiento sin otra formalidad que la que impone la naturaleza de las operaciones que le sirven de causa” y que, en concreto, “[p]uede hacerse válidamente sin que el deudor tenga conocimiento previo de ello, e inclusive contra su voluntad”.⁴⁶⁵
524. En lo que se refiere a la alegación de “*fraude a la ley*”, las Demandantes respondieron que Chile no había demostrado la existencia de ningún fraude y que “[l]a cesión de los derechos del Sr. Pey Casado tuvo lugar en 1989 y 1990 [...], es decir, antes de la firma del Tratado bilateral de 1991, lo que se explica dada la calidad humana del Sr. Pey Casado,

⁴⁶² Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 198 y ss., 203. La Demandada ha señalado, para apoyar su argumento, que el Sr. Pey Casado no había mencionado la cesión en Chile y que, por consiguiente, la Demandada no estaba al corriente de la misma.

⁴⁶³ Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, p. 127. Véase también la transcripción de la audiencia del 3 de mayo de 2000, pp. 55 y ss. (Sr. Mayorga).

⁴⁶⁴ Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 26. Véase también la Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 148 y 149.

⁴⁶⁵ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 150 a 152.

*su avanzada edad y su vinculación a su país, España. Esta cesión fue totalmente independiente de la instancia presente”.*⁴⁶⁶

ii. *Conclusiones del Tribunal*

525. En opinión del Tribunal, la Fundación ha demostrado que poseía el 90% de las acciones de CPP S. A.,⁴⁶⁷ que éstas le fueron cedidas por el Sr. Pey Casado mediante escrituras otorgadas entre el 6 de octubre de 1989 y el 27 de mayo de 1990.⁴⁶⁸ Dicha transmisión se perfeccionó en la fecha de su inscripción en el Registro de Fundaciones del Ministerio español de Cultura, el 27 de abril de 1990.⁴⁶⁹
526. Tal como ha afirmado anteriormente el Tribunal, el 16 de enero de 1990, mediante poder otorgado por el Sr. Pey Casado el 6 de octubre de 1989 se creó la “*Fundación Presidente Allende*”, en virtud del derecho español y con sede en España.⁴⁷⁰ El 6 de febrero de 1990, el Sr. Pey Casado compareció ante notario en Miami y, actuando en nombre de la Fundación española y con los plenos poderes que confiere el artículo 6 de los Estatutos al presidente de la Fundación,⁴⁷¹ firmó por una parte un contrato de cesión irrevocable, y, por otra, la aceptación de la cesión con respecto al “*patrimonio, títulos, derechos y créditos de cualquier naturaleza dimanantes de los contratos privados de compraventa que el CEDENTE celebró en 1972 con D. Darío Sainte-Marie Soruco, por el que este último vendió, y D. Victor Pey Casado compró el cien por ciento de las acciones [de CPP S. A. y de EPC Ltda.]*”.⁴⁷²

⁴⁶⁶ Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 22. Véase también la transcripción de la audiencia del 4 de mayo 2000, pp. 101 y 102 (Sra. Malinvaud).

⁴⁶⁷ Anexos 6 a 9, 17 y 18 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁶⁸ Anexo 9 a la Solicitud de arbitraje, del 6 de noviembre de 1997; Anexos 17 y 18 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁶⁹ Condición establecida en las escrituras de cesión del 6 de octubre de 1989, Anexo 17 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁷⁰ Anexo 22 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003.

⁴⁷¹ “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 de 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”.

⁴⁷² Anexo 18 al Memorial de la parte demandante del 17 de marzo de 1999.

527. En virtud de la cláusula 2 del contrato de cesión, “[I]a cesión descrita en el punto anterior abarca los derechos de dominio del CEDENTE sobre el noventa por ciento (90%) de la acciones de las citadas empresas subrogándose el CESIONARIO en el lugar que ocupaba el CEDENTE en el primitivo contrato [...]”.
528. En opinión del Tribunal de arbitraje, de acuerdo con el derecho aplicable a la cesión (sea éste el español, chileno u otro), el consentimiento del deudor cedido no es necesario (y no se ha demostrado lo contrario en el presente procedimiento⁴⁷³). Cabe, de paso, señalar que la notificación de la cesión del crédito al deudor no tiene otro alcance sino el de obligarle respecto del nuevo acreedor.⁴⁷⁴
529. Además, el Tribunal de arbitraje no está convencido por el argumento de la Demandada según el cual la cesión de derechos por parte del Sr. Pey Casado a favor de la Fundación Allende constituye un “*fraude a la ley*”. Como han sostenido las Demandantes, el hecho de que la cesión se produjera en 1989 y 1990, antes de la entrada en vigor del APPI y siete años antes de iniciarse la presente instancia, demuestra que la cesión no guarda relación con la misma. En opinión del Tribunal de arbitraje, la Demandada no ha conseguido probar que dicha transacción tenga carácter fraudulento, o incluso que tenga relación con la presente instancia.
530. En conclusión, la cesión debe considerarse válida y oponible a la Demandada.
- b) Los efectos de la cesión sobre la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje
531. Se debe determinar entonces qué efectos tiene dicha cesión y, en concreto, si la misma confiere el carácter de inversionista a la Fundación Presidente Allende de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI. En otras palabras, el Tribunal de arbitraje debe establecer si el cedente, Sr. Pey Casado, se limitó a ceder a la Fundación únicamente derechos e

⁴⁷³ A pesar de la posición del experto consultado por la parte demandada, Profesor Dolzer, quien, en su informe experto del 3 de febrero de 2003, afirma que “*unless Chile agreed to the assignment (assuming all jurisdictional requirements were met), the Tribunal cannot have jurisdiction over the claim presented by the President Allende Foundation*” (p. 33), ello sin desarrollar las fuentes de esta parte de su argumentación.

⁴⁷⁴ Véase en este contexto el artículo 1.527 del Código Civil español, según el cual: “*El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación*”; el artículo 1.902 del Código Civil chileno establece: “*La cesión [de derechos de un crédito personal] no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste*”. Traducción libre de las Demandantes, citada en su Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 150 y 151.

intereses que podrían denominarse “*materiales*” en ambas sociedades, CPP S. A. y EPC Ltda., como, por ejemplo, derechos de propiedad sobre los bienes o intereses cedidos, o si además cedió, al mismo tiempo y por esa razón, e incluso necesariamente, derechos de carácter “*procesal*” contra la República de Chile, como el derecho a interponer acciones judiciales y recurrir al arbitraje.

i. *Posiciones de las partes*

532. De acuerdo con las Demandantes, la cesión de las acciones implica una cesión de la calidad de inversionista. En apoyo de esta afirmación, las Demandantes remiten al Tribunal de arbitraje al caso *Amco Asia c. Indonesia*, en el cual el Tribunal decidió que “[...] *the right to invoke the arbitration clause is transferred by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally*”.⁴⁷⁵ Además, alegan que “*la doctrina admite el acceso al arbitraje del CIADI en un supuesto de cesión voluntaria de derechos de un inversor que es persona física*”.⁴⁷⁶ Según las Demandantes “*siendo la donación efectuada por el inversor a favor de la FUNDACIÓN válida conforme al Derecho español (y el derecho internacional privado chileno), la Fundación posee la legitimación activa como titular de los derechos lesionados*”.⁴⁷⁷
533. Las Demandantes señalan, además, que el derecho de la Fundación Presidente Allende para interponer acciones judiciales sobre la base de violaciones a la inversión realizada por el Sr. Pey Casado estaría previsto en los documentos de constitución de la Fundación. El 14 de diciembre de 1994, el Consejo de Fundadores de la Fundación Allende habría decidido que toda reclamación relativa a la indemnización de los derechos y créditos provenientes de la inversión de 1972 podía ser interpuesta indistintamente por la

⁴⁷⁵ Citado por las Demandantes en su Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 129; véase también el Memorial de las Demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 32; Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 154 y 155.

⁴⁷⁶ Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 4. Véase también el Memorial de las Demandantes de 17 de marzo de 1999, pp. 26 a 29; Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, pp. 40-50, en el que las Demandantes hacen referencia al laudo CCI en el caso 2626 en apoyo de su tesis de que el convenio de arbitraje es vinculante para los “*cesionarios y todos quienes asumieron obligaciones*”.

⁴⁷⁷ Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 26.

Fundación o el Sr. Pey Casado.⁴⁷⁸ En virtud de este argumento, las Demandantes sostienen que :

*“El Consejo de Fundadores de la Fundación ‘Presidente Allende’ acordó el 14 de diciembre de 1994, que toda reclamación relativa a la indemnización de los derechos y créditos derivados de la inversión de 1972, en el sentido establecido en el Acuerdo bilateral entre España y Chile de 1991, pueden formularla indistintamente la propia Fundación y D. VICTOR PEY CASADO (véase el Anexo 3 a nuestra comunicación al Centro del 15 de diciembre de 1997)”.*⁴⁷⁹

534. En respuesta a las objeciones planteadas por la Demandada, según las cuales las declaraciones del Consejo de Fundadores de la Fundación Allende constituyen acuerdos internos no oponibles a Chile,⁴⁸⁰ las Demandantes han manifestado que *“ese documento no es un acto privado que le sería inoponible. Esta resolución ha sido inscrita el 29 de septiembre de 1997 con el número 3.042, en los archivos de D. Luis Sánchez Marco, notario de Madrid, etc (...)”.*⁴⁸¹
535. La Demandada, por su parte, sostiene que el carácter de inversionista no le fue conferido a la Fundación Presidente Allende en virtud de la cesión realizada en su favor y que por consiguiente la Fundación no efectuó ninguna inversión, no habiendo realizado pago alguno a cambio de los derechos que le fueron cedidos.⁴⁸²
536. Además, según la Demandada, para que la cesión transmita la calidad de inversionista y el derecho a interponer acciones judiciales a la Fundación Presidente Allende, el Sr. Pey Casado debería haber cumplido él mismo las condiciones relativas a la competencia, y en concreto, *“si el señor Pey no cumple con las condiciones de nacionalidad contenidas en el Tratado bilateral, únicamente ha podido transmitir a la Fundación Presidente Allende*

⁴⁷⁸ Memorial de las partes demandantes, del 17 de marzo de 1999, p. 36; Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, pp. 119 y 125.

⁴⁷⁹ Contestación a la Memoria sobre cuestión de jurisdicción planteada por la parte demandada del 18 de septiembre de 1999, p. 119.

⁴⁸⁰ Memorial de réplica sobre la incompetencia del 27 de diciembre de 1999, pp. 116 y 117.

⁴⁸¹ Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la demandada del 7 de febrero del 2000, pp. 22-23.

⁴⁸² Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 203, en el que la parte demandada alega: “Además, cabe señalar que en ausencia de la condición conferida de ‘inversionista’ en virtud de la supuesta cesión, la Fundación Presidente Allende no tiene legitimidad propia como ‘inversionista’ porque no ha realizado una ‘inversión’ en Chile. No consta que la Fundación Presidente Allende haya realizado ningún pago a cambio de los derechos que supuestamente le fueron cedidos. Tampoco hay evidencia de ninguna transferencia de capitales hacia Chile por parte de la Fundación Presidente Allende”.

derechos que no estaban cubiertos por las protecciones previstas en el Tratado bilateral y, al parecer, cabría, asimismo, a este respecto deducir las consecuencias”.⁴⁸³ Invocando el principio de derecho *nemo dat quod non habet* (o *nemo potiore postest transfere quam ipse habet*), la Demandada alega que “en 1990, el Sr. Pey no tenía ningún derecho de reclamación bajo el APPI Chile-España (y mucho menos un derecho para demandar en virtud de la Convención del CIADI) y, en consecuencia no podía ni puede ceder a la Fundación Presidente Allende ningún derecho de esa naturaleza”.⁴⁸⁴ La Demandada resumió este argumento de forma muy sucinta durante la audiencia del 29 de octubre de 2001: “Este Tribunal no posee competencia para conocer la petición del Sr. Pey Casado ni tampoco para conocer la petición de la Fundación Presidente Allende”.⁴⁸⁵

ii. Conclusiones del Tribunal

537. En opinión del Tribunal de arbitraje, la Fundación Presidente Allende obtuvo la calidad de “inversionista” en virtud de la cesión de las acciones realizadas a su favor por la primera parte demandante, Sr. Pey Casado.
538. Mediante la cesión de las acciones, válida en la fecha de su inscripción en el Registro de Fundaciones del Ministerio español de Cultura, 27 de abril de 1990, el Sr. Pey Casado transmitió una parte de los derechos derivados de la inversión a favor de la Fundación.⁴⁸⁶
539. El Tribunal de arbitraje comparte el punto de vista expresado por el Tribunal de arbitraje en el caso *Amco Asia c. Indonesia*, el cual, al analizar la competencia del CIADI y del Tribunal de arbitraje en relación con una de las Demandadas, *Pan American*, decidió que ésta había adquirido el carácter de inversionista de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI mediante la cesión de acciones por parte del inversionista original, *Amco Asia*. Tal como han señalado las Demandantes en varias ocasiones durante el presente procedimiento, el Tribunal de arbitraje en el caso *Amco Asia* falló que:

⁴⁸³ Transcripción de la audiencia del 15 de enero de 2007, p. 159, párrs. 4 a 9 (Sr. Leurent).

⁴⁸⁴ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 197 a 202; véase también el informe experto del Profesor Rudolf Dolzer, presentado por la parte demandada en apoyo de su Memorial de contestación del 3 de febrero de 2003, pp. 30 a 32.

⁴⁸⁵ Transcripción de la audiencia del 29 de octubre de 2001, p. 9 (Sr. Goodman).

⁴⁸⁶ Condición prevista en las escrituras de cesión del 6 de octubre de 1989, Anexo 17 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

“[...] the right acquired by Amco Asia to invoke the arbitral clause is attached to its investment, represented by its shares in PT Amco, and may be transferred with those shares. [...]

*[...] the right to invoke the arbitration clause is transferred by Amco Asia with the shares it transfers, Amco Asia not losing the same right, be it as the initial investor or to the extent to which it keeps partly the shares it possessed originally. As a result, the right to invoke the arbitration clause is transferred with the transferred shares, whether or not the same constitute a controlling block, being it understood that for such a transfer of the right to take place, the government’s approval is indispensable”.*⁴⁸⁷

540. Aunque la competencia del Tribunal CIADI en el caso *Amco Asia* se basaba en un convenio de arbitraje clásico, y no en un APPI, el mismo principio es aplicable en el presente caso.

541. Las partes demandantes se han referido igualmente, y con razón, al laudo del Tribunal de arbitraje CIADI en el caso *FEDAX N.V. c. República de Venezuela*,⁴⁸⁸ que se declaró competente en un caso en el que tuvo lugar una cesión de titularidad de pagarés (“*promisory notes*”). Considerando que dichos instrumentos eran “*eminently negotiable instruments in the secondary market*”, el Tribunal decidió que:

*“In such a situation, although the identity of the investor will change with every endorsement, the investment itself will remain constant, while the issuer will enjoy a continuous credit benefit until the time the note becomes due. To the extent that this credit is provided by a foreign holder of the notes, it constitutes a foreign investment which in this case is encompassed by the terms of the Convention and the Agreement, [...].”*⁴⁸⁹

542. La Demandada objetó que dicha regla no podría aplicarse al caso presente, puesto que, contrario a lo ocurrido en los hechos del caso *FEDAX N.V. c. República de Venezuela*, la Fundación Presidente Allende no realizó ningún pago a cambio de los derechos que le fueron cedidos.⁴⁹⁰ En opinión del Tribunal, el hecho de que, en el presente caso, el Sr. Pey

⁴⁸⁷ *Amco Asia Corporation et al. c. République de l’Indonésie*, caso CIRDI n° ARB/81/1, laudo sobre competencia del 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Reports (1993), p. 389, 403; JDI 202, 1986.

⁴⁸⁸ Laudo sobre competencia de 11 de julio de 1997, JDI 278.1999.

⁴⁸⁹ *Fedax N.V. c. Venezuela*, caso CIADI n° ARB/96/3, Laudo sobre competencia de 11 de julio de 1997, Anexo D5 a la Réplica, párr. 40.

⁴⁹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 203, nota 613: “Esta es una diferencia importante con respecto a la situación de Fedax v. Venezuela, donde el Tribunal calificó la cesión

Casado haya cedido las acciones en virtud de una donación no cambia el hecho de que la Fundación ha obtenido la calidad de inversionista mediante dicha cesión. Mientras la cesión de acciones que constituyen la inversión inicial sea válida (tal y como confirmó el Tribunal en el presente caso), ésta confiere la calidad de inversionista al cesionario.⁴⁹¹

543. Además, contrariamente a lo sostenido por la Demandada, el hecho de que el APPI no estuviera vigente en el momento de la cesión no afecta en nada a la conclusión de que la Fundación obtuvo la calidad de “*inversionista*” en virtud de dicha cesión. La cesión de acciones realizada por el Sr. Pey Casado no constituía una cesión de “*derecho de reclamación*” o de “*derecho de demanda*” (términos empleados por la Demandada), sino de la calidad de “*inversionista*”. El presente caso no genera el problema que se planteaba en el caso *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, que la Demandada invoca en apoyo de su excepción de incompetencia,⁴⁹² en el que, según el resumen hecho por la Demandada, “*una empresa canadiense había cedido sus derechos a una empresa estadounidense en un intento de superar el obstáculo jurisdiccional que presentaba el hecho que Canadá no fuera parte de la Convención CIADI (mientras que Estados Unidos sí lo era)*”. En efecto, lo que pretendía el Tribunal de arbitraje en el caso *Mihaly* era evitar una cesión de un derecho (incompleto) de reclamación - por una parte que no cumplía los requisitos de competencia que establece el CIADI - a otra parte que sí los cumplía.⁴⁹³ Este problema no existe en el presente caso, pues el Sr. Pey Casado cumplía los requisitos de

de pagarés como una inversión porque el cesionario había adquirido los pagarés, por los cuales más tarde reclamó”.

⁴⁹¹ En este contexto, el Tribunal de arbitraje señala, además, que, en el presente caso, el contrato de cesión entre el Sr. Pey Casado y la Fundación Allende preveía de forma expresa que uno de los objetivos de la cesión era permitir que la Fundación Presidente Allende presentara reclamaciones relacionadas con las confiscaciones efectuadas en Chile en septiembre de 1973. Véase el Anexo 18 al Memorial de las partes demandantes del 17 de marzo de 1999.

⁴⁹² Véase el Memorial de contestación del 3 de febrero de 2003, pp. 198 a 201. Informe experto del Profesor Rudolf Dolzer, presentado por la parte demandada en apoyo de su Memorial de contestación del 3 de febrero de 2003, pp. 30 a 33.

⁴⁹³ Véase *Mihaly International Corporation c. Sri Lanka*, caso CIADI N°ARB/00/2, fallo del 15 de marzo de 2002, párr. 24, en el que el Tribunal de arbitraje describe lo siguiente: “[...] if *Mihaly (Canada)* had a claim which was procedurally defective against *Sri Lanka* before ICSID because *Mihaly (Canada)*’s inability to invoke the ICSID Convention, *Canada* not being a Party thereto, this defect could not be perfected vis-à-vis ICSID by its assignment to *Mihaly (USA)*. To allow such an assignment to operate in favour of *Mihaly (Canada)* would defeat the object and purpose of the ICSID Convention and the sanctity of the privity of international agreements not intended to create rights and obligations for non-Parties. Accordingly, a Canadian claim which was not recoverable, nor compensable or indeed capable of being invoked before ICSID could not have been admissible or able to be entertained under the guise of its assignment”.

competencia y no tenía ninguna necesidad de “*esquivar*” ninguna carencia al respecto transfiriendo su inversión a la Fundación.

544. Dicho esto, es cierto que, como sostiene la Demandada, la cesión de las acciones no ha hecho más que transmitir la calidad de inversionista a la Fundación, y no por ello, ni necesariamente, el derecho de reclamación. Para decidir acerca de las excepciones de incompetencia presentadas por la Demandada respecto de la Fundación Presidente Allende, el Tribunal de arbitraje debe, por lo tanto, analizar si la Fundación Presidente Allende cumple los demás requisitos requeridos tanto en el Convenio CIADI como en el APPI respecto de la competencia del Tribunal de arbitraje. En el presente caso, esto se refiere concretamente a los requisitos relativos a la nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI, así como al consentimiento otorgado por las partes para recurrir al arbitraje CIADI para resolver su diferendo.

2. El requisito de nacionalidad de acuerdo al Convenio CIADI

545. En lo que respecta al requisito de nacionalidad, no existe duda sobre el hecho de que la Fundación posee la nacionalidad española, y únicamente ésta nacionalidad. Además, puesto que el Tribunal de arbitraje ha llegado a la conclusión de que el Sr. Pey Casado renunció de forma válida a su nacionalidad chilena, no cabe plantearse las cuestiones de cambio de la nacionalidad de la demandante y del principio de la continuidad de la nacionalidad,⁴⁹⁴ que fueron planteadas por las partes.⁴⁹⁵

546. No obstante, no es conveniente limitarse exclusivamente a esta única determinación, sino analizar si, de manera más general, se cumplen los requisitos relativos a la nacionalidad de la segunda parte demandante requeridas por el artículo 25 del Convenio CIADI. El artículo 25(2) establece que “*nacional de otro Estado Contratante*” significa, entre otras cosas:

⁴⁹⁴ En cualquier caso, el Tribunal de arbitraje estima que el principio de la continuidad de la nacionalidad, originado en el derecho a la protección diplomática, no puede aplicarse en este caso ni en el contexto de los arbitrajes de inversión.

⁴⁹⁵ Con respecto a la posición de las Demandantes, véase la Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje del 11 de septiembre de 2002, pp. 157 y ss. La Demandada extrajo dos conclusiones acerca del fundamento del principio de la continuidad de la nacionalidad: si debía considerarse que la primera parte demandante, Sr. Pey Casado, poseía la nacionalidad chilena, se podría plantear la cuestión de la oponibilidad a la República de Chile de la cesión de sus derechos e intereses (entre ellos, los derechos procesales) a una persona jurídica española, la Fundación Presidente Allende. En cambio, si se consideraba que no tenía la nacionalidad chilena, sino exclusivamente la nacionalidad española, entonces, evidentemente, la cuestión de un cambio de la nacionalidad de la Demandante no se plantearía.

“(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”.

547. Sin embargo, la Demandada alega que, si bien los Estatutos de la Fundación establecen claramente que la nacionalidad de dicha persona jurídica es la española, sólo uno de los tres fundadores poseía la nacionalidad española (el Sr. Garcés), ya que el segundo (el Sr. Martner) era exclusivamente chileno y el tercero, el Sr. Pey Casado, aparecía descrito como doble nacional. Respecto al capital de la Fundación, una parte del mismo es chilena y otra parte es extranjera. Según la Demandada, resulta dudoso que la Fundación tuviera la nacionalidad española, puesto que está *“controlada por un directorio, cuyos miembros son en su mayoría nacionales chilenos, y que el propósito declarado de la Fundación Presidente Allende es presentar demandas relativas a supuestas confiscaciones del Gobierno chileno a partir del 11 de septiembre de 1973, y beneficiar al pueblo chileno”*.⁴⁹⁶
548. Podría plantearse entonces la cuestión de establecer cuáles son los criterios que determinan la *“nacionalidad”* de la persona jurídica, cuestión que ha sido objeto de numerosas publicaciones, controversias y jurisprudencias en diferentes ámbitos (derecho internacional privado, derecho internacional público, por ejemplo protección diplomática, nacionalizaciones, condición de los extranjeros, etc.). Los criterios propuestos o adoptados para determinar dicha *“nacionalidad”*-que no necesariamente son los mismos dependiendo del ámbito de que se trate- son principalmente el lugar de la constitución y el de la sede social establecida en los estatutos, el de la sede real o efectiva o la del centro administrativo, así como (en algunos ámbitos) el del control. En el ámbito de la protección diplomática -que, como se recordará, es ajeno a la cuestión aquí examinada, de acuerdo al Convenio CIADI-, la Corte Internacional de Justicia, en el famoso caso *Barcelona Traction, Light & Power, Limited*,⁴⁹⁷ descartó la posibilidad de *“levantar el velo corporativo”* para determinar la nacionalidad de la sociedad considerando la de los

⁴⁹⁶ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 203.

⁴⁹⁷ 2ª fase, sentencia de 5 de febrero de 1970, C.I.J., Repertorio 1970.

accionistas. En el presente caso, no existe dicho “*velo*”. La composición de los órganos de la Fundación está inscrita en el Registro del Ministerio español de Cultura, que es de acceso público, según la legislación relativa a las Fundaciones sometidas a la protección del Estado que consta en el expediente.

549. El criterio de la nacionalidad fue adoptado en el artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI y, por consiguiente, aplicado por los Tribunales de arbitraje CIADI.⁴⁹⁸ Así pues, en el caso *SOABI c. Senegal* el Tribunal de arbitraje consideró lo siguiente: “*As a general rule, States apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality*”⁴⁹⁹ (y no el criterio de la nacionalidad de los accionistas, salvo en circunstancias excepcionales). Asimismo, en el caso *Amco Asia c. Indonesia*,⁵⁰⁰ el Tribunal de arbitraje correctamente decidió: “*the concept of nationality is there a classical one, based on the law under which the juridical person has been incorporated, the place of incorporation and the place of the social seat...*”, al tiempo que indicaba que las partes contratantes pueden prever excepciones (tal como se establece en el artículo 25 para. 2 *in fine* del Convenio CIADI).
550. Por consiguiente, la Fundación Presidente Allende, habiendo sido constituida y al tener su sede en España, cumple evidentemente el requisito de nacionalidad de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI.

3. El requisito del consentimiento

551. En lo que respecta al requisito del consentimiento, las Demandantes sostienen que, para el sucesor o el cesionario de una inversión, no es necesario⁵⁰¹ el consentimiento escrito a la jurisdicción del Centro. Una vez que el inversionista ha dado su consentimiento, dicho consentimiento extiende al cesionario la facultad de ser parte en el procedimiento arbitral.

⁴⁹⁸ Christoph H. Schreuer, «*Commentary*», ICSID Review Foreign Investment Law Journal 1997, 59, p. 82.

⁴⁹⁹ Caso N°ARB/82/1, laudo sobre competencia de 1 de agosto de 1984, ICSID Report 175-2, pp. 180 y 181.

⁵⁰⁰ Caso N°ARB/81/1, laudo sobre competencia del 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Report 396; cf. Schreuer op. cit., ICSID Review Foreign Investment Law Journal 12, 1997, 59, pp. 120 y 121.

⁵⁰¹ Solicitud de arbitraje, p. 4: “La doctrina admite el acceso al arbitraje del CIADI en un supuesto de cesión voluntaria de derechos de un inversor que es persona física”; Memorial de las Demandantes de 17 de marzo de 1999, p. 26-27; respuesta de las Demandantes al Memorial de incompetencia presentado por la Demandada de 18 de septiembre de 1999, pp. 131-132; Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 22, y transcripción de la audiencia de 4 de mayo de 2000, pp. 79-80 (Sr. Garcés).

Las Demandantes también se han referido a la declaración del Sr. Pey Casado con fecha 2 de octubre de 1997⁵⁰² en la que el Sr. Pey Casado manifiesta expresamente su consentimiento en nombre de la Fundación⁵⁰³ (en calidad de Presidente y miembro del Directorio de la misma). Además, en cualquier caso, aunque no era necesario consentimiento alguno por parte de la Fundación, esta última habría otorgado formalmente su consentimiento el 6 de octubre de 1997⁵⁰⁴

552. La Demandada sostiene que Chile no había aceptado el arbitraje relativo a la demanda de la Fundación Allende. Además, la Fundación tampoco habría dado su consentimiento de acuerdo con la forma establecida en el Convenio CIADI⁵⁰⁵ (de lo que se trata básicamente es del argumento relativo a la supuesta ausencia de consultas amistosas, argumento que el Tribunal de arbitraje examinará en la parte “*Inadmisibilidad de la demanda*” que figura más adelante).
553. Según el Tribunal de arbitraje, está claro que la Fundación Presidente Allende consintió al arbitraje (salvo en lo respecto a la rotativa Goss) el 6 de octubre de 1997.⁵⁰⁶
554. Dado que la parte demandada otorgó su consentimiento al arbitraje en virtud del APPI, hay que verificar si se cumplen los requisitos de aplicación del APPI.

a) El requisito de inversión de acuerdo al APPI

555. La primera cuestión que hay que examinar, es la de determinar si la Fundación Presidente Allende posee el carácter de inversionista conforme al APPI. Como afirmó en este procedimiento el Profesor Dolzer:

“Unlike a commercial contract, a BIT is a treaty between States containing the host State’s a priori consent to resolve by international arbitration disputes with a strictly circumscribed group of persons, described in the Chile-Spain BIT as ‘l’investisseur de l’autre Partie.’ If

⁵⁰² Anexo 10 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁰³ Respuesta de las partes demandantes al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, pp. 120-121.

⁵⁰⁴ Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 4; Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 32; respuesta al Memorial de incompetencia presentado por la parte demandada de 18 de septiembre de 1999, p. 120-121, y Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 21.

⁵⁰⁵ Memorial de contestación sobre la incompetencia de 27 de diciembre de 1999, pp. 116-119.

⁵⁰⁶ Ver el anexo 2 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

*the claimant does not fall within this group, its claim simply is not covered by the host State's consent".*⁵⁰⁷

556. Cabe recordar que el artículo 1.2 del APPI consagra un concepto muy amplio del término “*inversión*”, estipulando lo siguiente:

“Por ‘inversiones’ se designa 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, aunque no exclusivamente, los siguientes:

Acciones y otras formas de participación en sociedades. [...]”

557. A la luz de esta amplísima definición, que incluye “*todo tipo de haberes*”, y considerando que el APPI estipula expresamente que las “*acciones y otras formas de participación en sociedades*” constituyen una “*inversión*”, la Fundación Presidente Allende puede considerarse, según el Tribunal de arbitraje, como “*inversionista*” en virtud del APPI, y ello incluso examinando la posición de la Fundación de manera “*independiente*” y en sí misma, es decir, haciendo abstracción de la cesión de derechos realizada en su favor por el Sr. Pey Casado. El mero hecho de ser propietaria de acciones de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. justifica la calidad de inversionista de la Fundación.⁵⁰⁸

558. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que, en cualquier caso, la Fundación Allende obtuvo la calidad de inversionista gracias a la cesión, por parte del inversionista inicial, Sr. Pey Casado, de gran parte de su inversión. A este respecto, las reglas que el Tribunal de arbitraje estableció respecto del concepto de inversión de acuerdo al artículo 25 del Convenio CIADI son aplicables. Habida cuenta del amplio alcance de la redacción del APPI, no se justificaría una interpretación más estricta. En particular, el APPI no

⁵⁰⁷ Opinión en Derecho del Profesor Rudolf Dolzer, presentada por la Demandada en apoyo de su Memorial de contestación de 3 de febrero de 2003, p. 44.

⁵⁰⁸ El artículo 1.1 del APPI no excluye de la definición de inversionista a las personas jurídicas que desempeñan actividades sin ánimo de lucro, y las partes demandantes invocaron la cláusula de la nación más favorecida de acuerdo con los APPI ratificados por Chile que definen las Fundaciones como “*inversionistas*” (por ejemplo con Alemania, artículo 4). Según esta tesis, la Fundación tiene en Chile intereses económicos, culturales, sociales y humanitarios. Por lo tanto, poseería de por sí la calidad de inversionista en virtud del artículo 1° del APPI y, a título subsidiario, de la cláusula de la nación más favorecida del APPI entre Chile y España, de acuerdo con el artículo 1.2 b) del APPI entre Australia y Chile. El argumento no puede prosperar, ya que el cumplimiento de las condiciones de aplicación del tratado en el que se basa la presentación de la acción debe constatarse incluso antes de que el inversionista pueda prevalecerse de la cláusula de la nación más favorecida.

requiere que sea el propio inversionista quien haya efectuado la inversión, lo que deja abierta la posibilidad de que una inversión (y la calidad de inversionista) pueda derivarse de una cesión por parte del inversionista inicial.

559. El Tribunal de arbitraje constata, de paso, que una solución muy similar fue aplicada por el Tribunal de arbitraje en el caso *CME Czech Republic B.V. c. The Czech Republic* al considerar que:

“The acquired shares, including all rights and legal entitlements, are protected under the Treaty. Upon the acquisition, the Claimant’s predecessor became the owner of the investment in the Czech Republic. The Treaty does not distinguish as to whether the investor made the investment itself or whether the investor acquired the predecessor’s investment. In this respect, Article 8 of the Treaty defines an investment dispute as existing if a dispute concerns an investment of the investor. Article 1 of the Treaty clearly spells out that an investment comprises every kind of asset invested either directly or through an investor of a third State, which makes it clear that the investor need not make the investment himself to be protected under the Treaty.”

560. Por estos motivos, en opinión del Tribunal de arbitraje, la segunda parte demandante cumple el requisito de inversión de acuerdo al APPI.

b) El requisito de nacionalidad de acuerdo al APPI

561. El artículo 1.1 del APPI define el término “*inversionista*” como:

“[...] las personas físicas o naturales nacionales, según el derecho de la Parte correspondiente y las personas jurídicas, incluidas las compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de la misma, no obstante pertenezcan a personas naturales o jurídicas extranjeras.”

562. Por lo tanto, el APPI entre Chile y España contempla el doble criterio de constitución y sede. Dichos criterios se cumplen respecto a la Fundación Presidente Allende.

c) El requisito de aplicación *ratione temporis* del APPI

563. El Tribunal de arbitraje analizó el tema de aplicabilidad *ratione temporis* del APPI anteriormente de forma detallada y concluyó que las tres diferencias invocadas por las

partes demandantes surgieron después de la entrada en vigor del APPI. Por consiguiente, el Tribunal es competente *ratione temporis* para conocer del caso.

564. Cabe recordar brevemente que las tres diferencias en cuestión son: i) la controversia de 1995 referente a la solicitud de restitución de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A.; ii) la controversia del 2000 referente a la Decisión N° 43 y iii) la controversia del 2002 referente a la denegación de justicia alegada por las partes demandantes.
565. El Tribunal de arbitraje considera que las conclusiones, expuestas anteriormente, a las que llegó en cuanto a su competencia *ratione temporis* para conocer de las demandas de la primera Demandante también son igualmente aplicables a las demandas presentadas por la segunda Demandante, Fundación Presidente Allende. Las tres diferencias en cuestión fueron presentadas en este procedimiento por las dos Demandantes y surgieron en las mismas fechas tanto para la Fundación Allende como para el Sr. Pey Casado. Esto es evidente en lo que respecta a las diferencias del 2000 y 2002, que surgieron después del inicio del presente procedimiento. Respecto de la diferencia de 1995, relativa a la solicitud de restitución de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A., cabe recordar los siguientes hechos, que demuestran que la diferencia surgió al mismo tiempo para el Sr. Pey Casado y para la Fundación Presidente Allende.
566. El Sr. Pey Casado reivindicó el 20 de noviembre de 1995 y el 10 de enero de 1996 el 100% de los derechos de CPP S.A., lo que incluía el porcentaje cedido a la Fundación. Por lo tanto, el Ministro de Bienes Nacionales respondió el 20 de noviembre de 1995 considerando que la reclamación del Sr. Pey Casado hacía referencia a la totalidad de los bienes de CPP S.A. El Sr. Pey Casado actuó de ese modo en virtud del acuerdo del 20 de diciembre de 1994, concluido entre él y el Consejo de Fundadores de la Fundación, acuerdo protocolizado ante notario en Madrid. Este acuerdo fue comunicado al Centro el 19 de diciembre de 1997. El Tribunal de arbitraje constata que dicho acuerdo fue ejecutado. Por consiguiente:
- La Solicitud presentada por el Sr. Pey Casado en 1995 se introdujo con el acuerdo de la Fundación, ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago, para obtener la restitución

de la totalidad de los 40.000 títulos originales de CPP S.A., de su traspaso firmado en blanco y de sus justificantes de pago.⁵⁰⁹

- La Solicitud presentada por el Sr. Pey Casado se introdujo con el acuerdo de la Fundación, ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago, en 1995, para reclamar la restitución de la totalidad de la importante rotativa GOSS.⁵¹⁰

567. Por estos motivos, el Tribunal considera que las conclusiones a las que llegó en cuanto a su competencia *ratione temporis* para conocer de las demandas del Sr. Pey Casado se aplican igualmente a las demandas presentadas por la Fundación Presidente Allende y que, por lo tanto, es competente *ratione temporis* para conocer de las tres diferencias invocadas por la Fundación Presidente Allende.

4. Conclusión

568. En resumen, la segunda parte Demandante estableció, a los ojos del Tribunal de arbitraje, que cumplía los requisitos establecidos respecto de la competencia tanto en virtud del artículo 25 del Convenio CIADI como en virtud del APPI. Por consiguiente, el Tribunal de arbitraje es competente para resolver sobre el fondo del litigio en lo referente a la segunda parte Demandante, es decir la Fundación Presidente Allende.

VI. INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA - LA SUPUESTA AUSENCIA DE CONSULTAS AMISTOSAS POR PARTE DE LA FUNDACIÓN PRESIDENTE ALLENDE

569. Cabe mencionar brevemente un último argumento planteado por la Demandada, de manera un tanto subsidiaria, con respecto a la supuesta ausencia de consultas amistosas por parte de la Fundación Presidente Allende, consultas que, a su juicio, constituían un requisito previo a la presentación de la solicitud de arbitraje.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Véase el Anexo 21 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵¹⁰ Véanse los Anexos C-105 y C-106, así como los extractos de dicho procedimiento presentados por Chile al término de la fase oral el 5 de mayo de 2000, cuya versión francesa fue presentada tras las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001.

⁵¹¹ Véase, por ejemplo, el Memorial de incompetencia de la demandada del 20 de julio de 1999, pp. 112 a 126 y 141 a 143, así como el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 204-209.

570. El argumento de la Demandada se basa en el artículo 10 del APPI que dispone lo siguiente:

“1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte contratante y un inversionista de la otra Parte contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:

O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte contratante implicada en el [sic.] controversia;

O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3. [...]”

571. Según el Tribunal de arbitraje, la objeción de la Demandada no puede ser admitida por dos razones. De hecho y en primer lugar, porque el Sr. Pey Casado intentó de varias maneras que dichas consultas se llevaran a cabo. La Demandada sostuvo a este respecto que dichas tentativas fueron realizadas por el Sr. Pey Casado “a título exclusivamente personal” y que las cartas en cuestión “no pueden utilizarse por parte de la Fundación Allende por que ni siquiera mencionó en estas cartas ese nombre”.⁵¹² Según las Demandantes, “el señor Pey Casado actuó para sí mismo y para la Fundación Allende, como siempre hizo desde la creación de la Fundación en virtud de un poder registrado y conocido”.⁵¹³

572. Según el Tribunal de arbitraje, el Sr. Pey Casado intentó mantener consultas amistosas en nombre de las dos partes demandantes. Por lo tanto, es superfluo entrar en esta discusión, ya que, en cualquier caso, visto el número y la naturaleza de las medidas (de desposesión y otras) tomadas contra el Sr. Pey Casado y la ausencia de respuesta de la Presidencia y de otras autoridades chilenas a sus demandas,⁵¹⁴ y habida cuenta de la política general del Gobierno chileno a este respecto (tanto antes como después de noviembre de 1997, fecha de presentación de la solicitud), el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende tenían todo el derecho a considerar que las consultas amistosas no tendrían ninguna posibilidad de éxito y que, sin duda alguna, estarían avocadas al fracaso (“obviously

⁵¹² Transcripción de la audiencia de 3 de mayo de 2000, p. 49 (Sr. Brower).

⁵¹³ Transcripción de 4 de mayo de 2000, pp. 102-103 (Sra. Malinvaud); véase también pp. 76-80 (Sr. Garcés).

⁵¹⁴ Véase también a este respecto la sección relativa a la denegación de justicia y a la ausencia de “tratamiento justo y equitativo” que figura más adelante.

futile”) (por utilizar aquí una fórmula clásica en materia de agotamiento de recursos internos).

573. En segundo lugar, en derecho, la objeción de la parte demandada no se puede admitir porque la exigencia de consultas previas amistosas o de intentos de conciliación (según una fórmula frecuentemente incluida tanto en los tratados bilaterales de inversión como en multitud de acuerdos que comprenden cláusulas de arbitraje) no posee, en general ni en el presente litigio, carácter obligatorio o coactivo alguno, sino más bien y solamente el carácter de una simple recomendación procesal, o incluso de una cláusula de estilo diplomático.⁵¹⁵

VII. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LAS VIOLACIONES DEL APPI

574. Antes de examinar si las alegaciones de las partes demandantes sobre las violaciones están debidamente fundamentadas, el Tribunal de arbitraje debe decidir sobre la aplicación en el tiempo de las disposiciones sustantivas del APPI.

A. Aplicación en el tiempo de las disposiciones sustantivas del APPI

575. Aunque los escritos y las explicaciones orales de las partes sobre este punto no siempre fueron claras, el Tribunal constata que las partes sostienen posiciones opuestas sobre las condiciones de aplicación en el tiempo de las disposiciones sustantivas del APPI. Las Demandantes sostienen, a título principal, que basta con que la controversia entre las partes haya surgido con posterioridad a la entrada en vigor del APPI para que las disposiciones sustantivas de este último sean aplicables retroactivamente a violaciones ocurridas con anterioridad a su entrada en vigor. A título subsidiario, pretenden que las supuestas violaciones anteriores a la entrada en vigor del tratado constituyen un hecho ilícito

⁵¹⁵ Véase por ejemplo el laudo del Tribunal CIADI en el caso SGS Société Générale de Surveillance SA c. Islamic Republic of Pakistan, caso CIADI n° ARB/01/03, que establece que “compliance with such a requirement is...not seen as amounting to a condition precedent for the vesting of jurisdiction.” Véase también la sentencia en el caso Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Argelia, caso CIADI n° ARB/03/08, sentencia de 10 de enero de 2005, párrafo 32, que establece que “[...] la condición examinada no tiene carácter absoluto y debería poder ignorarse cuando resulte evidente que un intento de conciliación estará, de entrada, avocado al fracaso, debido a la actitud definitivamente manifestada por la otra parte” (traducción no oficial); y Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi S.A. c. Pakistán, caso CIADI n° ARB/03/29, laudo de 15 de noviembre de 2005, en el que el Tribunal de arbitraje “agrees with the view that the notice requirement does not constitute a prerequisite to jurisdiction. Contrary to Pakistan’s position, the non-fulfillment of this requirement is not ‘fatal to the case of the claimant’.”

continuo o elementos de un hecho ilícito compuesto cuya duración se extiende más allá de la entrada en vigor del tratado y a los cuales son aplicables las disposiciones sustantivas del tratado.⁵¹⁶

576. El Tribunal examinará alternativamente ambas pretensiones.

1. ¿Es suficiente el surgimiento de una controversia con posterioridad a la entrada en vigor del APPI para que las disposiciones sustantivas de este último se apliquen con carácter retroactivo a la causa?

a) Posición de las partes

577. Después de recordar la necesidad de distinguir entre la competencia *ratione temporis* del Tribunal y la aplicabilidad *ratione temporis* de las obligaciones sustantivas contenidas en el APPI, la parte demandada plantea, en principio, que “*cualquier supuesto acto expropiatorio[sic] que hubiera tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del APPI queda fuera del ámbito de aplicación del mismo, no obstante la existencia en el APPI de una cláusula de inversiones preexistentes.*” [i.e. artículo 2.2].⁵¹⁷ Pide al Tribunal que distinga “*la aplicación retroactiva de un tratado*” de lo que ella denomina “*el aspecto retrospectivo de una obligación bajo un tratado*” y que informa las disposiciones del artículo 2.2. Así pues, la Demandada considera que el único objetivo del artículo 2.2 es prever que las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor del APPI están protegidas por este último del mismo modo que las inversiones realizadas con posterioridad a la entrada en vigor del mismo; el hecho de que se puedan satisfacer las condiciones del artículo 2.2 no confiere ningún efecto retroactivo al APPI.⁵¹⁸ Además, el uso del tiempo futuro en el tratado iría en contra de la aplicación de las disposiciones sustantivas a actos anteriores a su entrada en vigor.⁵¹⁹ Por último, la Demandada considera que las disposiciones sustantivas del APPI sólo podrían aplicarse a actos del Estado anteriores a la

⁵¹⁶ Véase el resumen de la argumentación de las partes demandantes presentado durante la audiencia de 15 de enero de 2007 (transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 251-252 (Sra. Malinvaud)).

⁵¹⁷ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 33-34 (Sr. Di Rosa).

⁵¹⁸ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 138 -143. Durante la audiencia de 15 de enero de 2007, la parte demandada alegó que el artículo 2.2 no se refiere en realidad a la competencia *ratione temporis* sino más bien a la competencia *ratione materiae* del Tribunal (véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 23 (Sr. Di Rosa)).

⁵¹⁹ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 37 (Sr. Di Rosa).

entrada en vigor del APPI, si éste último contemplara una disposición expresa que previera su aplicación retroactiva, lo cual no ocurre en este caso concreto.⁵²⁰

578. De acuerdo con las Demandantes, el artículo 2.2 del APPI constituye una derogación del principio de irretroactividad enunciado en el artículo 28 del Convenio de Viena, ya que permite aplicar el APPI “a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia”.⁵²¹ La aplicación conjunta de los apartados 2.2 y 2.3 permitiría concluir que “dicho Tratado puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor”,⁵²² ya que el APPI no contiene “ninguna fecha límite que excluya de su campo de aplicación hechos (actos de desposesión) causantes de una controversia”.⁵²³ Habida cuenta de que surge una controversia entre las partes en 1995, posteriormente a la entrada en vigor del tratado, las disposiciones sustantivas de este último son aplicables a hechos anteriores a su entrada en vigor.⁵²⁴

b) Conclusiones del Tribunal

579. El apartado 2.2 del APPI entre Chile y España simplemente dispone que las inversiones anteriores a la entrada en vigor del APPI pueden estar cubiertas por este último. Dicho apartado no presupone la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI a las supuestas violaciones y no se puede interpretar que confiere un efecto retroactivo al APPI que permita su aplicación a las violaciones anteriores a su entrada en vigor.

580. Como señaló el Tribunal de arbitraje constituido en el caso *SGS c. Filipinas*:

“According to Article II of the BIT, it applies to investments ‘made whether prior to or after the entry into force of the Agreement’. Article II does not, however, give the substantive provisions of the BIT any retrospective effect. The normal principle stated in Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties applies: the provisions of the BIT ‘do not bind a party in relation to any act or fact which took place

⁵²⁰ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 40 y p. 27 (Sr. Di Rosa). La parte demandada también afirma que “*el Tratado no se aplica a actos del Estado anteriores a la entrada en vigor del acuerdo*” (transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 18 (Sr. Di Rosa)).

⁵²¹ Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 26. Véase también la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 237, nota 441.

⁵²² Dúplica a la Réplica sobre cuestión de jurisdicción de la Demandada del 7 de febrero del 2000, p. 26.

⁵²³ Informe de alegatos de las partes demandantes relativo a las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001, pp. 21 y 22.

⁵²⁴ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 253 (Sra. Malinvaud).

or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty”.⁵²⁵

581. La interpretación según la cual el artículo 2.2 del APPI conferiría un efecto retroactivo a las disposiciones sustantivas del APPI sería contraria al principio de irretroactividad planteado por la Convención de Viena (art. 28):

“Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

582. Si bien las partes están autorizadas a derogar, por vía convencional, el principio de irretroactividad, esta derogación no se puede presumir. En efecto, dicha derogación significa que el Estado acepta proteger las inversiones posteriores y anteriores al tratado, y sobre todo, que el Estado se compromete a respetar las obligaciones del Tratado respecto de las inversiones realizadas en su territorio, incluso antes de la fecha de entrada en vigor del tratado.⁵²⁶ Este compromiso de responsabilidad por actuaciones que ya tuvieron lugar en el momento de entrada en vigor del tratado no se puede presumir.⁵²⁷

583. Por lo tanto, la parte demandante ve en el artículo 2.3 del APPI *“una excepción expresa a lo que podríamos llamar una aplicación retroactiva del Tratado”*.⁵²⁸ El Tribunal no comparte este análisis. El hecho de afirmar expresamente en el artículo 2.3 que el APPI no

⁵²⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, caso CIADI n° ARB/02/6, laudo sobre competencia de 29 de enero de 2004, párrafo 166. El Artículo II del Acuerdo entre la Confederación Helvética y la República de Filipinas relativo a la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones, titulado *“Campo de aplicación”*, está redactado en los términos siguientes: *“El presente Acuerdo es aplicable a las inversiones efectuadas en el territorio de una Parte Contratante, conforme a sus leyes y reglamentos, por inversionistas de la otra Parte Contratante, antes o después de su entrada en vigor”* (traducción no oficial).

⁵²⁶ El Tribunal señala que el inversionista no podía contar con la posibilidad de presentación de un recurso fundado en un APPI que no existía en el momento de su inversión ni al momento de las supuestas violaciones del período 1973-1977. Véase la observación del Tribunal en el caso *Lucchetti* a propósito del inversionista. *“[The investor] cannot say that it made its investment in reliance on the BIT, for the simple reason that the treaty did not exist until years after Lucchetti had acquired the site, built its factory, and was well into the second year of full production. It cannot conceivably contend that it invested in reliance on the existence of this international remedy”* (*Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. c. Perú*, caso CIADI n° ARB/03/4, sentencia de 7 de febrero de 2005, párrafo 61).

⁵²⁷ Tal como señala el autor del comentario de los artículos de la C.D.I. sobre la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito a nivel internacional, *“los casos de aceptación retroactiva de la responsabilidad son muy raros”* (James Crawford, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l’Etat*, Pedone, 2003, p. 159) (traducción de la cita no oficial).

⁵²⁸ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 253 (Sra. Malinvaud).

se aplica a las *diferencias* surgidas con anterioridad a su entrada en vigor no significa, ni siquiera implícitamente, que el APPI se podría aplicar a todas las *violaciones* cometidas antes de su entrada en vigor. Ello equivaldría a invertir el principio contenido en el artículo 28 del Convenio de Viena y reafirmado constantemente en la jurisprudencia.

584. Como sostuvo el Tribunal constituido en el caso *Mondev*, “[t]he basic principle is that a State can only be internationally responsible for breach of a treaty obligation if the obligation is in force for that State at the time of the alleged breach. The principle is stated both in the Vienna Convention on the Law of Treaties and in the ILC’s Articles on State Responsibility, and has been repeatedly affirmed by international tribunals”.⁵²⁹ El Tribunal no ve en este caso concreto ninguna razón para derogar este principio. Además, la formulación en futuro de las obligaciones sustantivas del APPI⁵³⁰ constituye un indicio suplementario de la inaplicabilidad de dichas obligaciones a hechos acaecidos cuando éstas no existían.⁵³¹
585. En resumen, el argumento de la parte demandante no tiene en cuenta la distinción, esencial, entre la competencia *ratione temporis* del Tribunal y la aplicabilidad *ratione temporis* de las disposiciones sustantivas del tratado. Ambas exigencias deben satisfacerse a efectos de comprometer la responsabilidad internacional del Estado en virtud del tratado. La existencia de una controversia posterior a la entrada en vigor del APPI no puede por sí sola dar lugar a la aplicación retroactiva automática de las disposiciones sustantivas del APPI en cuestión. El APPI entre Chile y España no contiene ningún artículo de naturaleza “*derogatoria*”, susceptible de permitir la aplicación de sus disposiciones sustantivas a hechos anteriores a su entrada en vigor.
586. Sin embargo, las partes demandantes alegan, a título subsidiario, que las violaciones que el Estado demandado habría cometido antes de la entrada en vigor del APPI tienen un carácter continuo o constituyen un elemento de un hecho compuesto ilícito y se prolongarían más allá de la entrada en vigor. Por ello, concluyen que las disposiciones

⁵²⁹ Véase *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, caso CIADI n° ARB(AF)/99/2, sentencia final de 11 de octubre de 2002, párrafo 68.

⁵³⁰ Véase, por ejemplo, los artículos 3, 4, 5 y 6 del APPI entre Chile y España.

⁵³¹ Véase *Tradex Hellas S.A. c. Albania*, caso CIADI n° ARB/94/2, laudo sobre competencia de 24 de diciembre de 1996, párrafo 65, *JDI*, 2000.151, especialmente la p. 155 y ss. Véase también *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México*, caso CIADI n° ARB (AF)/00/2, sentencia final de 29 de mayo de 2003, párrafo 65.

sustantivas del APPI serían aplicables al hecho ilícito continuo o al hecho ilícito compuesto alegado.

2. ¿Constituyen las supuestas violaciones anteriores a la entrada en vigor del APPI un hecho ilícito continuo o elementos de un hecho ilícito compuesto a los cuales son aplicables las disposiciones sustantivas de este tratado?

587. Antes de exponer la posición de las partes y las conclusiones del Tribunal sobre este punto, cabe recordar brevemente los principales hechos pertinentes.

a) Recapitulación de los hechos pertinentes

588. El 11 de septiembre de 1973, el ejército chileno embarga todos los bienes del Sr. Pey Casado, incluidos los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.⁵³² Posteriormente, se adoptan una serie de decretos durante el período 1973-1977.

589. Así, el Decreto-Ley N° 77 de 13 de octubre de 1973 declara ilícitos y disueltos *“los partidos, entidades, agrupaciones, facciones o movimientos [de ideología marxista], así como las asociaciones, sociedades o empresas de cualquier naturaleza, que directamente o a través de terceras personas pertenecieran o estuviesen dirigidos por uno de ellos”*.⁵³³ El decreto también prevé que los bienes de las entidades disueltas pasen a dominio del Estado.⁵³⁴ Para instrumentar el artículo 1 del Decreto-Ley N° 77 se adoptó el Decreto Supremo N° 1726, de 3 de diciembre de 1973, que dispone que sea el Ministro del Interior quien identifique las entidades afectadas por el Decreto-Ley. Cuando se trate de personas naturales, el Ministro del Interior declarará asimismo que se someta a estudio su situación patrimonial.⁵³⁵ El Decreto Exento N° 276 de 21 de octubre de 1974 aplica disposiciones del Decreto-Ley N° 77 a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Dicho Decreto también declara la necesidad de estudiar la situación patrimonial de los Sres. Darío Sainte Marie,

⁵³² Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 64. Véase también la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 108, donde el Sr. Di Rosa considera que *“la confiscación del Consorcio tuvo lugar en 1973”*.

⁵³³ Decreto-Ley n° 77 de 8 de octubre de 1973 por el que se declaran ilícitos y se disuelven los partidos políticos indicados, artículo 1 (Anexo 19 del Memorial de las partes demandantes, de 17 de marzo de 1999).

⁵³⁴ Ídem

⁵³⁵ Decreto Supremo n° 1726 por el que se aprueba el reglamento para la aplicación del artículo 1 del Decreto-Ley n° 77 de 1973 (Anexo 73 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003).

Oswaldo Sainte Marie, Víctor Pey Casado, Mario Osses González, Emilio González González, Jorge Venegas Venegas y Ramón Carrasco Peña.⁵³⁶

590. Refiriéndose principalmente al Decreto Exento N.º 276,⁵³⁷ el Decreto Supremo N.º 165 de 10 de febrero de 1975 declara disueltas las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.⁵³⁸ y dispone que sus bienes muebles e inmuebles, cuya lista figura en el Decreto, pasen a ser propiedad del Estado.⁵³⁹
591. El Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, por una parte, modifica el Decreto Supremo N.º 165 para añadir un bien inmueble⁵⁴⁰ y, por otra parte, declara que el Sr. Pey Casado se encuentra en la situación prevista en el artículo 1.2 del Decreto-Ley N.º 77.⁵⁴¹ Este Decreto transfiere igualmente al Estado la propiedad de determinados fondos depositados en la Asociación de Ahorro y Préstamos Ahorromet, pertenecientes al Sr. Pey Casado.⁵⁴²
592. Por último, el Decreto Supremo N.º 1200 de 25 de noviembre de 1977 complementa el Decreto Supremo N.º 580 declarando que “pasan a ser propiedad del Estado los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones pertenecientes al mencionado Sr. Pey Casado y, en particular, la totalidad de los fondos invertidos en Certificados de ahorro reajustables

⁵³⁶ Decreto Exento n.º 276 de 9 de noviembre de 1974 (Anexo 74 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003).

⁵³⁷ Decreto Supremo n.º 165 del Ministerio del Interior de 10 de febrero de 1975, párrafo 5 del preámbulo (Anexo 1 del Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999). El Decreto Supremo n.º 165 también reseña las disposiciones de los Decretos-Leyes n.º 1, 77 y 128 de 1973 y 527 de 1974.

⁵³⁸ Decreto Supremo n.º 165 del Ministerio del Interior de 10 de febrero de 1975, artículo 1 (Anexo al Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999).

⁵³⁹ Decreto Supremo N.º 165 del Ministerio del Interior de 10 de febrero de 1975 (Anexo 1 del Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999), artículos 2, 3 y 4. El Tribunal constata que el artículo 3 no prevé la expropiación de un bien inmueble, sino del derecho a indemnización previsto por el Decreto-Ley N.º 93 de 20 de octubre de 1973 para compensar la expropiación de un inmueble que pertenecía a la sociedad CPP S.A. (Véase Decreto-Ley N.º 93 de 20 de octubre de 1973, artículos 3 a 9, Anexo 3 del Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999).

⁵⁴⁰ Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, artículo 1 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁵⁴¹ Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, artículo 3 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁵⁴² Decreto Supremo N.º 580 de 24 de abril de 1975, artículo 4 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

del Banco Central de Chile”.⁵⁴³ Este mismo decreto también transfiere la propiedad de todos los derechos y acciones del Sr. Pey Casado en la sociedad Socomer Ltda. y sus filiales.⁵⁴⁴

593. El Tribunal señala que algunos de estos decretos fueron anulados por las jurisdicciones internas chilenas. Así, en una sentencia de 13 de enero de 1997, el 21° Juzgado Civil de Santiago declaró “*la nulidad de derecho público*” por violación del artículo 4 de la Constitución de 1925, del Decreto Exento N.° 276 de 9 de noviembre de 1974, el Decreto Supremo N.° 580 de 24 de abril de 1975 y el Decreto Supremo N.° 1200 de 25 de noviembre de 1977.⁵⁴⁵ En consecuencia, el Tribunal ordenó la “*restitución al demandante [Sr. Pey Casado] de los bienes que le fueran confiscados e intervenidos judicialmente*”. Dichos bienes son distintos de los de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. El Tribunal entiende que el Decreto Supremo N.° 165 sigue estando vigente.
594. Como el Sr. Pey Casado tuvo que abandonar Chile y no pudo volver a dicho país hasta 1989,⁵⁴⁶ tuvo que esperar a 1995 para formular su primera demanda de restitución de bienes confiscados.⁵⁴⁷ Por otra parte, el 4 de octubre de 1995 se personó ante los tribunales chilenos para obtener la restitución de la rotativa Goss.⁵⁴⁸ El 20 de noviembre de 1995, el Ministerio de Bienes Nacionales comunica al Sr. Pey Casado que la ley de indemnización que permitirá tratar situaciones comparables a la suya todavía no ha sido promulgada.⁵⁴⁹ El

⁵⁴³ Decreto Supremo N.° 1200 de 25 de noviembre de 1977, artículo 2 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁵⁴⁴ Decreto Supremo N.° 1200 de 25 de noviembre de 1977, artículo 2 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). Véase también la comunicación secreta entre el Ministro de Tierras y Colonización y el Ministro del Interior de 10 de noviembre de 1977 (Anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁵⁴⁵ Sentencia de 13 de enero de 1997 del 21° Juzgado Civil de Santiago (presentada con la comunicación de las partes demandantes de 19 de diciembre de 1997). Los bienes en cuestión son distintos de los de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. Esta sentencia fue confirmada por el fallo de la Corte Suprema de Chile de 14 de mayo de 2002 (Anexo C-138). La Demandada observa que el Decreto Supremo N.° 16 de 8 de enero de 1979 ya preveía que el Decreto Supremo N.° 1200 dejaría de tener efecto en lo referente a los derechos y acciones de Víctor Pey Casado en la empresa Socomer Ltda. y sus empresas asociadas (Anexo 78 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003).

⁵⁴⁶ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 25: “El 4 de mayo de 1989, el Sr. Pey regresó a Chile por primera vez luego de su partida en 1973”.

⁵⁴⁷ Anexo 22 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁴⁸ Demanda inicial del Sr. Pey Casado de 4 de octubre de 1995 ante el Primer Juzgado Civil de Santiago (Anexo 48 al Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003). Véase *supra* párrafo 459 y ss.

⁵⁴⁹ Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

10 de enero de 1996, el Sr. Pey Casado reiteró su demanda de restitución ante el Presidente de la República, sin obtener respuesta.⁵⁵⁰ El 6 de noviembre de 1997, las partes demandantes presentaron su solicitud de arbitraje ante el CIADI.⁵⁵¹

595. El 25 de junio de 1998 se promulga la Ley N.º 19.568 relativa a la restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado en virtud de los Decretos-Leyes N.º 12, 77 y 133 de 1973, N.º 1697 de 1977 y N.º 2436 de 1978. Sin embargo, las partes demandantes informan al Ministro de Bienes Nacionales mediante carta de 24 de junio de 1999 de su decisión de no recurrir a la Ley N.º 19.568, debido a la solicitud de arbitraje presentada en 1997 y a la cláusula de opción irrevocable (*fork-in-the-road*) contenida en el APPI entre Chile y España.⁵⁵²
596. El 28 de abril de 2000, el Ministro de Bienes Nacionales dicta la Decisión N.º 43 conforme a la cual las disposiciones de la Ley N.º 19.568 son aplicables a los bienes confiscados a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.⁵⁵³ En esta decisión, no obstante, se acepta indemnizar a terceras partes actoras distintas de las partes demandantes por la confiscación

⁵⁵⁰ Véase Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997, p. 8 y Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997.

⁵⁵¹ Tras el fracaso de la propuesta de consultas amistosas formulada por el Sr. Pey Casado el 30 de abril de 1997 (Anexos 11 y 12 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997), el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende expresaron sus respectivos consentimientos al arbitraje el 2 y el 6 de octubre de 1997 (Anexo 10 y 2 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997). En la carta en la que otorgaba su consentimiento al arbitraje, el Sr. Pey excluyó expresamente la controversia relativa a la restitución de la rotativa: “[...] *el presente consentimiento abarca a todas y cada una de las controversias jurídicas derivadas de la confiscación de mis inversiones comerciales citadas [anteriormente], con la sola excepción de la relativa a la mera restitución -o, en su defecto, [pago de] su valor de sustitución - de la máquina rotativa GOSS - comprada en 1972 e instalada en la sede del diario CLARÍN. Sí incluye el consentimiento la controversia jurídica relativa a todos los perjuicios derivados de la ocupación de de la dicha rotativa, consistentes en el daño emergente, lucro cesante e intereses compensatorios*”.

⁵⁵² Carta de las partes demandantes al Ministro de Bienes Nacionales de 24 de junio de 1999 (Anexo C-32).

⁵⁵³ El Ministro de Bienes Nacionales pudo considerar que “los bienes anteriormente identificados fueron confiscados a CPP S.A., propietaria al 99% de EPC Ltda., así como a esta última, en aplicación del D.L. n.º 77 de 1973 dictado por el Ministerio del Interior, que disolvió las sociedades consideradas testaferros de determinados partidos políticos especificados en dicho decreto-ley, y dispuso de sus bienes. Lo que acaba de exponerse se confirma con la lectura de una copia de los propios Decretos Confiscatorios n.º 165 del Ministerio del Interior, de fecha 10 de febrero de 1975, y n.º 580 del mismo Ministerio, de fecha 24 de abril de ese mismo año, y de una copia de las respectivas inscripciones de los inmuebles indicados a nombre del Fisco de Chile en el Registro de la Propiedad del Conservador de Hipotecas competente” (Decisión N.º 43 de 28 de abril de 2000, presentada con la comunicación de la partes demandantes al CIADI de 11 de mayo 2000).

de los bienes en cuestión. El Ministro de Bienes Nacionales mantendrá la Decisión N.º 43, que las Demandantes impugnarán en vano.⁵⁵⁴

597. Tras este breve recordatorio de los hechos pertinentes, el Tribunal se propone examinar las pretensiones de las partes relativas a la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI.

b) Posición de las partes

598. En la última parte de su argumentación, las partes demandantes alegan que el Tribunal se encuentra ante un hecho ilícito continuo o ante un hecho ilícito compuesto al que las disposiciones sustantivas del APPI serían aplicables.⁵⁵⁵ Basándose esencialmente en sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, las Demandantes califican “*la expropiación del período 1975-1977*”⁵⁵⁶ y la Decisión N.º 43⁵⁵⁷ de violaciones continuas, contrarias principalmente al artículo 5 del APPI.⁵⁵⁸ De este modo, las Demandantes pretenden que el carácter continuo de la expropiación de los bienes en controversia resulta de la nulidad del Decreto N.º 165 adoptado en 1975. El decreto en controversia sería nulo bajo el derecho interno, ya que la propia Corte Suprema había declarado nulos un determinado número de decretos de la misma época relativos a otros bienes del Sr. Pey

⁵⁵⁴ Véase la correspondencia entre las partes demandantes, el Ministro de Bienes Nacionales y el *Contralor general*: carta de J. Garcés en nombre de Víctor Pey Casado y de la Fundación Presidente Allende al Ministro de Bienes Nacionales de 24 de junio de 1999 (Anexo C-32), carta de las Demandantes al Ministro de Bienes Nacionales y al *Contralor* de 6 de mayo de 2000 (comunicación de las Demandantes al CIADI de 4 de enero de 2001), carta del Ministro de Bienes Nacionales a las Demandantes de 14 de julio de 2000 relativa a la legalidad de la Decisión N.º 43 (comunicación de las Demandantes al CIADI de 27 de abril de 2001), carta de las Demandantes al Ministro de Bienes Nacionales de 18 de julio de 2000 (comunicación de las Demandantes al CIADI de 27 de abril de 2001), carta de las Demandantes al *Contralor* de 25 de julio de 2000 (comunicación de las Demandantes al CIADI de 27 de abril de 2001) y carta del *Contralor* a las Demandantes de 22 de noviembre de 2000 relativa a la legalidad de la Decisión N.º 43 (comunicación de la Demandada al CIADI de 18 de diciembre de 2000).

⁵⁵⁵ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 259 y ss. (Sra. Malinvaud).

⁵⁵⁶ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 269 y ss. (Sra. Malinvaud). Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 237 y ss. (en algunas ocasiones, los argumentos de las Demandantes fueron poco claros, por lo que invocaron la calificación de “*hecho compuesto ilícito continuo*”).

⁵⁵⁷ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 20. La Decisión N.º 43 también fue calificada de violación de los artículos 3, 4 y 5 del APPI por las Demandantes: “*El 28 de abril de 2000 los artículos 3, 4 y 5 del APPI fueron infringidos bajo una nueva forma, que se ha agregado a la desposesión anterior*” (Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 123).

⁵⁵⁸ Véase el Memoria de las demandantes del 17 de marzo de 1999, p. 34 y la réplica de las Demandantes al Memorial de contestación de la parte demandada, de 23 de febrero de 2003.

Casado.⁵⁵⁹ Las partes demandantes también afirman que el Decreto N.º 165 sería contrario al derecho internacional e insisten principalmente en la solución adoptada en la sentencia *Loizidou*, que consideran aplicable al presente caso.⁵⁶⁰ El supuesto hecho ilícito compuesto englobaría “*los decretos de 75 y 77*”, “*la denegación de indemnización del 95*” y la Decisión N.º 43 de 28 de abril de 2000.⁵⁶¹ Por último, las Demandantes pretenden ser víctimas de una denegación de justicia durante el período de 1995-2002, en contravención del artículo 4 del APPI.⁵⁶² Durante las audiencias de enero de 2007, las Demandantes ampliaron su demanda fundada en la denegación de justicia alegando que “*todo el contencioso está sometido al Tribunal Arbitral, que para nosotros se aplica a todo ello la denegación de justicia que ha sufrido el señor Pey*”.⁵⁶³

599. De acuerdo con la Demandada, la expropiación realizada por el decreto de 1975 es un acto instantáneo, anterior a la entrada en vigor del tratado, al que no se pueden aplicar las obligaciones sustantivas del APPI.⁵⁶⁴ Apoyándose en la decisión del Tribunal de 25 de septiembre de 2001,⁵⁶⁵ la Demandada también alega que la Decisión N.º 43 no se puede considerarse en si misma como un acto ilícito, ya que no es más que una consecuencia de una expropiación que concluyó bastante antes de la entrada en vigor del APPI.⁵⁶⁶ La

⁵⁵⁹ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 75. Se trata de los Decretos N.º 276 de 1974, N.º 580 de 1975 y N.º 1200 de 1977 (véase la sentencia en primera instancia de 13 de enero de 1997 del 21.º Juzgado Civil de Santiago, presentada con la comunicación de 19 de diciembre de 1997 y el fallo de la Corte Suprema de Chile de 14 de mayo de 2002 (Anexo C-138)). Véase también la respuesta al Memorial sobre incompetencia presentada por la parte demandada, de 18 de septiembre de 1999, p. 42 y ss.

⁵⁶⁰ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 237 y ss. Véase también la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 271 y ss. y la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 65 (Sra. Malinvaud).

⁵⁶¹ Véase el argumento expuesto a título subsidiario por las partes demandantes en la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 262 (Sra. Malinvaud).

⁵⁶² Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 422 y ss., especialmente la p. 428: “*el fundamento jurídico de la denegación de justicia se encuentra manifestado en el artículo 4 del APPI España-Chile*” (Sr. Garcés).

⁵⁶³ Transcripción de la audiencia de 16 enero 2007, p. 432 (Sr. Garcés). Véase también la transcripción de la audiencia de 16 enero 2007, p. 140 (Sra. Malinvaud): “*la denegación repetida de indemnización a partir de 1995 es eso, una denegación de Justicia, es un hecho del Estado diferente de la expropiación invocada de conformidad en el artículo 5 del Tratado y que se aplica a todas las demandas que se han hecho ante este Tribunal*”.

⁵⁶⁴ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 41 (Sr. Di Rosa). Véase también el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 145 a 148.

⁵⁶⁵ Decisión sobre las medidas cautelares solicitadas por las partes, de 25 de septiembre de 2001.

⁵⁶⁶ Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 44 (Sr. Di Rosa).

Demandada considera que en este caso concreto tampoco existe acto compuesto ilícito y que, en cualquier caso, el Tribunal sólo podría examinar los daños que se hubiesen sufrido tras la entrada en vigor.⁵⁶⁷ Por último, la Demandada no se pronunció sobre la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI a la denegación de justicia alegada por las Demandantes.⁵⁶⁸

c) Conclusiones del Tribunal

600. Después de examinar los hechos y pretensiones de las partes, el Tribunal llegó a la conclusión de que la expropiación resultante del Decreto N.º 165 no se puede considerar un hecho ilícito continuo y no se le pueden aplicar las disposiciones sustantivas del APPI. En cambio, las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables *ratione temporis* a la violación resultante de la Decisión N.º 43 y a la denegación de justicia alegada por las Demandantes, ya que dichos actos son posteriores a la entrada en vigor del tratado.

i. *Las disposiciones sustantivas del APPI no son aplicables ratione temporis a la expropiación establecida por el Decreto N.º 165 de 10 de febrero de 1975*

601. Para intentar demostrar que las disposiciones sustantivas del APPI, y principalmente las del artículo 5 relativas a la expropiación, son aplicables *ratione temporis* a la expropiación de 1975, las Demandantes se basan en la supuesta nulidad *ab initio* del Decreto N.º 165⁵⁶⁹ bajo el derecho interno y en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, para deducir el carácter continuo del acto en controversia. De este modo, la supuesta violación, bastante anterior a 1994, se habría prolongado más allá de la fecha de entrada en vigor del APPI.

602. En este caso concreto, ninguno de los argumentos esgrimidos por las Demandantes convence al Tribunal.

⁵⁶⁷ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 360-361 (Sr. Di Rosa).

⁵⁶⁸ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 182 y ss. La Demandada formuló una objeción a los argumentos de las Demandantes sobre la denegación de justicia durante la audiencia de 16 de enero de 2007 (Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero, p. 429 (Sr. Goodman)).

⁵⁶⁹ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 150. Véase también la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 253.

603. La argumentación desarrollada por las Demandantes sobre la nulidad del Decreto N.º 165 bajo el derecho interno no basta para justificar su posición. En efecto, las Demandantes se limitan a invitar al Tribunal a aplicar por analogía el fallo de la Corte Suprema de Chile de 14 de mayo de 2002 sin demostrar en qué el decreto en controversia sería contrario al artículo 4 de la Constitución de 1925.⁵⁷⁰ Para el Tribunal, la validez del Decreto N.º 165 no ha sido cuestionada por las jurisdicciones internas y dicho decreto sigue formando parte del orden jurídico interno chileno.
604. Para intentar establecer que el Decreto N.º 165 constituye una violación de carácter continuo bajo el derecho internacional, las partes demandantes invocan algunas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y principalmente la sentencia *Loizidou*.⁵⁷¹
605. El Tribunal considera que la jurisprudencia invocada no es aplicable en este caso concreto y no puede servir de fundamento para calificar de hecho ilícito continuo una expropiación que, en este caso, fue condenada antes de la entrada en vigor del tratado.
606. En efecto, en el caso *Loizidou*, la Corte llegó a la conclusión de que Turquía había cometido una violación continua del derecho de propiedad de la parte demandante por considerar que a la Constitución de la República Turca de Chipre del Norte de 1985, norma anterior a la entrada en vigor del Convenio para el Estado demandado y en la que se fundaba la transferencia de propiedad en controversia, no se le podía atribuir validez jurídica. Sin embargo, adoptando un razonamiento implícito,⁵⁷² la Corte no comprobó la existencia de dos elementos del concepto de violación continua, a saber “*un acontecimiento crítico que constituye la violación principal, y su continuación*”⁵⁷³, sin tomar en cuenta la distinción entre una situación de ocupación *de facto* de aquella en la que tiene lugar una transferencia de propiedad.⁵⁷⁴ La solución elegida por la Corte Europea de

⁵⁷⁰ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, pp. 72 a 76, especialmente la p. 75. Véase también la réplica de las Demandantes al Memorial de contestación de la parte demandada, de 23 de febrero de 2003, p. 237, nota 441.

⁵⁷¹ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 238 y la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 271 (Sra. Malinvaud).

⁵⁷² El Tribunal no afirma expresamente que se trata de una violación continua. Véase a este respecto las observaciones de P. Tavernier, *JDI* 1997.273, especialmente la p. 274.

⁵⁷³ Véase *Loizidou c. Turquía*, fondo, C.E.D.H., Repertorio 1996-VI, opinión disidente del juez Jambrek, párrafo 5, (*traducción no oficial de la cita*).

⁵⁷⁴ Véase *Loizidou c. Turquía*, fondo, C.E.D.H., Repertorio 1996-VI, opinión disidente del juez Baka, pp. 30 y 31.

Derechos Humanos reviste, a ojos del presente Tribunal, un carácter excepcional⁵⁷⁵ que refleja la intensidad de las opiniones disidentes sobre la cuestión de la aplicación del Convenio *ratione temporis*.⁵⁷⁶ Dicha solución se basa en una interpretación particularmente amplia del concepto de violación continua que no comparte el presente Tribunal.

607. El fallo *Papamichalopoulos*, que las Demandantes también invocaron en varias ocasiones para apoyar su tesis de la expropiación como acto continuo, debe también diferenciarse del presente caso. El fallo no hace referencia a una transferencia de propiedad claramente identificada en el tiempo, sino a la ocupación *de facto* de terrenos por parte del ejército mediante actos sucesivos. Además, el gobierno griego no había planteado una excepción de incompetencia *ratione temporis* y la Corte se limitó “a constatar que las quejas de los interesados hacen referencia a una situación continua, que subsiste en la actualidad”.⁵⁷⁷ Los demás casos brevemente citados por las Demandantes durante las audiencias de enero de 2007 (*SGS c. Filipinas*, *Ilascu c. Moldavia y Rusia* y *Broniowski c. Polonia*⁵⁷⁸) no hacen referencia a casos de expropiación y no permiten concluir que los actos de confiscación cometidos en este caso concreto antes de la entrada en vigor del APPI son actos continuos que se habrían prolongado más allá de la entrada en vigor del APPI.
608. En este caso concreto, la expropiación en controversia, iniciada con los embargos efectuados por el ejército en 1973, concluyó con la entrada en vigor del Decreto N.º165 de 10 de febrero de 1975 que dispuso la transferencia de propiedad de los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. al Estado. En dicha fecha, la expropiación estaba consumada, sea cual fuere la apreciación que se pueda hacer sobre su licitud. Además, el

⁵⁷⁵ Véase James Crawford (ed.), *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat*, Pedone, 2003, p. 163.

⁵⁷⁶ Véase *Loizidou c. Turquía*, fondo, C.E.D.H., Repertorio 1996-VI, opiniones disidentes de los jueces Bernhardt, Baka, Jambrek, Pettiti y Gölcüklü.

⁵⁷⁷ *Papamichalopoulos y otros c. Grecia*, C.E.D.H., Serie A, n° 260-B (1993), párrafo 40, (traducción no oficial de la cita).

⁵⁷⁸ El caso *SGS c. Filipinas* se refería a una simple negativa de pago de una deuda contractual (*SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, caso CIADI n° ARB/02/6, laudo sobre competencia de 29 de enero de 2004); el fallo *Ilascu* se refería a un caso de detención ilegal, ya que la expropiación no fue discutida (véase párrafos 404 y 405) (*Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, CEDH., 8 de julio de 2004) y el fallo *Broniowski* se refería al ejercicio del derecho a una medida compensatoria que el derecho interno había otorgado a la parte demandante antes de la fecha de entrada en vigor de la Convención Europea de Derechos Humanos y siguió concediéndole después de esta fecha (*Broniowski c. Polonia*, CEDH., decisión sobre admisibilidad de 19 de diciembre de 2002).

Tribunal considera que la expropiación sobre la que versa la reclamación de las Demandantes debe calificarse de acto instantáneo, anterior a la fecha de entrada en vigor del APPI. Este análisis es conforme a la posición de principio de la Corte Europea de Derechos Humanos, que considera la expropiación como un acto instantáneo y que no crea una situación continua de “privación de un derecho”.

609. En efecto, en el caso *Malhous*, la Corte sostuvo:

“que sólo puede examinar una solicitud si ésta se refiere a acontecimientos que se hayan producido después de la entrada en vigor del Convenio respecto de la Parte Contratante en cuestión. En este caso concreto, los bienes del padre del demandante fueron expropiados en junio de 1949 y atribuidos a otras personas físicas en 1957, es decir, bastante antes del 18 de marzo de 1992, fecha de entrada en vigor del Convenio para la República Checa (Kuchař y Štis c. República Checa, (dec.) n° 37527/97, de 23 de mayo de 2000, no publicada). Por lo tanto, la Corte no es competente ratione temporis para examinar las circunstancias de la expropiación o los efectos continuos producidos por ella hasta la actualidad. A este respecto, recuerda y confirma la jurisprudencia claramente establecida de la Comisión según la cual la privación de un derecho de propiedad o de otro derecho real constituye en principio un acto instantáneo y no crea una situación continua de “privación de un derecho” (véase, por ejemplo, Mayer y otros c. Alemania, solicitudes n° 18890/91, 19048/91, 19342/92 y 19549/92, decisión de la Comisión del 4 de marzo de 1996, Decisiones e Informes (DR) 85-B, p. 5, y Brežny c. Eslovaquia, solicitud n° 23131/93, decisión de la Comisión del 4 de marzo de 1996, DI 85-A, p. 65)”⁵⁷⁹. (traducción no oficial)

610. La Corte retomó este razonamiento en su jurisprudencia posterior, confirmando, por una parte, que el Convenio no es aplicable *ratione temporis* a hechos que son anteriores a su entrada en vigor y, por otra parte, que la expropiación constituye en principio un acto instantáneo y no crea una situación continua.⁵⁸⁰ En el presente caso sucede lo mismo: las

⁵⁷⁹ *Malhous c. República Checa*, C.E.D.H., decisión sobre admisibilidad de 13 de diciembre de 2000, p. 16 (B 2° c).

⁵⁸⁰ Véase por ejemplo *Smoleanu c. Rumanía*, C.E.D.H., fallo de 3 de diciembre de 2002, párrafos 45-46: “[...] el Tribunal recuerda, en primer lugar, que sólo puede examinar una solicitud si ésta se refiere a acontecimientos que se hayan producido después de la entrada en vigor del Convenio para la Parte Contratante en cuestión. En este caso concreto, la casa de la parte demandante se nacionalizó en 1950, es decir, bastante antes del 20 de junio de 1994, fecha de entrada en vigor del Convenio para Rumanía. Por lo tanto, el Tribunal no es competente *ratione temporis* para examinar las circunstancias de la nacionalización o los efectos continuos producidos por ella hasta la actualidad. La Corte recuerda y confirma su jurisprudencia claramente establecida según la cual la privación de un derecho de propiedad o de otro derecho real constituye en principio un acto instantáneo y no crea una situación continua de “privación de un derecho” (traducción no oficial), (véase, por ejemplo, *Lupuș c. Rumanía*, solicitud n° 25497/94, decisión de la

disposiciones sustantivas del APPI no son aplicables *ratione temporis* a los actos de expropiación cometidos antes de la entrada en vigor del tratado, ya que dichos actos concluyeron y no pueden dar lugar a una situación continua.

611. Sin embargo, una vez que el tratado entra en vigor, no se prohíbe al Tribunal tener en cuenta hechos anteriores a la fecha de entrada en vigor del tratado para examinar el contexto en el que se produjeron los actos que, en opinión de las Demandantes, deben considerarse violaciones posteriores a la entrada en vigor del tratado. Esto es lo que sostuvo el Tribunal de arbitraje constituido en el caso *MCI c. Ecuador*, que sólo se consideró competente respecto a actos posteriores a la entrada en vigor del APPI cuando dichos actos se presentaban como violaciones del APPI.

“Prior events may only be considered by the Tribunal for purposes of understanding the background, the causes, or scope of violations of the BIT that occurred after its entry into force”.⁵⁸¹

612. En consecuencia, aunque en este caso concreto no se puedan aplicar las disposiciones sustantivas del APPI a los actos de expropiación anteriores a su entrada en vigor, el Tribunal podrá examinar las violaciones del APPI que se produjeron después de su entrada en vigor, teniendo en cuenta, a efectos del contexto, acontecimientos que ocurrieron antes de dicha fecha. Por lo tanto, conviene ahora determinar si a las demás violaciones invocadas por las Demandantes les son efectivamente aplicables las disposiciones sustantivas del APPI *ratione temporis*.

Comisión de 17 de mayo de 1996, Decisiones e Informes (DI) 85-A, p. 126). Véase *Bergauer c. República Checa*, CEDH., Decisión sobre admisibilidad, 13 de diciembre de 2005, p. 10: “The Court notes that the expropriation of the applicants’ or their predecessors’ property occurred shortly after the Second World War almost fifty years ago, long before the entry into force of the Convention with respect to the Czech Republic. Moreover, according to the Convention case-law, a deprivation of ownership or other rights in rem is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of the “deprivation of a right” (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.) [GC], no. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references)”. Véase también *Abbasov c. Azerbaiján*, CEDH., Decisión parcial sobre admisibilidad de 24 de octubre de 2006, p. 5, párrafo 4: “Assuming that the complaint falls within the ambit of Article 1 of Protocol No. 1 of the Convention, the Court notes that the applicant’s property was confiscated prior to 15 April 2002 [date of the Convention’s entry into force with respect to Azerbaijan]. According to the Court’s case-law, a deprivation of ownership or other rights in rem is in principle an instantaneous act and does not produce a continuing situation of “deprivation of a right” (see *Malhous v. the Czech Republic* (dec.), no. 33071/96, ECHR 2000-XII, with further references). It follows that this complaint is also incompatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 and must be rejected in accordance with Article 35 § 4”.

⁵⁸¹ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Equateur*, caso CIRDI n° ARB/03/6, sentencia del 31 de julio de 2007, párrafo 93.

ii. *Las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables a la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000*

613. Según las Demandantes, la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 sería, en sí misma, contraria a los artículos 3, 4 y 5 del APPI.⁵⁸² La Decisión N° 43 fue dictada en aplicación de la Ley N° 19.568, promulgada con posterioridad a la entrada en vigor del APPI. Esta ley dispone en su artículo 1 que *“las personas naturales y las personas jurídicas, incluidos los partidos políticos, que hayan sido privados del dominio de sus bienes por aplicación de los decretos leyes N° 12, 77 y 133 de 1973, 1.687 de 1977 y 2.346 de 1978, tendrán derecho a solicitar su restitución o requerir el pago de una indemnización en conformidad con las normas establecidas en esta ley”* (el subrayado es nuestro). El Estado demandado creó de este modo un derecho a indemnización, definido y delimitado por la ley interna, cuya aplicación iba destinada a las personas contempladas por la legislación adoptada durante el período 1973-1978.
614. La Decisión N° 43, que autoriza la indemnización de terceras personas distintas a las partes demandantes por la expropiación de los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. en aplicación de la ley de 1998, es calificada por las partes demandantes de *“nueva desposesión”*⁵⁸³ contraria a las disposiciones sustantivas del APPI. Como esta decisión se adoptó con posterioridad a la entrada en vigor del APPI, el Tribunal concluye que las disposiciones sustantivas de este último le son aplicables *ratione temporis*, sin por ello, en esta etapa de su decisión sobre el fondo, juzgar la supuesta violación.
615. Por el contrario, el Tribunal considera que el hecho ilícito compuesto invocado por las partes demandantes no existe en este caso concreto.
616. El Tribunal recordará que las Demandantes pretenden agrupar en el marco de un hecho compuesto *“los decretos del 75 y 77”, “la denegación de indemnización del 95”* y la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000.⁵⁸⁴
617. Sin embargo, la existencia de un hecho ilícito compuesto implica la concurrencia *“de una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita”*. La violación de una

⁵⁸² Véase nota N.º 555.

⁵⁸³ Véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia del 5 de mayo de 2003, p. 226 (Sra. Malinvaud).

⁵⁸⁴ Véase el argumento expuesto a título subsidiario por las partes demandantes en la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 261-262 (Sra. Malinvaud).

obligación internacional por parte del Estado a través de una serie de actos u omisiones de este tipo, sólo tiene lugar cuando se produce *“la acción u omisión que, tomada junto con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito”*.⁵⁸⁵

618. El Tribunal también recordará que, en cualquier caso, la alegación de hecho compuesto ilícito no permite eludir el principio de irretroactividad. De este modo, *“en los casos en que no existía la obligación pertinente al inicio de la conducta en cuestión, sino que nació posteriormente, la 'primera' de las acciones u omisiones de la serie será, a efectos de la responsabilidad de los Estados, la primera que se haya producido con posterioridad al nacimiento de la obligación. Esto no debe impedir necesariamente a un tribunal tener presente, a otros efectos, acciones u omisiones anteriores (por ejemplo, con objeto de establecerla a base fáctica respecto de violaciones posteriores o para probar la intención)”*.⁵⁸⁶
619. Según el Tribunal, en este caso concreto no se puede admitir la calificación de acto ilícito compuesto, ya que los hechos en controversia alegados por las Demandantes no corresponden ni a una serie de actos constitutivos de una infracción distinta a los incumplimientos invocados, ni a una práctica del Estado chileno derivada de la *“acumulación de incumplimientos de naturaleza idéntica o análoga bastante numerosos y relacionados entre sí”*.⁵⁸⁷ En el presente caso no hay ningún *“sistema”* o *“conjunto”* de actos ilícitos que tomados en su conjunto, pudieran considerarse un acto ilícito.
620. El embargo y la transferencia de la propiedad de los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. al Estado constituyen un hecho consumado y distinto de las violaciones posteriores a la entrada en vigor del APPI señaladas por las Demandantes. El Tribunal concluye de todo esto que las disposiciones sustantivas del APPI no eran aplicables a la expropiación de los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.
621. Los otros actos presentados por las Demandantes como elementos del hecho compuesto alegado se produjeron con posterioridad a la entrada en vigor del tratado. Se trata esencialmente, según las Demandantes, de la denegación de indemnización al Sr. Pey

⁵⁸⁵ Artículo 15 de los artículos de la C.D.I. sobre la responsabilidad del Estado.

⁵⁸⁶ James Crawford (ed.), Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, Pedone, 2003, p. 172 (traducción no oficial de la cita).

⁵⁸⁷ Irlanda c. Reino Unido, CEDH., Serie A, n° 25 (1978), p. 64, párrafo 159 in James Crawford (ed.), Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat, Pedone, 2003, p. 170 (traducción no oficial de la cita).

Casado en 1995 y de la Decisión N° 43. La denegación de indemnización se refiere a una expropiación que tuvo lugar en los años 70, época en la que el APPI no estaba en vigor. Esta denegación de indemnización no es, en sí misma, contraria al tratado, ya que el único derecho de indemnización posterior al tratado creado por la legislación chilena data de 1998, y no puede vincularse a una violación ocurrida con posterioridad a la entrada en vigor del tratado, pues la expropiación tuvo lugar bastante antes de esta fecha. Presentar la denegación de indemnización como elemento de un hecho compuesto equivale a confundir el concepto de diferendo con los hechos que lo originaron, cosa que, por otra parte, las Demandantes reprocharon a la Demandada.

622. La Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 reviste, por su parte, un carácter diferente. Las Demandantes la calificaron de “*nueva desposesión*”, principalmente con el fin de apoyar la tesis de un hecho compuesto que comprende una serie de incumplimientos idénticos y análogos. Sin embargo, es imposible expropiar dos veces seguidas los mismos bienes. Los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. fueron objeto de una expropiación definitiva en 1975. Sin anticiparse sobre el tratamiento de la supuesta violación, el Tribunal observa que la Decisión N° 43 debería considerarse más bien una aplicación discriminatoria de una ley posterior al tratado y de los derechos creados por ella. Se trata de una cuestión distinta y no de un hecho idéntico a la expropiación susceptible de constituir uno de los elementos del hecho compuesto alegado. Por lo tanto, el Tribunal no puede admitir el argumento de las Demandantes.
623. En realidad, la única calificación que podría admitirse sería la de un acto compuesto que comprende una serie de ataques al tratamiento justo y equitativo de la inversión de las partes demandantes, que básicamente consisten en la Decisión N° 43 y en la denegación de justicia asociada a la misma en relación con la rotativa Goss. Todos estos hechos son posteriores a la entrada en vigor del APPI. No obstante, esta hipótesis no fue presentada por las Demandantes y su eventual fundamento no cambiaría la posición del Tribunal sobre la cuestión de la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI *ratione temporis* que el Tribunal de arbitraje considera aplicables tanto a la Decisión N° 43 como a la denegación de justicia alegada relativa a la rotativa Goss. El que estos hechos se planteen como un todo, en calidad de elementos de un acto compuesto, o por separado, no puede modificar en modo alguno las conclusiones del Tribunal de arbitraje.

iii. *Las disposiciones sustantivas del tratado son aplicables a la denegación de justicia alegada*

624. Las partes demandantes pretenden ser víctimas de una denegación de justicia que habría tenido lugar durante un período que comenzó en 1995 y se extendió al menos hasta 2002. Inicialmente, la denegación de justicia alegada comprendía dos aspectos: la imposibilidad de obtener una decisión sobre el fondo en primera instancia al cabo de siete años de procedimiento en el caso relativo a la restitución de la rotativa Goss y la intervención de la Decisión N° 43, cuya incompatibilidad con el procedimiento judicial ha sido en vano controvertida por las partes demandantes, presentadas como una violación del artículo 4 del APPI.⁵⁸⁸ Durante las audiencias de enero de 2007, las Demandantes ampliaron su demanda basada en la denegación de justicia recalcando que “*todo el contencioso está sometido al Tribunal arbitral [...]*”.⁵⁸⁹
625. Por su parte, la Demandada no ha desarrollado ningún argumento sobre la posible aplicabilidad de las disposiciones sustantivas del APPI a la denegación de justicia alegada por las Demandantes.⁵⁹⁰
626. Tras examinar los hechos⁵⁹¹ y las pretensiones de las partes, no cabe duda de que la denegación de justicia alegada por las Demandantes se extiende durante un período posterior a la entrada en vigor del APPI. Por lo tanto, le es aplicable *ratione temporis* el artículo 4 del APPI.

⁵⁸⁸ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 103 y ss. Véase también la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 421 y ss., especialmente la p. 428: “*el fundamento jurídico de la denegación de justicia se encuentra manifestado en el artículo 4 del APPI España-Chile*” (Sr. Garcés).

⁵⁸⁹ Transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 432 (Sr. Garcés). Véase también la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 435 (Sra. Malinvaud): “*la denegación repetida de indemnización a partir de 1995 es eso, una denegación de Justicia, es un hecho del Estado diferente de la expropiación invocada de conformidad en el artículo 5 del Tratado y que se aplica a todas las solicitudes o demandas que se han hecho ante este Tribunal*”.

⁵⁹⁰ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 181 y ss. La parte demandada formuló una objeción a los argumentos de las partes demandantes sobre la denegación de justicia durante la audiencia de 16 de enero de 2007 (véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 429-430 (Sr. Goodman)).

⁵⁹¹ Véase principalmente *supra*, párrafos 459 y ss.

B. Fundamento de las supuestas violaciones

627. Habiendo constatado que las disposiciones sustantivas del APPI son aplicables a la Decisión N° 43 de 28 de abril del 2000 y a la denegación de justicia alegada, el Tribunal debe examinar ahora el fundamento de las dos supuestas violaciones.

1. Recapitulación de los hechos

628. Los hechos referentes a la Decisión N° 43 y a la denegación de justicia alegada por las Demandantes se expusieron detalladamente en la parte IV.C.3. del presente laudo, en el marco del examen de la competencia *ratione temporis* del Centro y del Tribunal de arbitraje. Aún a riesgo de ser repetitivos, conviene recordar los principales elementos fácticos referentes a las dos supuestas violaciones, como introducción al presente apartado sobre el fondo de las demandas, sin que ello implique la repetición de las referencias detalladas al expediente mencionadas anteriormente.

a) Decisión N° 43 - Indemnización de personas no propietarias

629. La primera supuesta violación se refiere a la indemnización de personas no propietarias por parte del Ministro chileno de Bienes Nacionales en virtud de la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000.

630. En septiembre de 1995, el Sr. Pey Casado formuló su primera demanda de restitución de los bienes confiscados. El 20 de noviembre de 1995, el Ministerio de Bienes Nacionales comunica al Sr. Pey Casado que la ley de indemnización que permitirá tratar situaciones comparables a la suya todavía no ha sido promulgada. El 10 de enero de 1996, el Sr. Pey Casado reitera su demanda de restitución ante el Presidente de la República, sin obtener respuesta. El 3 de noviembre de 1997, las Demandantes presentan su solicitud de arbitraje ante el CIADI.

631. El 25 de junio de 1998 se promulga la Ley n° 19.568 relativa a la restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado a través de los Decretos-Leyes N° 12, 77 y 133 de 1973, N° 1697 de 1977 y N° 2436 de 1978. Sin embargo, las Demandantes informan al Ministro de Bienes Nacionales, mediante una carta con fecha 24 de junio de 1999, de su decisión de no acogerse a la Ley N°19.568, debido a

la solicitud de arbitraje presentada en 1997 y a la cláusula de opción irrevocable (*fork-in-the-road*) contenida en el APPI entre Chile y España.

632. El 28 de abril de 2000, el Ministro de Bienes Nacionales adopta la Decisión N° 43 conforme a la cual las disposiciones de la Ley N° 19.568 se aplican a los bienes confiscados a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.⁵⁹² No obstante, como el Tribunal ha explicado anteriormente, la Decisión N° 43 indemniza a terceros distintos de las partes demandantes por la confiscación de los bienes en cuestión y el Ministro de Bienes Nacionales mantendrá esta decisión que las Demandantes impugnarán en vano.

b) La ausencia de decisión con respecto a la rotativa Goss

633. La segunda violación potencial se refiere a la ausencia de decisión de los tribunales chilenos con respecto a la restitución de la rotativa Goss.

634. El 4 de octubre de 1995, las Demandantes iniciaron un procedimiento judicial ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago a fin de obtener la restitución de la rotativa Goss. Como el Tribunal ya ha indicado anteriormente de manera más detallada, aunque en este procedimiento se dictaron algunas resoluciones judiciales referentes a cuestiones de orden probatorio, el 1^{er} Juzgado Civil no se pronunció sobre el fondo cuando se adoptó la Decisión N° 43 ni cuando las Demandantes presentaron su demanda complementaria ante el Tribunal de arbitraje el 4 de noviembre de 2002.

635. Las Demandantes intentaron en vano que se reconociera la incompatibilidad de la Decisión N° 43 con este procedimiento judicial. El 2 de octubre de 2001, el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago se declaró incompetente para conocer de la incompatibilidad entre la Decisión N° 43 y el procedimiento instaurado ante él desde el 4 de octubre de 1995. Sólo la Corte Suprema sería competente. Tras informar al *Contralor* de la incompatibilidad de la Decisión N° 43 con la acción impetrada ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago desde el 4 de octubre de 1995, las Demandantes le reprocharon haber ratificado el 22 y 23 de julio de 2002 el pago de una indemnización a favor de los beneficiarios de la Decisión N° 43, ya que dicha indemnización comprendía principalmente el perjuicio sufrido por la confiscación de la rotativa Goss.

⁵⁹² Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000, presentada al CIADI junto con la comunicación de las partes demandantes, de 11 de mayo de 2000.

636. Por último, como recapituló anteriormente el Tribunal, en el año 2002 las Demandantes entablaron numerosos recursos contra esas decisiones ante el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial a fin de impugnar la compatibilidad de la Decisión N°43 con el procedimiento judicial iniciado en 1995, pero todos ellos fueron rechazados.

2. Posiciones de las partes

a) Posición de las partes demandantes

637. En lo que respecta a la Decisión N° 43, las Demandantes sostienen que constituye, en *“todo caso [...] un nuevo elemento constitutivo del diferendo”*.⁵⁹³ De acuerdo con las Demandantes, la Decisión N° 43 sería ilegal bajo el derecho chileno y comprometería la responsabilidad del Estado chileno desde el punto de vista del derecho interno.⁵⁹⁴

638. Además, al calificar la Decisión N° 43 de “hecho internacionalmente ilícito”, las Demandantes sostenían que tal decisión constituía “un hecho nuevo, con efectos similares a los de una desposesión, al atribuir la propiedad de las acciones de CPP S.A. y EPC a terceros a pesar de que los bienes son objeto del presente arbitraje”.⁵⁹⁵ Según las Demandantes, la Decisión N° 43 violaría tres de las garantías incluidas en el APPI, concretamente el artículo 3 (protección), el artículo 4 (tratamiento justo y equitativo) y el artículo 5 (expropiación).⁵⁹⁶

639. Por lo que respecta a la rotativa Goss, si bien su restitución había sido objeto de una demanda de indemnización ante las jurisdicciones chilenas y, en consecuencia, había sido excluida de la solicitud de arbitraje de 7 de noviembre de 1997, en principio no ocurriría lo mismo con la demanda de indemnización por el lucro cesante. En su demanda complementaria de 4 de noviembre de 2002, las Demandantes presentaron una demanda de indemnización para que se les reparase la pérdida de la rotativa Goss alegando haber sido víctimas de una denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional debido a que,

⁵⁹³ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de arbitraje de 11 de septiembre de 2002, p. 174.

⁵⁹⁴ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, pp. 109-112.

⁵⁹⁵ Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 19.

⁵⁹⁶ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, pp. 122-128.

de 1995 a 2002, “en Chile no se había adoptado ninguna decisión con respecto al valor de restitución stricto sensu de la rotativa o a su valor de sustitución”.⁵⁹⁷

640. Las Demandantes invocaron en varias ocasiones la cláusula de la nación más favorecida. Sin embargo, sería superfluo resumir dichos argumentos aquí, ya que, por lo visto, las Demandantes no quieren extraer ninguna consecuencia precisa de esta cláusula, como lo confirmó el Sr. Garcés en la audiencia de 16 de enero de 2007.⁵⁹⁸ En cambio, su posición sobre el fondo se puede resumir de la siguiente manera.
641. Las Demandantes insisten en el hecho de que, más de diez años después de la solicitud original ante los tribunales civiles de Chile referente a la rotativa Goss, todavía no se ha adoptado ninguna resolución en primera instancia. Basándose en los hechos anteriormente resumidos, las Demandantes han sostenido que la extraordinaria duración del procedimiento ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago para la restitución de la rotativa Goss o la indemnización de su valor de sustitución y la ausencia de decisión desde hace más de diez años constituyen una denegación de justicia por parte de Chile.⁵⁹⁹
642. Las partes demandantes, que señalan que los conceptos “*fork-in-the-road*” y denegación de justicia son incompatibles, subrayan que “*el repudio del derecho de acceso al Tribunal*

⁵⁹⁷ Demanda complementaria de las partes demandantes de 4 de noviembre de 2002. Véase también la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 275-276.

⁵⁹⁸ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 438, donde se puede leer la siguiente respuesta del Sr. Garcés a la pregunta del Presidente del Tribunal de arbitraje:

Sr. Presidente. – ¿Piensa que no es necesario aplicar la cláusula de la Nación más favorecida a todas las cuestiones? ¿Eso significa que hay que aplicarla a algunas cuestiones entonces o a ninguna?

Dr. Juan E. Garcés. – Gracias por hacer esa pregunta. A ninguna cuestión porque la única vez que invocamos la cláusula de Nación más favorecida, era de manera subsidiaria en el caso de la restitución de la rotativa Goss porque ahí prevalece para nosotros la denegación de justicia.

⁵⁹⁹ Las partes demandantes resumieron su posición durante la audiencia de 15 de enero de la manera siguiente: “En caso de especie, Chile cometió una denegación de justicia por una parte por el plazo extraordinario para establecer una resolución. En este momento han pasado más de diez años desde la solicitud original y no ha habido solución en primera instancia y el plazo para la solución de un diferendo presentado a un Tribunal en sí es un motivo de denegación de justicia si dicho plazo no es razonable.”⁵⁹⁹ Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 278, párrafos 7 a 13 (Sr. Garcés). Véase también la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 107, y la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 435 (Sra. Malinvaud): “[...] la denegación repetida de indemnización a partir de 1995 es eso, una denegación de Justicia, es un hecho del Estado diferente de la expropiación invocada de conformidad en el artículo 5 del Tratado y que se aplica a todas las solicitudes o demandas que se han hecho ante este Tribunal.” Además, según las partes demandantes, en caso de que el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago dictase una decisión de fondo en este caso, la adopción de la Decisión N° 43 restaría todo efecto a la sentencia de la jurisdicción chilena porque los beneficiarios de la Decisión N° 43 ya fueron indemnizados por la rotativa en cuestión (demanda complementaria de las partes demandantes, de 4 de noviembre de 2002, p. 6.)

de Arbitraje [...]” es totalmente distinto de las excepciones de incompetencia previstas en las Reglas de Arbitraje y en el Convenio CIADI.

643. Según estos argumentos, se trataría de una denegación de justicia resultante no sólo de la actitud de las jurisdicciones chilenas en cuanto al tratamiento de la cuestión relativa a la rotativa Goss, sino también, de manera más amplia, de la actitud general de las diferentes autoridades chilenas respecto al CIADI y al presente Tribunal de arbitraje.⁶⁰⁰
644. Así pues, entre los diferentes ejemplos de esta actitud de denegación del “*derecho de acceso al arbitraje internacional*”, las partes demandantes destacan en particular:
- 1997: la oposición de Chile al registro de la solicitud de arbitraje;
 - 1998: la demanda chilena al Gobierno español dirigida a modificar, so pretexto de interpretación, el contenido del APPI invocado en la solicitud de arbitraje;
 - 1999: la orden dada por el Ministro del Interior para modificar la inscripción que calificaba al Sr. Pey Casado de extranjero en el Registro Civil chileno;
 - 2000: la Decisión N° 43 anteriormente citada, que se adoptó la víspera de una audiencia del Tribunal de arbitraje y es contraria a los intereses de las Demandantes;
 - 2002: la resolución del Poder Legislativo chileno (Cámara de los Diputados) por la que se declara que Chile no ejecutará una nueva decisión arbitral desfavorable; y
 - el rechazo de los recursos presentados por el Sr. Pey Casado.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ Esta alegación se apoya principalmente en referencias a la decisión dictada el 24 de enero de 2004 en el caso CIADI *SGS c. Filipinas* y a la obra del Profesor Jan Paulsson sobre *Denial of Justice in International Law*, que, a su vez, se refiere a las opiniones de los jueces S. Schwebel y Charles de Visscher (Véase la transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, pp. 276-277). Según las partes demandantes, “*el punto central que nos interesa en este estudio es hasta qué punto se puede considerar como denegación de Justicia el hecho de que un Estado repudie los derechos de un extranjero a acceder a un arbitraje que se ha reconocido en un tratado internacional.*” (Transcripción de la audiencia de 15 de enero de 2007, p. 276-277 (Sr. Garcés)). Véase también la transcripción de 15 de enero de 2007, pp. 179-180 (Sra. Muñoz): “*En realidad, tanto las medidas internas que fueron tomadas por Chile así como estas actuaciones en el marco del procedimiento actual para oponerse a la competencia de este Tribunal y del centro tiene como objetivo privar al señor Pey de cualquier forma de reparación. Si Chile logra alcanzar dicho objetivo estaría cometiendo hacia el señor Pey el delito de denegación de justicia.*”

⁶⁰¹ Véase el Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 118 y 119.

645. En resumen, no cabe duda de que las alegaciones de “denegación de justicia” revisten formas diversas y/o están fundadas en hechos muy diferentes, ya sea que se trate de la ausencia o de la lentitud de las decisiones esperadas de autoridades (judiciales y ejecutivas) chilenas, o de la violación de los artículos del APPI en relación con la expropiación o a la nacionalización ilícita (artículo 5 del APPI), o del comportamiento procesal de la Demandada.

b) Posición de la parte demandada

646. La Demandada no ha considerado necesario efectuar un análisis exhaustivo de los conceptos de denegación de justicia o de tratamiento justo y equitativo invocados por las Demandantes, lo que probablemente se puede explicar por su posición fundamental, anteriormente expuesta, en cuanto a la nacionalidad del Sr. Pey Casado y a su supuesta ausencia de inversión y de propiedad de los bienes muebles o inmuebles confiscados por las autoridades militares.

647. Por que respecta a la Decisión N° 43, la Demandada sostiene, tal como señaló anteriormente el Tribunal, que “*las reclamantes jamás han sido propietarias de los bienes confiscados*”.⁶⁰² Además, sugieren que sería perverso:

“[desincentivar] para que los estados hagan lo que hizo Chile, que es compensar a las personas que deben ser compensadas, y si todas las personas que no fueron compensadas por algún motivo tuvieran acceso al CIADI bajo un argumento de trato injusto e inequitativo estaríamos socavando la integridad del sistema”.⁶⁰³

648. Como el Tribunal de arbitraje mencionaba anteriormente, para la parte demandada,

“dicha decisión se refiere únicamente a terceras partes y, en todo caso, no ocasionó perjuicio alguno a las Demandantes, pues esa decisión no pretende adjudicar ningún derecho de propiedad que pudieran tener las Demandantes”.⁶⁰⁴

⁶⁰² Memoria de incompetencia de la parte demandada de 20 de julio de 1999, p. 13.

⁶⁰³ Transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, pp. 448-449 (Sr. Di Rosa).

⁶⁰⁴ Memoria de contestación de la parte demandada de 3 de febrero de 2003, p. 145-146. Véase también la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 121 (Sr. Di Rosa).

649. En cuanto a las demandas relativas a la denegación de justicia, la Demandada formuló una objeción a los argumentos de las Demandantes durante la audiencia de 16 de enero de 2007,⁶⁰⁵ pero no desarrolló esta posición.

3. Conclusiones del Tribunal

650. La solicitud de arbitraje y las conclusiones extraídas por las Demandantes - y en menor medida, por la Demandada, dada su posición fundamental sobre los hechos, la competencia y sobre el fondo plantearon - de forma expresa e implícita, el problema jurídico de determinar si Chile había violado o no los principios del APPI en cuanto a la protección de las inversiones.

651. Por lo que respecta a los fundamentos jurídicos específicos de las supuestas violaciones, las Demandantes concluyen que la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 sería contraria a los artículos 3, 4 y 5 del APPI,⁶⁰⁶ mientras que la imposibilidad de obtener de los tribunales chilenos una decisión sobre el fondo en el caso relativo a la restitución de la rotativa Goss constituiría una violación del artículo 4 del APPI.⁶⁰⁷

652. Como el Tribunal ha explicado anteriormente, al decidir que los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. fueron objeto de una expropiación definitiva en 1975, y al rechazar la tesis de un hecho ilícito compuesto, la Decisión N° 43 debe considerarse más bien como una aplicación discriminatoria de una ley posterior al APPI y de los derechos por ella creados. Por consiguiente, conviene que el Tribunal analice las supuestas violaciones, al menos en primer lugar, sobre la base del artículo 4 del APPI, ya que los artículos 3 y 5 fueron invocados por las partes demandantes en el marco de su tesis de acto ilícito

⁶⁰⁵ Véase la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 430 (Sr. Goodman).

⁶⁰⁶ Véase la Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002, p. 123: “El 28 de abril de 2000, los artículos 3, 4 y 5 del APPI fueron infringidos bajo una nueva forma, que se ha agregado a la desposesión anterior.”

⁶⁰⁷ Véase la Réplica a la Contestación de la Demandada del 23 de febrero de 2003, p. 104 y ss. Véase también la transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 126 y ss., especialmente la p. 133: “*el fundamento jurídico de la denegación de justicia se encuentra manifestado en el artículo 4 del APPI España-Chile.*” (Sr. Garcés); p. 47 (Sra. Malinvaud), quien precisó que “*si el Tribunal tiene que considerar que el artículo 4.1 en relación con el trato justo y equitativo no permite incluir la denegación de justicia, a título subsidiario invocamos el artículo 10.4 en relación con la aplicación del derecho internacional por parte del Tribunal Arbitral en el marco del reglamento de las controversias y por otra parte el artículo 7.2, que prevé que, si hay reglas más favorables en el derecho internacional que vinculan a Chile en el caso del trato de las inversiones, pues éstas prevalecen por encima del tratado mismo.*”

continuo y ésta fue rechazada.⁶⁰⁸ El mismo fundamento, es decir, el artículo 4 del APPI, sería aplicable a la denegación de justicia alegada por las partes demandantes.

653. La principal cuestión que se plantea es saber si el comportamiento de las autoridades chilenas, legislativas, administrativas y judiciales, se puede considerar o no una “denegación de justicia” y una violación del deber de conceder a la inversión extranjera protección suficiente, o más precisamente, un “tratamiento justo y equitativo” de acuerdo al artículo 4, apartado 1, del APPI, que dice lo siguiente:

“Cada Parte garantizará en su territorio de acuerdo con su legislación nacional, un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte, bajo condiciones no menos favorables que para sus inversionistas nacionales”.

654. Cabe señalar que los dos conceptos (de “tratamiento justo y equitativo” y de “denegación de justicia”), a veces diferenciados y a veces confundidos en la doctrina y la jurisprudencia, presentan la característica común de ser, si no indefinibles, al menos poco susceptibles de una definición que sea objeto de consenso en cuanto a su contenido. Ello se debe a que la mayoría de los tratados relativos a la protección de las inversiones han considerado inútil referirse (o referirse únicamente) al estándar mínimo de derecho internacional, sino que se refieren a la obligación de conceder a las inversiones cubiertas por el tratado (es decir, a sus respectivos nacionales) un “tratamiento justo y equitativo”.

655. Según un estudio reciente de la OCDE:

“la obligación de conceder un 'tratamiento justo y equitativo' suele enunciarse junto con otras normas destinadas a garantizar la protección de la inversión directa extranjera por parte de los países receptores. Se trata de una norma de carácter 'absoluto' y 'no contingente', es decir, una norma que define el tratamiento que se debe conceder según unos términos cuyo sentido exacto se determinará en función del contexto específico de aplicación, contrariamente a las normas 'relativas' incluidas en los principios del 'tratamiento nacional' y de 'la nación más favorecida' que definen el tratamiento requerido

⁶⁰⁸ Bajo el título “protección”, el artículo 3 del APPI dispone: “1. Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por inversionistas de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones. [...]”

*con respecto al tratamiento concedido a otras inversiones”.*⁶⁰⁹
(traducción no oficial)

656. No obstante, está claro que, entre las distintas obligaciones cubiertas por la necesidad de garantizar a la inversión un tratamiento justo y equitativo, figura, sin lugar a dudas, la de no cometer una denegación de justicia. Como ya se resumió anteriormente:

*“The cases on fair and equitable treatment fall into two broad categories. The first set of cases are concerned with the treatment of investors by the courts of the host State. The second, and more numerous, set of cases deal directly with administrative decision-making.”*⁶¹⁰

657. Por consiguiente, las demandas que invocan una denegación de justicia por parte de los tribunales del Estado receptor, se efectúan, lógicamente, bajo el fundamento jurídico de una violación de la obligación de garantizar un “*tratamiento justo y equitativo*”.⁶¹¹

658. En el marco específico de este litigio, tal como se resumió en la parte Hechos y en las consideraciones jurídicas precedentes del presente laudo, la aplicación del concepto de “*denegación de justicia*” y la de la obligación de “*tratamiento justo y equitativo*” no

⁶⁰⁹ C. Yannaka-Small, *La norma del tratamiento justo y equitativo en el derecho internacional de las inversiones*, documento de trabajo sobre inversión internacional, OCDE número 2004/3, septiembre de 2004.

⁶¹⁰ Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 227.

⁶¹¹ Véase, por ejemplo, *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, caso CIADI N° ARB(AF)/99/2, laudo de 11 de octubre de 2002, 6 ICSID Report 181, en el que la denegación de justicia alegada por parte de la Massachusetts Supreme Judicial Court se invocó en virtud del artículo 1105(1) del TLCAN que dispone: “*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*” Asimismo, en el caso *Loewen Group Inc et al c. Estados Unidos*, caso CIADI N° ARB(AF)/98/3, laudo de 26 de junio de 2003, el Tribunal de arbitraje consideró que el artículo 1105 del TLCAN, como ya habían resumido McLachlan/Shore/Weiniger, “*informed by customary international law, was concerned with denials of justice in litigation.*” (Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 230.) Véase también el caso *Waste Management Inc. c. México*, caso CIADI n° ARB(AF)/00/3, laudo de 30 de abril de 2004, p. 35, párrafo 98, en el que el Tribunal de arbitraje concluye lo siguiente “*Taken together, the S.D. Myers, Mondev, ADF and Loewen cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process.*” Véase también el resumen de Stephan W, Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, International Law and Justice Working Papers, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2006, p. 26: “*The rule of law elements derived from fair and equitable treatment also influence the institutional structure of the host state’s judiciary and the procedural law they apply. Fair and equitable treatment requires that host states provide a fair and efficient system of justice, comprising effective judicial dispute settlement procedures for the review of administrative acts and dispute settlement between private parties.*”

requieren un análisis exhaustivo. De hecho, se pueden reducir a dos cuestiones relativamente simples:

- La primera consiste en saber si la ausencia de decisión por parte de las jurisdicciones chilenas durante un período de siete años (1995-2002), por un lado, y la ausencia de respuesta de la Presidencia a las solicitudes del Sr. Pey Casado, por otro lado, constituyen una denegación de justicia.
- La segunda consiste en determinar si las inversiones que el Tribunal de arbitraje reconoce fueron hechas por el Sr. Pey Casado gozaron del “*tratamiento justo y equitativo*” prescrito en el APPI.

659. En cuanto a la primera cuestión, la respuesta sólo puede ser afirmativa, habida cuenta de los hechos establecidos y ya tomados en cuenta por el Tribunal de arbitraje, ya que la ausencia de resolución por parte de los tribunales civiles chilenos en cuanto a las pretensiones del Sr. Pey Casado se considera una denegación de justicia. En efecto, la ausencia de una decisión de primera instancia en cuanto al fondo de las demandas de las partes demandantes durante siete años, es decir, entre el mes de septiembre de 1995 y el 4 de noviembre de 2002 (momento en el que se introduce la demanda complementaria en este procedimiento) debe calificarse como una denegación de justicia por parte de los tribunales chilenos. De hecho, los plazos procesales extraordinariamente largos constituyen una de las formas clásicas de denegación de justicia. Al menos, esto es lo que consideró el Tribunal de arbitraje en el caso *Robert Azinian et al. c. México, obiter dicta*:

*“A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. [...] There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law.”*⁶¹²

660. Como escribe Jan Paulsson, con razón: “[...] delays may be 'even more ruinous' than absolute refusal of access [to justice], because in the latter situation the claimant knows

⁶¹² Robert Azinian, Kenneth Daviatian & Ellen Baca c. The United Mexican States, caso CIADI N°ARB(AF)/97/2, laudo de 1 de noviembre de 1999.

where he stands and take action accordingly, whether by seeking diplomatic intervention or exploring avenues of direct legal action”.⁶¹³

661. Asimismo, la Comisión de Reclamaciones Anglo-Mexicana ha considerado que el plazo de nueve años transcurrido desde la presentación de la demanda de compensación ante una jurisdicción estatal debía calificarse como una denegación de justicia que cuestiona la responsabilidad del Estado en el plano internacional:

*“Nine years have elapsed since the Company applied to the Court to which the law directed it, and during all those years no justice has been done. There has been no hearing; there has been no award. ... [I]t is ... obvious that a period of nine years by far exceeds the limit of the most liberal allowance that may be made. Even those cases of the very highest importance and of the most complicated character can well be decided within such an excessively long time. A claimant who has not, during so many years, received any word or sign that his claim is being dealt with is entitled to the belief that his interests are receiving no attention, and to despair of obtaining justice”.*⁶¹⁴

662. La Corte Europea de Derechos Humanos también se ha pronunciado en el mismo sentido, al considerar que los siete años que las jurisdicciones estatales tardaron en examinar una demanda de compensación tras una expropiación superaban un plazo razonable, lo que constituye una violación del artículo 6-1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra entre los derechos fundamentales, el derecho a ser oído “*en un plazo razonable*”.⁶¹⁵
663. La denegación de justicia resultante de plazos extraordinariamente largos también se contempla expresamente en el Convenio por el que se crea la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, que la incluye entre los riesgos cubiertos por la Agencia:

⁶¹³ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005, p. 177. Paulsson también se refiere a la decisión del árbitro único en el arbitraje *Fabiani* entre Francia y Venezuela en 1896, que determinó que los plazos extraordinariamente largos y los constantes aplazamientos por parte de los tribunales venezolanos en el marco de la ejecución de una sentencia arbitral constituían una denegación de justicia: “*Upon examining the general principles of international law with regard to denial of justice, that is to say, the rules common to most bodies of law or laid down by doctrine, one finds that denial of justice includes not only the refusal of a judicial authority to exercise his functions and, in particular, to give a decision on the request submitted to him, but also wrongful delays on his part in giving judgment.*” N° 1 (*France v. Venezuela*), Moore, *Arbitrations*, p. 4878.

⁶¹⁴ *El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Great Britain) v. United Mexican States*, Decisión N° 55, 18 de junio de 1931, Recopilación de laudos arbitrales, Vol. V, 191 a 199.

⁶¹⁵ CEDH, *Ruiz-Mateos c. España*, Sentencia del Tribunal en Pleno de 26 de junio de 1993, Solicitud n° 12952/87, serie A n° 262.

“Article 11. Covered Risks

(a) ... the Agency may guarantee eligible investments against a loss resulting from one or more of the following types of risk: ... (iii) any repudiation or breach by the host government of a contract with the holder of a guarantee, when (a) the holder of a guarantee does not have recourse to a judicial or arbitral forum to determine the claim of repudiation or breach, or (b) a decision by such forum is not rendered within such a reasonable period of time as shall be prescribed in the contracts of guarantee pursuant to the Agency’s regulations, or (c) such a decision cannot be enforced; ... ”⁶¹⁶

664. Respecto de los comportamientos procesales chilenos de los que se quejan las Demandantes, algunos son sólo el resultado de los derechos y medios de que dispone una parte demandada que niega la competencia, y otros no se pueden considerar una denegación de justicia propiamente dicha, sea cual fuere su carácter cuestionable o su compatibilidad con la obligación de buena fe que se impone a los Estados que son parte en el Convenio CIADI, de participar en un procedimiento de arbitraje en el que niegan la competencia del centro.
665. En cuanto a la segunda cuestión, la de saber si las inversiones de las Demandantes gozaron de un tratamiento justo y equitativo, el Tribunal de arbitraje considera que la respuesta es negativa, habida cuenta de las conclusiones a las que llegó anteriormente tras su apreciación de las pruebas y su análisis jurídico. En resumen, se trata de la conclusión de que el Sr. Pey Casado demostró haber realizado inversiones y ser propietario de bienes muebles o inmuebles que fueron confiscados por las autoridades militares chilenas.
666. Cabe recordar a este respecto la existencia de una sentencia chilena que reconoce la propiedad del Sr. Pey Casado sobre las acciones confiscadas y que las autoridades chilenas, tanto ejecutivas y administrativas (como judiciales), estaban al corriente de las reivindicaciones y solicitudes formuladas por las Demandantes.

⁶¹⁶ Convenio por el que se crea la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, artículo 11a) iii). Véase también F. I. Shihata, *MIGA and Foreign Investment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 132 a 134. I. Shihata subraya que los casos invocados por el artículo anteriormente mencionado “*represent situations which the Regulations correctly group under the term 'denial of justice'*.”

667. En lo referente a la falta de validez de las confiscaciones y al deber de indemnización, también cabe recordar algunas declaraciones perfectamente claras de la Demandada en el presente procedimiento.⁶¹⁷
668. Tras la restauración de las instituciones democráticas y civiles en Chile, las nuevas autoridades proclamaron públicamente su intención de restablecer la legalidad y de reparar los daños causados por el régimen militar. Como subraya la Demandada:

*“[...] los gobiernos democráticos que reemplazaron en 1990, mediante elecciones libres, al Gobierno de Pinochet, se han ocupado de manera primordialmente de reparar los daños causados por el régimen que se instauró en Chile a partir del golpe de estado del 11 de septiembre de 1973. En efecto, el Gobierno ha tomado las medidas para reparar el daño causado a las víctimas en todos los ámbitos. Concretamente, en lo relacionado con las confiscaciones, por iniciativa del Ejecutivo se ha aprobado una ley que dispone la restitución o indemnización por bienes confiscados”.*⁶¹⁸

669. El Tribunal de arbitraje toma nota con satisfacción de tales declaraciones, que honran al Gobierno chileno. Lamentablemente, para las Demandantes esta política no se tradujo en hechos por diversas razones que no fueron totalmente reveladas o claramente explicadas por los testimonios o las demás pruebas proporcionadas al Tribunal de arbitraje. Tal como se pudo constatar, no se ha establecido ni demostrado en modo alguno que el Sr. Pey Casado hubiese desempeñado la función de intermediario, o la de testaferro, y que los señores Venegas, González o Carrasco fuesen los verdaderos propietarios de las acciones de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. En particular, las declaraciones u otras afirmaciones de estos últimos (por ejemplo, con respecto a la atribución de los bienes confiscados a una fundación científica, con la ayuda del Sr. Ovalle, simpatizante de la Junta Militar) dejan entrever numerosos puntos oscuros, habida cuenta de las circunstancias de la época. Independientemente de la pertinencia y del valor de los elementos considerados a este respecto en el derecho interno chileno, dichos elementos no

⁶¹⁷ Véase, por ejemplo la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 10 (Sr. Castillo): “La República de Chile no puede ni ha pretendido justificar lo acontecido durante esos turbulentos períodos de nuestra historia. Por el contrario, ha reparado materialmente y ha procurado reivindicar moralmente a miles de víctimas y sus familiares”, así como en las páginas 11-12: “Tampoco se trata de justificar la validez o legitimidad de los actos que derivaron de la confiscación de los activos pertenecientes a la sociedad Consorcio Publicitarios S.A. y Empresa Periodística Clarín Limitada. Por el contrario, la República de Chile está consciente del daño que dicha confiscación ha causado, por lo que ha indemnizado a sus legítimos titulares.”

⁶¹⁸ Memoria de incompetencia de la parte demandada de 20 de julio de 1999, p. 11.

pueden prevalecer sobre las consideraciones que condujeron al Tribunal de arbitraje a las conclusiones anteriormente enunciadas, con arreglo a las disposiciones del APPI.

670. En la jurisprudencia internacional y en la doctrina consta que un tratamiento discriminatorio por parte de autoridades estatales hacia sus inversores extranjeros constituye una violación de la garantía de tratamiento “*justo y equitativo*” incluida en algunos tratados bilaterales de inversión. Tal como el Tribunal de arbitraje decidió en el caso *Waste Management c. México*:

“fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant of the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice”.⁶¹⁹

671. Un comportamiento discriminatorio se considerará una violación del tratamiento “*justo y equitativo*” principalmente en los casos en que el tratado bilateral en cuestión no contiene garantía expresa contra actos arbitrarios o discriminatorios. Como resumió recientemente un comentarista:

“The protection of foreign investors against arbitrary and discriminatory treatment also plays a major role in the operation of fair and equitable treatment. While sometimes international investment treaties contain a specific provision prohibiting such treatment, arbitral tribunals also ground this aspect in free-standing guarantees of fair and equitable treatment”.⁶²⁰

672. Incluso en los casos en que el tratado bilateral contiene una prohibición expresa de comportamiento arbitrario y discriminatorio, los tribunales de arbitraje han decidido que dicho comportamiento violaría, asimismo, la obligación de tratar a los inversores de manera “*justa y equitativa*”. Por ejemplo, en el caso *CMS c. Argentina*, el Tribunal de arbitraje consideró que:

“The standard of protection against arbitrariness and discrimination is related to that of fair and equitable treatment. Any measure that might

⁶¹⁹ *Waste Management Inc. c. México*, caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, laudo de 30 de abril de 2004, pp. 35 y 36.

⁶²⁰ Stephan W, Schill, *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, International Law and Justice Working Papers, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2006, p. 19.

involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment.”⁶²¹

673. Asimismo, el Sr. Vasciannie explica:

*“[...] if there is discrimination on arbitrary grounds, or if the investment has been subject to arbitrary or capricious treatment by the host State, then the fair and equitable standard has been violated. This follows from the idea that fair and equitable treatment inherently precludes arbitrary and capricious actions against investors”*⁶²²”.

674. En resumen, en este caso concreto, al conceder compensaciones -por razones que sólo ella conoce y siguen sin explicarse- a personas que, según el Tribunal de arbitraje, no eran propietarias de los bienes confiscados, y al paralizar o rechazar las reivindicaciones del Sr. Pey Casado referentes a los bienes confiscados, la República de Chile cometió una manifiesta denegación de justicia y se negó a tratar a las Demandantes de manera justa y equitativa.

VIII. DAÑOS

675. El Tribunal ha constatando previamente, además de su competencia para conocer de la demanda de arbitraje formulada ante el CIADI por la primera y la segunda parte demandante, que en cuanto al fondo, el Sr. Pey Casado es efectivamente el propietario de los bienes confiscados por las autoridades chilenas y que la inversión no gozó del “*tratamiento justo y equitativo*” previsto por el APPI. En otras palabras, ha constatado que la Demandada ha cometido una denegación de justicia y violado, con la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 y su aplicación, la obligación de garantizar a la inversión un tratamiento justo y equitativo.

676. Cabe recordar también a este respecto que, en el análisis *ratione temporis* de su competencia y en el de la aplicabilidad de las disposiciones sustantivas el Tribunal de arbitraje ha llegado a la conclusión de que el artículo 4 del APPI puede efectivamente aplicarse (después de su entrada en vigor) a la denegación de justicia alegada por las Demandantes.

⁶²¹ CMS Gas Transmission Company c. República de Argentina, caso CIADI n° ARB/01/8, laudo de 12 de mayo de 2005, p. 84.

⁶²² S. Vasciannie, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice, 70 The British Yearbook of International Law 133 (1999).

677. Por último, cabe señalar, siempre en cuanto al fondo, que la realidad de las supuestas violaciones -o, más concretamente, en principio, la ilegalidad de las confiscaciones de los bienes en controversia efectuadas por la autoridad militar chilena- no ha sido cuestionada por la Demandada.⁶²³ Esta última tampoco cuestiona la obligación de indemnizar a las víctimas de las confiscaciones contrarias a derecho. En cambio, lo que sí cuestiona, como se ha visto, es la legitimación activa de las Demandantes derivada de su condición de propietarias o inversoras.
678. Cabe referirse a este respecto, por ejemplo, a las declaraciones de los abogados de la parte chilena ante el Tribunal de arbitraje. Estos últimos explicaron que la Decisión N° 43 *“surgió a partir de un procedimiento establecido por una ley chilena de 1998 en la cual el Estado se propuso precisamente indemnizar a las personas que habían sido expropiadas durante la dictadura militar”*. En noviembre de 1995, el Estado chileno indicó al Sr. Pey Casado *“que se estaba elaborando una ley que, una vez votada, permitiría indemnizar a las personas que habían sido objeto de una expropiación”*.⁶²⁴ Cabe destacar, de paso, que se abstuvo de indicarle al Sr. Pey Casado si entraba o no en la categoría de personas contempladas por esa ley. Según las Demandantes, esta legislación, inexistente en 1995, *“se demorará tres años antes de que finalmente se someta a votación”*.⁶²⁵
679. Tras recordar estos hechos y zanjar la cuestión de la legitimación activa de las Demandantes, ahora el Tribunal de arbitraje debe extraer las consecuencias de todo lo anterior en cuanto a la obligación de indemnizar, su ejecución concreta y el cálculo de su importe.

A. El daño sufrido por las partes demandantes

680. La mera existencia de daños resultantes de la confiscación no requiere ningún análisis particular. Esta existencia resulta a la vez, como es evidente, de la naturaleza de las cosas, por una parte, y del reconocimiento de la Demandada por otra parte, y ello por el simple

⁶²³ Véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia de 6 de mayo de 2003, p. 10 (Sr. Castillo), anteriormente citada en la nota 617.

⁶²⁴ Véase la carta del Ministro de Bienes Nacionales de 20 de noviembre de 1995: “Considerando lo anteriormente expuesto, me permito comunicarle que, por el momento, no es posible acceder a la petición, ya que la ley que va a regular la situación que usted describe todavía no ha sido promulgada.” (Anexo 23 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

⁶²⁵ Transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p.451. (Sra. Malinvaud).

hecho de las decisiones tomadas a favor de los señores González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie. En efecto, el otorgamiento de una indemnización por parte de la autoridad chilena (aunque fuese a terceras personas y no al verdadero propietario de los bienes confiscados, por error o intencionalmente) sin admitir los daños causados por la confiscación resulta inconcebible.

681. Huelga añadir que esta constatación elemental es independiente del derecho aplicable, fuere este último interno (chileno) o internacional. Sea cual fuere la base jurídica en la que la Demandada haya basado su decisión de indemnizar, el Tribunal de arbitraje se basará en el derecho internacional para constatar la denegación de justicia y el daño incuestionable que se deriva del tratamiento (“*injusto e inequitativo*”⁶²⁶) de la inversión.

1. Posición de las partes demandantes

682. En sus memorias y en la fase oral, las Demandantes expusieron (teniendo en cuenta la resolución del Tribunal de 8 de mayo de 2002 relativa a las excepciones sobre el fondo) las razones por las cuales tienen “*derecho a una reparación conforme con los principios generales del Derecho Internacional, los principios elaborados por la jurisprudencia internacional y el Derecho chileno*”.⁶²⁷ A este fin cabe señalar que las Demandantes basan su reclamación principalmente en la noción de expropiación y en el artículo 5 del APPI, mientras que el Tribunal de arbitraje, habida cuenta de los límites temporales de su competencia, estima que la base jurídica correcta de la reclamación se encuentra (y sólo puede encontrarse) en el artículo 4 del APPI relativo al tratamiento justo y equitativo. Las partes demandantes subrayan que “*la ‘Decisión N.º 43’, y el mecanismo puesto hoy en práctica para pagar una suma aproximada de US\$9 millones a terceros no propietarios*” constituyen “*asimismo*” una violación del API de 2 de octubre de 1991.⁶²⁸

683. Por último, calculan su perjuicio en US\$52.842.081 en lo que respecta al *damnum emergens* y en US\$344.505.593 para el *lucrum cessans*, cantidades que deben completarse

⁶²⁶ Transcripción de la audiencia de 16 de enero de 2007, p. 446 (Sr Di Rosa).

⁶²⁷ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión, de 11 de septiembre de 2002, p. 2.

⁶²⁸ Ídem.

e incrementarse, en particular, con la reparación del daño moral infligido al Sr. Pey Casado.⁶²⁹ La cuestión de los intereses y de su cálculo se abordará más adelante.

2. Posición de la parte demandada

684. Tal como se desprende de los hechos y de la exposición anterior, al haber negado, por los motivos anteriormente expuestos y examinados, al Sr. Pey Casado y a su cesionaria, la Fundación Allende, toda legitimidad para presentar reivindicaciones y reclamar reparación, la Demandada no ha juzgado necesario o útil cuestionar o refutar las tesis de las Demandantes en cuanto a la evaluación de un perjuicio (según ella inexistente). Sin embargo, sí cuestiona con firmeza los métodos de evaluación de daños y perjuicios empleados por las partes contrarias. En este contexto, la Demandada presentó un importante informe pericial⁶³⁰ para refutar el informe de evaluación presentado por las Demandantes relativo al grupo de empresas “*El Clarín*”.⁶³¹

3. Conclusiones del Tribunal de arbitraje

685. En este caso concreto, el Tribunal de arbitraje considera superfluo realizar un análisis exhaustivo de los argumentos sostenidos por las Demandantes en cuanto a la evaluación de los distintos perjuicios que alegan haber sufrido, y ello tanto por razones de hecho y de prueba como por el comportamiento de la Demandada. No obstante, recordará que autoridades chilenas han reconocido que el Sr. Pey Casado era propietario de los títulos confiscados⁶³² y que la Demandada no ignoraba la reivindicación del Sr. Pey Casado de una compensación cuando decidió indemnizar, en cambio, a terceras personas, acto que desde el punto de vista del Tribunal constituye una clara violación del derecho a un “*tratamiento justo y equitativo*” previsto por el APPI.

⁶²⁹ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión, de 11 de septiembre de 2002, p. 2.

⁶³⁰ Evaluación realizada por el Sr. Brent C. Kaczmarek, de 3 de febrero de 2003, presentada por la parte demandada para apoyar su Memorial de contestación de 3 de febrero de 2003.

⁶³¹ Informe emitido por “Alejandro Arráez y Asociados, S.A.” sobre la evaluación del grupo de empresas chileno “Clarín”, de 3 de septiembre de 2002; informe emitido por “Alejandro Arráez y Asociados, S.A.” complementario al emitido el 3 de septiembre de 2002 sobre la evaluación del grupo de empresas chileno “Clarín”, de 28 de octubre de 2002; y comentarios sobre el informe de contestación emitido por el Sr. Kaczmarek, de 19 de febrero de 2003.

⁶³² Véase, por ejemplo, el Decreto Supremo n° 1200 de 25 de noviembre de 1977 (anexo 20 a la Solicitud de arbitraje del 3 de noviembre de 1997).

686. Cabe señalar en primer lugar que los argumentos de las Demandantes sobre la evaluación del daño (y por consiguiente, la refutación presentada por la Demandada con el informe pericial Kaczmarek, por ejemplo) se refieren a la expropiación ocurrida en Chile durante el período de 1973-1977, principalmente en 1975, y confirmada posteriormente.
687. Ahora bien, el Tribunal de arbitraje concluyó anteriormente que a la expropiación de 1975 no se le podían “*aplicar las disposiciones sustantivas del APPI*”, ya que éstas (por lo que respecta, por ejemplo, al “*tratamiento justo y equitativo*”) sólo son aplicables a los actos posteriores a la entrada en vigor del tratado.
688. El simple hecho de descartar del examen del Tribunal de arbitraje la expropiación que se produjo antes de la entrada en vigor del tratado, implica que las alegaciones, discusiones y pruebas relativas al daño sufrido por las Demandantes debido a la expropiación,⁶³³ carecen de pertinencia y no pueden ser admitidas para tratar de establecer un perjuicio, derivado de otra causa, de hecho y de derecho, como es la de la denegación de justicia y el rechazo de un “*tratamiento justo y equitativo*”.
689. En el ejercicio de su derecho y poder de apreciación de la prueba, el Tribunal de arbitraje se ve obligado a constatar que las Demandantes no aportaron ninguna prueba, o al menos ninguna convincente, ni documental, ni testimonial, ni pericial, de los importantes daños alegados y causados por los hechos comprendidos en el ámbito de la competencia *ratione temporis* del Tribunal de arbitraje, tanto en lo que respecta al *damnum emergens*, como al *lucrum cessans* o al daño moral, siendo la mera apariencia de un daño evidentemente insuficiente en las circunstancias concretas de este caso.
690. El Tribunal de arbitraje no subestima las dificultades prácticas a las que pueden verse confrontadas las Demandantes en la búsqueda y obtención de pruebas, cuya carga les incumbe, de los daños alegados y de su importe. No por ello, tomaría la iniciativa de recurrir a uno o varios informes periciales por considerar que estos últimos podrían aportar o facilitar las pruebas necesarias que las Demandantes no han podido proporcionar hasta el momento.
691. Sea como fuere, también está claro, y la experiencia arbitral así lo demuestra, que todo recurso a un informe pericial tiende a aumentar, a veces considerablemente, la duración y

⁶³³ La cual se “consumó”, según el Tribunal de arbitraje, “con la entrada en vigor del decreto N° 165 de 10 de febrero de 1975.”

los costos de un arbitraje. En cualquier caso, el Tribunal de arbitraje es consciente de su deber de poner fin, tan pronto como el estado del expediente lo permita, a un procedimiento que ha superado la duración media y que, como se ha visto, se prolongó por diversas razones, entre ellas, la complejidad poco habitual de las cuestiones en controversia y la propia actitud de las partes.

692. Aunque las Demandantes no hayan aportado pruebas convincentes y se excluya la posibilidad de poder recurrir a uno o varios informes periciales, el Tribunal de arbitraje puede proceder a una evaluación del daño con la ayuda de elementos objetivos, ya que, según los datos incuestionables del expediente, fueron las propias autoridades chilenas quienes, tras la adopción de la Decisión N° 43, fijaron el importe de la reparación debida a las personas que, según ellas, tenían derecho a una indemnización.
693. Cabe recordar en este contexto que el perjuicio cuya indemnización se solicita no es el sufrido como consecuencia de la expropiación (demanda no cobijada por las disposiciones sustantivas del APPI), sino el sufrido debido a las violaciones del APPI que fueron constatadas por el Tribunal de arbitraje y a propósito de las cuales es competente para dictar una resolución. Principalmente, la indemnización debe servir para colocar a las Demandantes en la situación en que habrían estado si las violaciones en cuestión no hubiesen tenido lugar, es decir, si las autoridades chilenas hubiesen indemnizado a las Demandantes en vez de a terceras personas no propietarias de los bienes en cuestión al amparo de la Decisión N° 43. En este supuesto, las autoridades chilenas hubiesen tenido que conceder el importe de indemnización que concedieron en virtud de la Decisión N° 43 a las Demandantes del presente litigio, ya que éstas son, como pudo constatar el Tribunal, las verdaderas propietarias de las acciones de las sociedades CPP S.A y EPC Ltda. Por consiguiente, el importe correspondiente al perjuicio sufrido por las Demandantes es el pagado como indemnización en virtud de la Decisión N° 43.
694. La indemnización otorgada al amparo de la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000 fue concedida por el Ministerio de Bienes Nacionales en virtud de los decretos de indemnización N° 76-79 de 11 de abril de 2002. Se trata de un monto global de indemnización de US\$10 millones, aunque el importe exacto sea objeto de controversia entre las partes.

695. La Demandada comunicó al Tribunal, mediante una carta de fecha 19 de julio de 2007, los documentos que, según ella, permitirían conocer los montos exactos concedidos a los beneficiarios de la Decisión N° 43 adoptada por el Ministerio chileno de Bienes Nacionales el 28 de abril de 2000 y de los decretos N° 76-79.
696. De acuerdo con las Demandantes, el monto exacto concedido fue de 196.736,603 UTM,⁶³⁴ importe que habría sido calculado por expertos nombrados por la administración chilena como correspondiente a la indemnización, aprobado como tal por la orden ministerial N° 165 de 2 de abril de 2002⁶³⁵ e incluido en los decretos de indemnización N° 76-79 de 11 de abril de 2002.
697. Según el artículo 13 de la Ley N° 19.518, “el importe de la indemnización se expresará en unidades tributarias mensuales [UTM] y se pagará en cinco cuotas anuales sucesivas”. Las Demandantes explican, además, que “la UTM es una unidad de cuenta interna de Chile actualizada según la inflación” cuyo “valor publica en Internet el Banco Central de Chile”.
698. En lo que respecta a la conversión del importe UTM a dólares, las Demandantes, basándose en el artículo 8 de la Ley N° 19.518 (publicada en el Diario Oficial el 23 de julio de 1998) relativa a la restitución o indemnización de bienes confiscados, han sostenido que el valor de los bienes inmobiliarios debía indemnizarse “*en la fecha de publicación de la presente ley*”. Según las Demandantes, en esta fecha, es decir, en julio de 1998, “*el importe equivalente a 196.736,603 UTM eran 4.949.105.985 pesos*”.⁶³⁶ Ese día, el dólar se habría cotizado a 465,16. Basándose en esto, las Demandantes argumentaron que el importe preciso concedido a los beneficiarios de la Decisión N° 43 era de US\$10.639.577,74. Además, las Demandantes señalaban que el valor correspondiente a los 196.736,603 UTM a 18 de octubre de 2007 era de US\$13.264.471,02.
699. La Demandada presentó su análisis en las cartas de 18 de octubre de 2007 y de 9 de noviembre de 2007. Apoyándose en una carta de la Tesorería General de la República con fecha 17 de agosto de 2007, la Demandada sostiene que la indemnización en cuestión no se habría efectuado en unidades UTM, sino en otra unidad contable, concretamente la

⁶³⁴ Véase la carta de las partes demandantes de 19 de julio de 2007.

⁶³⁵ Véase la carta de las partes demandantes de 29 de octubre de 2007.

⁶³⁶ Véase la precisión aportada por las partes demandantes en su mensaje de correo electrónico de 19 de julio de 2007.

“Unidad de Fomento” (la UF es, según las Demandantes, una “*Inflation Indexed Accounting Unit*”). Según la Demandada, el monto de la indemnización habría sido de 343.578,61 UF y el equivalente de los montos en dólares pagados durante los años 2003 a 2007 sería de US\$10.132.690,18.⁶³⁷ En cambio, el equivalente de 343.578,61 UF a 11 de abril de 2002, fecha de los decretos de indemnización, habría sido de US\$ 8.674.750,91.

700. Las Demandantes presentaron observaciones adicionales mediante una carta con fecha 29 de octubre de 2007, reiterando su posición de que la fecha crítica para la conversión sería el 23 de julio de 1998, fecha de la publicación de la Ley N° 19.518 relativa a la restitución o indemnización de bienes confiscados. En esta fecha, el equivalente en dólares de 343.578,61 UF habría sido US\$10.607.830,77.
701. La Demandada, por su parte, presentó comentarios adicionales mediante una carta recibida el 9 de noviembre de 2007 (aunque fechada erróneamente a 18 de octubre de 2007).
702. El Tribunal estima que no debe pronunciarse sobre las modalidades de los pagos (cálculos, tasas de conversión entre UTM/UF y US\$, etc.) convenidos y efectuados por las autoridades chilenas. Considera que tiene que basarse exclusivamente en el importe efectivamente pagado durante los años 2003 a 2007, cuyo equivalente en dólares es US\$10.132.690,18. El Tribunal de arbitraje considera que la condena de la Demandada al pago de tal importe tiene por objeto colocar a las Demandantes en la situación en la que habrían estado si, después de la entrada en vigor del APPI, hubiesen sido objeto de un tratamiento justo y equitativo, en ausencia de toda denegación de justicia.
703. La denegación de justicia reconocida por el Tribunal de arbitraje en la cuestión de la rotativa Goss no da lugar a ninguna indemnización adicional. En efecto, esta rotativa era propiedad de las sociedades cuyos títulos, pertenecientes a las Demandantes, fueron objeto de la indemnización decidida por el Tribunal de arbitraje.
704. Se justifica añadir una explicación complementaria en lo referente a la demanda relativa al daño moral. Aparte de que las Demandantes no han aportado pruebas que permitiesen evaluar dicho perjuicio, el Tribunal de arbitraje considera que el dictado del presente laudo, principalmente por su reconocimiento de los derechos de las Demandantes y de la

⁶³⁷ Véase la carta de la parte demandada de 18 de octubre de 2007.

denegación de justicia de la cual fueron víctimas, constituye en sí una satisfacción moral sustancial y suficiente.

B. Intereses

1. Posición de las partes

705. En su Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión, las Demandantes solicitaban al Tribunal de arbitraje que condenase “*al Estado demandado a pagar a las partes demandantes intereses moratorios a partir del 11 de septiembre de 2002 y hasta su completo cumplimiento*”.⁶³⁸ Según las Demandantes, el Tribunal de arbitraje tendría que aplicar intereses compuestos. Para apoyar este argumento, las Demandantes se refirieron a varios laudos, al informe pericial de “*Alejandro Arráez y Asociados, S.A.*”, así como a diversas referencias doctrinales.⁶³⁹
706. En cuanto al momento a partir del cual deberían pagarse los intereses, las Demandantes diferenciaban:
- el “*dies a quo de los daños y perjuicios compensatorios*”, que se debería desde la fecha del acontecimiento que provoca el daño (según las Demandantes, la del embargo de los bienes de CPP S.A. y EPC Ltda. en septiembre de 1973) y que está directamente incluido en el cálculo de los perjuicios de las Demandantes;⁶⁴⁰ y
 - el “*dies ad quem de los intereses de demora*” que consistiría en los intereses debidos desde el 11 de septiembre de 2002 (fecha de la memoria que incluye las conclusiones de las Demandantes) hasta la fecha de ejecución del laudo.⁶⁴¹
707. En cuanto al tipo de interés aplicable, las Demandantes solicitaron al Tribunal de arbitraje que aplique un tipo del 10%, ya que éste es el tipo de interés que se aplica en el informe pericial de “*Alejandro Arráez y Asociados, S.A.*”. Según las Demandantes, ese tipo sería

⁶³⁸ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002 , p. 150.

⁶³⁹ Véase *idem* pp. 146-149.

⁶⁴⁰ *Ídem*, pp. 143-145.

⁶⁴¹ *Ídem*, pp. 145-146.

“obviamente muy razonable” considerando la práctica seguida en el arbitraje internacional.⁶⁴²

708. La Demandada solicitaba lo siguiente con respecto a la cuestión de los intereses:

*“Para el caso que el tribunal determinase que debe pagarse alguna indemnización por daños, la República de Chile se reserva el derecho de abordar nuevamente el asunto de la tasa de interés y su cálculo, ya que esa tasa y el cálculo pueden depender del tipo de indemnización de daños que se otorgue y de la fecha a partir de la cual se aplique. Para información del tribunal, la indemnización máxima por daños de US\$7.002.629 al 31 de diciembre de 2002, de acuerdo al cálculo del Informe Kaczmarek, involucraría una tasa de interés máxima de 5,8% basada en el cálculo de la rentabilidad sobre activos entregado en el Informe Kaczmarek. La indemnización máxima por daños de US\$4.852.973 al 31 de diciembre de 2002 (es decir, sin el valor de la máquina Goss) involucraría una tasa de interés máxima del 4,7%, también basada en el cálculo de la rentabilidad sobre activos”.*⁶⁴³

2. Conclusiones del Tribunal

709. Según el Tribunal de arbitraje, las Demandantes tienen derecho a percibir intereses compuestos anuales sobre la suma principal, intereses que corren desde el reconocimiento del crédito por concepto de indemnización por parte de Chile en virtud de los decretos de indemnización n° 76-79 de los beneficiarios de la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000, es decir, desde el 11 de abril de 2000, hasta la fecha del presente laudo.

710. En efecto, el principio en sí del interés no es ni cuestionado ni cuestionable. Tal como señalaba el Tribunal de arbitraje en el caso CIADI *Asian Agricultural Products Ltd. c. Sri Lanka*, “in accordance with a long established rule of international law expressed since 1872 by the Arbitral Tribunal which adjudicated the Alabama case between the U.K. and U.S.A., ‘it is just and reasonable to allow interest at a reasonable rate’⁶⁴⁴”.

711. El Convenio CIADI y el APPI no proporcionan ninguna indicación sobre las modalidades de este principio (carácter simple o compuesto del interés, tipo, fechas que deben tenerse en cuenta, etc.) Por lo tanto, el Tribunal de arbitraje sólo puede referirse a principios generales y a la costumbre, la práctica y la jurisprudencia internacional, ya que en este caso

⁶⁴² *Ídem*, pp. 148-149.

⁶⁴³ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, pp. 410-411.

⁶⁴⁴ Caso CIADI n° ARB/87/3, laudo de 27 de junio de 1990, párrafo 112.

concreto (habida cuenta de la naturaleza del presente diferendo, no se justifica ninguna referencia al derecho nacional aplicable).

712. En cuanto a la tasa de interés aplicable, al tratarse de un litigio internacional, se considera apropiado aplicar una tasa del 5%, que refleja una tasa comercial razonable durante el período considerado en razón de la naturaleza del presente litigio.
713. A la indemnización, anteriormente constatada, que ha de pagarse a las víctimas de la violación de la obligación internacional que vincula al inversor con el Estado receptor ¿deben aplicarse intereses simples o compuestos? Aunque en el ámbito de los litigios mercantiles predomina la primera opción, no sucede lo mismo en materia de inversiones internacionales, donde dicha cuestión, ante todo controvertida e incierta, ha experimentado recientemente una clara evolución, como lo demuestra la jurisprudencia y la doctrina.
714. Así pues, en el caso *Wena Hotels Limited c. Egipto*, el Tribunal de arbitraje, suscribiendo al laudo *Metalclad*⁶⁴⁵, declaraba que el interés compuesto:

“will best 'restore the Claimants to a reasonable approximation of the position in which it would have been if the wrongful act had not taken place'. Although the Metalclad tribunal awarded compound interest without comment, this panel feels that a brief explanation of its decision is warranted. This Tribunal believes that an award of compound (as opposed to simple) interest is generally appropriate in most modern, commercial arbitrations. As Professor Gotanda has observed 'almost all financing and investment vehicles involve compound interest... If the claimant could have received compound interest merely by placing its money in a readily available and commonly used investment vehicle, it is neither logical nor equitable to award the claimant only simple interest'. For similar reasons, Professor Mann has 'submitted that... compound interest may be and, in absence of special circumstances, should be awarded to the claimant as damages by international tribunals'⁶⁴⁶”.

715. Asimismo, en el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México*, el Tribunal de arbitraje, citando varios laudos del CIADI en el mismo sentido, expresó la opinión de que

⁶⁴⁵ *Metalclad Corporation c. México*, caso CIADI n° ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, párrafo 128.

⁶⁴⁶ *Wena Hotels Limited c. Egipto*, caso CIADI n° ARB/98/4, laudo de 8 de diciembre de 2000, párrafo 129.

“application of compound interest is justified as part of the integral compensation owed to the Claimant as a result of the loss of its investment”.⁶⁴⁷

716. El Tribunal de arbitraje comparte totalmente esta opinión por las razones generales indicadas y habida cuenta de las circunstancias de este caso concreto.

C. Conclusión sobre los daños y perjuicios

717. Por consiguiente, la Demandada debe pagar a las Demandantes un importe total de US\$10.132.690,18, con un 5% de interés compuesto anual, a partir del 11 de abril de 2002 hasta la fecha de envío del presente laudo.

718. La República de Chile debe efectuar este pago en un plazo de 90 días a partir de la fecha de envío del presente laudo. Si el pago no se efectúa en este plazo, al importe se le aplicará un tipo de interés compuesto anual del 5%, a partir de la fecha de envío del presente laudo hasta la fecha en que se efectue la totalidad del pago.

⁶⁴⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México*, caso CIADI n° ARB(AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003, párrafo 196. Véase también *Azurix Corp. c. República de Argentina*, caso CIADI n° ARB/01/12, laudo de 14 de julio de 2006, párrafo 440 en el que el Tribunal de arbitraje concluía que “*compound interest reflects the reality of financial transactions, and best approximates the value lost by an investor*”. *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. República de Chile*, caso CIADI n° ARB/01/7, laudo de 25 de mayo de 2004, párrafo 251: “[...] *compound interest is more in accordance with the reality of financial transactions and a closer approximation to the actual value lost by an investor.*”, referente al laudo del Tribunal de arbitraje en el caso *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, caso CIADI n° ARB/96/1, laudo de 17 de febrero de 2000, párrafo 104: “*Where an owner of property has at some earlier time lost the value of his asset but has not received the monetary equivalent than then became due to him, the amount of compensation should reflect, at least in part, the additional sum that his money would have earned, had it, and the income generated by it, been reinvested each year at generally prevailing rates of interest.*” Véase también *Middle East Shipping and Handling Co. S.A. c. Egipto*, caso CIADI n° ARB/99/6, laudo de 12 de abril de 2002, párrafos 174 y 175. El Comité *ad hoc* en el caso *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, caso CIADI n° ARB/98/4, laudo del Comité *ad hoc* de 28 de enero de 2002, decidió que, incluso en un caso en el que la parte demandante no haya solicitado expresamente intereses compuestos, “*both parties must have been aware of the possibility that the Tribunal, referring to international practice might consider compound interest as 'appropriate' in the particular case*”. Entre los ejemplos que figuran en la doctrina, cabe recordar los trabajos de G. Arangio Ruíz, Relator especial de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *State Responsibility*, [1989] 2 Y.B. Int'l Comm'n 1, 29, U.N. Doc. A/CN.4/SER.A/1989/Add.1), y los estudios del juez S. Schwebel, *Compound Interest in International Law*, *Transnational Dispute Management*, Vol. 2/5, noviembre de 2005, y del Profesor J.Y. Gotanda, *Compound Interest in International Disputes*, Oxford University Comparative Law Forum (2004).

IX. COSTAS DEL PROCEDIMIENTO

A. Posición de las partes

719. Por lo que respecta a las costas del arbitraje, ambas partes solicitaron que sea la otra parte quien pague la totalidad de las costas del arbitraje, incluidos los “*gastos y honorarios de los Miembros del Tribunal, los gastos por utilizar las instalaciones del CIADI, los gastos de traducción, así como los gastos y honorarios de los abogados, expertos y otras personas llamadas a comparecer ante el Tribunal o someterle sus opiniones*”.⁶⁴⁸ Según las Demandantes, a dichas costas deberían agregarse los:

“gastos experimentados para encontrar los títulos de propiedad de CPP S.A. y EPC Ltda. incautados ilegalmente en las oficinas del Sr. Pey el 11 de septiembre de 1973, así como para su recuperación por decisión del 8° Juzgado del Crimen de Santiago el 19 de mayo de 1995, sin los cuales hubiera sido imposible acogerse a la jurisdicción internacional”.⁶⁴⁹

720. Según las Demandantes, la condena de la Demandada a los gastos también se justificaría por la “*falta flagrante de cooperación de la demandada con el CIADI y su obstrucción a la formación y al funcionamiento del Tribunal [...]*”.⁶⁵⁰

721. La Demandada solicita que “*todos los costos en que incurra en el arbitraje la República de Chile sean reembolsados por las Demandantes*”, incluidos “*los honorarios profesionales y gastos, entre ellos los de abogados, peritos, testigos y el tribunal, así como los gastos administrativos de CIADI y varios otros costos administrativos en que haya incurrido la República de Chile durante esta causa*”.⁶⁵¹

722. Las partes sometieron sus costas por carta con fecha de 23 de octubre de 2007 (en el caso de las Demandantes) y de 3 de noviembre de 2007 (en el caso de la Demandada).

⁶⁴⁸ Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión del 11 de septiembre de 2002 , p. 149.

⁶⁴⁹ *Ídem*, p. 149.

⁶⁵⁰ *Ídem*, p. 150.

⁶⁵¹ Memorial de Contestación de la Demandada del 3 de febrero de 2003, p. 411.

723. Las Demandantes sostienen que los gastos en que incurrieron ascenderían a US\$1.730.000 en concepto de costas de procedimiento; y a €8.835.996, más US\$1.032.253 en concepto de costas generadas por su representación y los honorarios de sus abogados, peritos, etc.⁶⁵²
724. La Demandada declara haber pagado un total de US\$4.389.111,56, lo que excluye, pues, las costas del procedimiento propiamente dichas.⁶⁵³
725. En una carta de fecha 20 de noviembre de 2007, la Demandada expresó sus objeciones respecto de las costas presentadas por las Demandantes, solicitando al Tribunal que no tuviese en cuenta la documentación proporcionada por las Demandantes para apoyar su carta referente a las costas. Según la Demandada, las Demandantes habrían, *inter alia*, incumplido su obligación de explicar y demostrar las tasas de cambio aplicadas entre las diferentes monedas en cuestión, así como las fechas en que habrían procedido a la conversión. En particular, la Demandada sostuvo que las costas alegadas por las Demandantes serían excesivas y que las Demandantes habrían incumplido su obligación de presentar la prueba de que las costas alegadas eran costas reales, es decir, que los importes en cuestión fueron efectivamente pagados por las Demandantes.⁶⁵⁴

B. Conclusiones del Tribunal

726. Es indudable que al fijar las costas del procedimiento y decidir su reparto, en virtud del artículo 61(2) del Convenio CIADI,⁶⁵⁵ el Tribunal de arbitraje dispone de un amplio poder de apreciación.⁶⁵⁶
727. Hay que distinguir las costas del procedimiento de arbitraje propiamente dichas (que comprenden los gastos del Centro y los honorarios profesionales y gastos de los Árbitros)

⁶⁵² Véase los anexos a la carta de las partes demandantes de 23 de octubre de 2007 y la rectificación en la carta de las partes demandantes de 7 de noviembre de 2007.

⁶⁵³ Véase la carta de la parte demandada de 3 noviembre 2007.

⁶⁵⁴ Véase la carta de la parte demandada de 9 de noviembre de 2007 (con fecha errónea de 18 de octubre de 2007).

⁶⁵⁵ “En el caso de un procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que éstas hubieren incurrido en el procedimiento y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación formará parte del laudo.”

⁶⁵⁶ Véase, por ejemplo, *Conorzio Groupement L.E.S.I. – DIPENTA c. República Argentina Democrática y Popular*, caso CIADI n° ARB/03/08, laudo de 10 de enero de 2005, p. 42.

de las costas en que haya incurrido cada parte para la presentación de su causa y los honorarios de sus abogados, expertos, etc.

728. En el caso de las primeras, el Tribunal de arbitraje tendrá en cuenta todas las circunstancias de este caso concreto, el desenlace de la causa y las respectivas actitudes de las partes. A este respecto, tal como se desprende de los análisis y conclusiones anteriores, se ha dado la razón a las partes demandantes en lo esencial, tanto en lo que concierne a la competencia del Centro y del Tribunal de arbitraje, principio de responsabilidad de la República de Chile y violación de la obligación internacional de garantizar a la inversión un “*tratamiento justo y equitativo*”, como en cuanto al fondo, condición de propietarias de las inversiones objeto de las diversas medidas adoptadas por las autoridades chilenas. Ello pese a la firme oposición presentada desde el inicio a la competencia internacional y a sus reclamaciones. A la luz de estos hechos, se considera relativamente secundario que el monto de la indemnización finalmente otorgada a las partes demandantes no represente más que un pequeño porcentaje de los daños y perjuicios solicitados por ellas.
729. Además, el Tribunal de arbitraje considera oportuno tomar en consideración la actitud de las partes, así como su grado de cooperación en el procedimiento y en la misión confiada al Tribunal. Desde este punto de vista, es preciso señalar que la duración del presente procedimiento, y por consiguiente sus costas para todas las partes y para el Centro, se han visto considerablemente aumentadas debido a la estrategia adoptada por la Demandada que consistió, además de las excepciones habituales o “*normales*” a la competencia, en multiplicar objeciones e incidentes a veces incompatibles con las prácticas del arbitraje internacional.
730. Dicho esto, la solución habitualmente adoptada por los tribunales de arbitraje internacionales, consistente en disponer que cada parte soporte sus gastos y costas⁶⁵⁷ no sería adecuada, según el Tribunal de arbitraje, pues se justifica que la parte demandada contribuya a los gastos y costas incurridos por las partes demandantes, que el Tribunal considera razonable fijar en US\$2.000.000 (dos millones).

⁶⁵⁷ Esto fue así, por ejemplo, en el caso *Maffezini c. España*, caso CIADI n° ARB/97/7, laudo de 9 de noviembre de 2000, párrafos 98 y 99; *Middle East Shipping and Handling Co. S.A. c. Egipto*, el caso CIADI n° ARB/99/6, laudo de 12 de abril de 2002, párrafo 176; *Metalclad Corporation c. México* y el caso CIADI n° ARB(AF)/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, párrafo 130.

731. En cuanto a los gastos del procedimiento propiamente dicho, el Tribunal de arbitraje considera apropiado, habida cuenta de las circunstancias y observaciones precedentes, que sean soportados por las partes en la siguiente proporción: 3/4 del importe total (es decir, US\$3.136.893,34) por la Demandada y 1/4 del importe total (es decir, US\$1.045.631,11) por las Demandantes. En consecuencia, el Tribunal de arbitraje ordena a la Demandada pagar a las Demandantes la suma de 1.045.579,35.⁶⁵⁸
732. La República de Chile debe efectuar estos pagos en un plazo de 90 días a partir de la fecha de envío del presente laudo. Si estos pagos no se efectúan en dicho plazo, a los importes se les aplicará un tipo de interés compuesto anual del 5%, a partir de la fecha de envío del presente laudo hasta la fecha en que se efectue la totalidad del pago.

⁶⁵⁸ El monto total de los gastos del procedimiento (US\$4.182.524,45), contiene una estimación de los gastos de envío del laudo y puede, por lo tanto, estar sujeto a una variación mínima. Un estado financiero será presentado por el CIADI una vez que la cuenta esté cerrada. Además, el costo total del procedimiento es superior al monto de los anticipos pagados por las partes (US\$4.109.900). La diferencia es cubierta por los intereses generados por la cuenta del caso, es decir, US\$72.627,97 (monto determinado a la fecha de envío del laudo, el que puede aumentar hasta el cierre de la cuenta). La suma de US\$1.045.579,35, que debe ser pagada por la Demandada a las Demandantes, es el resultado de la diferencia entre los 3/4 del total de gastos del procedimiento (US\$3.136.893,34) y los pagos anticipados efectuados por la Demandada (US\$2.055.000) a los que deben añadir la mitad de los intereses generados (US\$36.313,99).

X. PARTE DISPOSITIVA

Por estos motivos

El Tribunal de arbitraje, por unanimidad,

1. decide que es competente para conocer del litigio entre las Demandantes y la República de Chile;
2. constata que la Demandada ha violado su obligación de garantizar a las Demandantes un tratamiento justo y equitativo, incluida la obligación de abstenerse de toda denegación de justicia;
3. constata que las Demandantes tiene derecho a compensación;
4. ordena a la República de Chile que pague a las Demandantes la suma de US\$10.132.690,18, con un interés compuesto anual del 5%, a partir del 11 de abril de 2002 hasta la fecha de envío del presente laudo;
5. exige a la Demandada que contribuya a las costas y gastos incurridos por las Demandantes, con un importe de US\$2.000.000 (dos millones);
6. decide que las costas del procedimiento serán soportadas por las partes en la siguiente proporción: 3/4 del importe total (es decir, US\$3.136.893,34) por la Demandada y 1/4 del importe total (es decir, US\$1.045.631,11) por las Demandantes; y en consecuencia, ordena a la Demandada que pague a las Demandantes la suma de US\$1.045.579,35;
7. ordena a la República de Chile que proceda al pago de las sumas que figuran en la presente parte dispositiva (puntos 4, 5 y 6) en un plazo de 90 días a partir de la fecha de envío del presente laudo, de lo contrario, se aplicará al importe un tipo de interés compuesto anual del 5%, a partir de la fecha de envío del presente laudo hasta la fecha en que se efectue la totalidad del pago.
8. rechaza cualquier conclusión distinta o más amplia.

/firmado/
Pierre Lalive, Presidente
Fecha: 22 de abril de 2008

/firmado/
Mohammed Chemloul, Árbitro
Fecha: 18 de abril de 2008

/firmado/
Emmanuel Gaillard, Árbitro
Fecha: 16 de abril de 2008