

MADRID, 8 DE NOVIEMBRE DE 2005

DÑA. GABRIELA ÁLVAREZ ÁVILA
SECRETARIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE
CIADI
BANCO MUNDIAL
1818 H STREET, N.W.
WASHINGTON D.C. 20433

Ref.: Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile (CIADI Caso N°. ARB-98-2)

Distinguida Secretaria del Tribunal:

Acusamos recibo de las cartas del Secretariado General del CIADI de 11 de octubre y 1 de noviembre de 2005, en la que nos comunica las explicaciones dirigidas por los miembros del Tribunal de arbitraje al Presidente del Consejo Administrativo sobre la propuesta de recusación de que son objeto. El 11 de septiembre de 2005 las Demandantes formularon con el debido respeto su disconformidad con la decisión de notificarlas a las partes y debatirlas (puntos II, III et IV.4).

I.- Las Demandantes constatarán, simplemente, que las comunicaciones del Señor Presidente Lalive y del Señor Ministro Bedjaoui han confirmado que las Demandantes tienen razón cuando sostienen, desde el 26 de agosto de 2005, que la propuesta de recusación del Tribunal de arbitraje carece de fundamento y debe ser rechazada sin demora. Lo confirman, asimismo, las comunicaciones del ex-Ministro Sr. Leoro Franco al desvelar el sentido, la causa y el *tempo* de las maniobras dilatorias que se suceden a partir del depósito en el Centro, en junio de 2005, de la propuesta de resolución del Presidente del Tribunal.

II.- Las Demandantes subrayan, asimismo, que las causas de recusación alegadas por la República de Chile, en su memorándum de 16 de septiembre de 2005, son una mera escenificación dirigida a encubrir los motivos reales de dicha propuesta, los que están, por cierto, reflejados en la prensa chilena en el artículo del **4 de septiembre de 2005** firmado por Don Roberto Mayorga, representante de la República de Chile en el procedimiento de arbitraje desde 1998 a 2002:

“Recientemente, al cabo de ocho años, la defensa chilena ha recusado al tribunal, arguyendo incapacidad de los árbitros. (...) Durante 2001 (...) el tribunal se reunió, trascendiendo que había decidido acoger la posición de Chile de declararse incompetente. (...) El nuevo presidente, Pierre Lalive, al asumir, desconoció la decisión del tribunal que declinaba su jurisdicción¹ y, en mayo de 2002, decretó que el tribunal

¹ El abogado Sr. Mayorga no menciona la fuente de esta afirmación, y silencia que el Tribunal comunicó a las partes el 1 de mayo de 2001 que «ninguna decisión sobre la competencia había sido entregada cuando el 13 de marzo de 2001 dimitió el Presidente Rezek, de modo que el

entraría a conocer el fondo del asunto (...). En dicha oportunidad (...) analizamos la conveniencia de recusar al tribunal (...).

Estando el caso en estado de fallo, se ha anunciado, recientemente, que Chile ha recusado a los tres árbitros del tribunal. (...) todo hace presumir que el fallo en ciernes causaría agravio al país, lo cual habría suscitado la acción recusatoria. No parece lógico deducir que la recusación se funde en la tardanza del fallo ya que, precisamente, esta acción paraliza el procedimiento agravando la tardanza.”

Se acompaña el texto íntegro de este artículo (el subrayado es nuestro).²

III.- Por otro lado, habida cuenta de las circunstancias extraordinarias que envuelven la propuesta de recusación, las partes Demandantes se reservan el derecho de ejercitar cualquier acción que resultare necesaria en salvaguardia de sus intereses.

IV.- De las observaciones de los árbitros se desprende, igualmente, que el Señor ex ministro Leoro Franco, en propiedad, ha rehusado reunirse con el Tribunal de arbitraje después que la mayoría de sus miembros estuviera de acuerdo en el proyecto de resolución desfavorable a la parte que le había propuesto y depositado en el Centro por el Sr. Presidente del Tribunal en junio de 2005. La negativa a reunirse con el Tribunal constituye una violación de la misión que le fuera confiada. La dimisión de este árbitro, acaecida precipitadamente tras el depósito de la propuesta de recusación –notificada a las Demandantes el 26 de agosto de 2005- no es otra cosa que el resultado de su negativa a participar en las deliberaciones finales, incluso a firmar la sentencia, del Tribunal de arbitraje.

Las Demandantes reiteran que la así llamada dimisión del Sr. Leoro Franco no ha sido formulada en conformidad con las reglas que rigen el procedimiento de arbitraje del CIADI y debe, en consecuencia, ser considerada nula y sin efecto por el Secretariado General. En efecto, se trata menos de una dimisión, tal como está prevista en los artículos 56 y 8 del Convenio y del Reglamento del CIADI, que de una negativa a sentarse en el Tribunal cuya consecuencia es paralizar, *in extremis*, el procedimiento cuando está llegando a su fin.

Las partes Demandantes solicitan del Secretariado General del CIADI que pida al Sr. Leoro Franco tener la amabilidad de reconsiderar sin demora la postura que le condujo a dejar de participar en las deliberaciones del Tribunal, a fin de que éste pueda adoptar una sentencia definitiva en el plazo más breve posible.

designado nuevo Presidente tiene que participar, junto con los otros miembros del Tribunal de Arbitraje, en la resolución pendiente sobre la competencia. »

² En paralelo con el desarrollo del presente arbitraje las Autoridades de Chile han lanzado campañas mediáticas dirigidas a infligir ante la opinión pública daño moral al Sr. Pey y a tergiversar el objeto del procedimiento, como la de 2002 descrita en D15, Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal arbitral, p. 137; la sesión especial de la Cámara de Diputados de 21 de agosto de 2002 (ibid., pp. 100-104, y doc. C208); los artículos de 3-01-2005 (La Segunda); 13-03-2005 (La Tercera); 29-08-2005 (La Segunda); 30-08-05 (El Mostrador y La Segunda); 1-09-2005 (La Segunda); 4-09-2005 (El Mercurio); 18-09-2005 (El Mercurio); 12.10.2005 (La Tercera; La Segunda; Radio Cooperativa; Radio Agricultura; TV Nacional); 13-10-2005 (La Nación); 14-10-2005 (La Nación; Terra-Chile; El Mostrador); 16-10-2005 (La Tercera); 17-10-2005 (La Tercera; La Segunda); 22-10-2005 (El Mercurio); 27-10-2005 (El Mercurio).

En su defecto, las Demandantes solicitan del Secretariado General del CIADI que autorice al Tribunal de arbitraje, compuesto por los solos miembros restantes, a adoptar la resolución arbitral que debió tener lugar en septiembre de 2005.

En efecto, es un principio de derecho internacional, admitido por la gran mayoría de la doctrina y la práctica del arbitraje internacional, que la ausencia, voluntaria y no autorizada por el Tribunal de arbitraje o las partes, de un miembro del Tribunal, autoriza que una sentencia de arbitraje sea válidamente adoptada por un Tribunal truncado.³

Este principio se halla, por lo demás, consagrado en numerosos reglamentos de arbitraje internacional.⁴

Las normas del CIADI (al igual que las de UNCITRAL) contienen disposiciones que, leídas en conjunto, no son contrarias a tal solución, en la medida que el Convenio del CIADI consagra el principio según el cual toda sentencia de un Tribunal debe ser adoptada por la mayoría de sus miembros. Por lo demás, uno de los principios fundamentales del arbitraje moderno, que inspira al Convenio de Washington, es el de no frustración del procedimiento de arbitraje, consistente en que las partes no pueden obstaculizar artificialmente el procedimiento habida cuenta de la función quasi judicial del arbitraje.⁵

Para concluir, transcurridos 75 días desde que el Centro suspendiera el procedimiento, **las Demandantes solicitan del Secretariado General del CIADI que:**

1. dentro del plazo de 30 días que siguen a la recepción de las observaciones de las partes, según su comunicación del 8 de septiembre de 2005, rechace el Señor Presidente del Consejo Administrativo la propuesta de recusación del Tribunal de arbitraje por carecer totalmente de fundamento;

³ Ver Karl-Heinz Bockstiegel: "Practices of Various Arbitral Tribunals", in *ICCA Congress Series* No. 5; Stephen M. Schwebel: *International Arbitration: Three Salient Problems*, 1987, 152-153; "Validité d'une sentence rendue par un Tribunal tronqué", *Bull. CCI*, Novembre 1995, 18 y ss. ; A/CN.9/460,6 April 1999, Truncated *International Commercial Arbitration*; Scott Donahey: « The UNCITRAL Arbitration Rules and the Tribunal », in 4 *The American Review of International Arbitration* 191 (1993, Sept. 17), y 38 *Commercial Arbitration* 99 (1995); G. H. Aldrich: *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, 1996; *affaire Uiterwyk Corporation c/ Iran*, Tribunal Iran-US, Affaire n°381, registrada el 6 de julio de 1988, 19 Iran-US CTR 107, 116, 161, 169, citada por S. Schwebel, *Bull. CCI* Novembre 1995, 18 y ss.; 1 Iran-US CTR 415-417, 424-441 ; *Cour d'Appel Paris*, 1 julio 1997, *Agence Transcongolaise des Communications – Chemin de fer Congo Océan (ATC-CFCO) v Compagnie Minière de l'Ogooue – Comilog SA*, *Revue de l'arbitrage*, 1998, 131-136, XXIVa *YBCA* 281-286 (1999) ; *Svea Court of Appeals decision* (2003), 42 *ILM* 915 (2003) ; Interim Award of 26 September 1999 and Final Award of 16 October 1999 *Himpurna California Energy Ltd. V Republic of Indonesia* YB Vol. XXV (2000), pp. 11-432.

⁴ Artículos 13.3 del Reglamento facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de las diferencias entre dos partes de las que una sola es un Estado ; artículo 12.5 del Reglamento de arbitraje CIC ; artículos 12.1 y 12.2 del Reglamento de arbitraje de la LCIA ; artículo 11 del Reglamento de arbitraje AAA ; artículo 35 del Reglamento de arbitraje WIPO ; el Reglamento de arbitraje de la China International Economic and Trade Arbitration Commission ; el artículo 7 de la Conflict and Prevention Resolution for Non-Administered Arbitration of Patent and Trade Secret Disputes (revisión de 2005) ; el artículo 7 del Código de arbitraje de Escocia (1999) ; el artículo 32(2) de las Reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

⁵ Ver el *Report of the International Law Commission*, 4ª sesión de 4 junio-8 agosto 1952, GA OR 7th Sess., 2 y ss., en particular para. 19, 3.

2. constate que el Sr. ex Ministro Leoro Franco se ha negado a participar en las deliberaciones finales del Tribunal de arbitraje, incluso a firmar la sentencia definitiva, su ficticia dimisión no siendo sino una nueva manifestación de esa negativa;
3. en el supuesto caso de que el Señor Leoro Franco continuara negándose a sentarse en el Tribunal, autorice al Tribunal de arbitraje, compuesto por el Señor Presidente Lalive y el Juez Señor Bedjaoui, a proseguir el procedimiento y a adoptar una sentencia final y definitiva en el plazo más breve posible;
4. tome nota de que las Demandantes se reservan el derecho de ejercitar cualquier acción que fuere necesaria a la salvaguardia de sus intereses.

Por otro lado, **las Demandantes piden al Tribunal de arbitraje** que tenga en cuenta la especial mala fe de la República de Chile⁶,

- condenándola al pago de la totalidad de las costas de este procedimiento, tanto de los gastos administrativos del CIADI como de los honorarios de los árbitros y de los gastos incurridos por las Demandantes para asegurar la defensa de sus intereses.⁷ Las Demandantes están a disposición del Tribunal para hacerle llegar el estado actual de las cuentas a vuelta de correo;
- aceptando la solicitud de capitalización de los intereses al calcular los daños y perjuicios.⁸

Le saluda atentamente

Dr. Juan E. Garcés
Representante legal de D. Víctor Pey Casado y de la Fundación
española Presidente Allende

⁶ Ver el **Memorándum sobre la mala fe de Chile a lo largo del procedimiento de arbitraje, provocando su prolongación y el aumento de los costos**, comunicado al Centro el 19 de septiembre de 2005

⁷ Esta petición figura en la **Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión planteada**, de 11 de septiembre de 2002 (escrito D16, página 149-150), y en la **Memoria** de 17 de marzo de 1999 (p. 4.13 y ss.).

⁸ Esta solicitud figura también en la **Exposición complementaria sobre el fondo...** (D16, páginas 146-149), y en la **Memoria** del 17 de marzo de 1999 (p. 4.6.4.5 y ss)..

[Documento anexo]

EL MERCURIO

Domingo 4 de septiembre de 2005

”El Caso Clarín, ocho años después

Roberto Mayorga Lorca, Abogado

No hay duda de que ante la cadena de situaciones irregulares que se han producido durante todos Estos años, Chile no tenía otro camino que el que ha terminado por adoptar.

Joan Garcés, en representación de Víctor Pey y de la Fundación Allende, solicitó en 1997 al Ciadi un arbitraje internacional en contra de Chile por la expropiación del diario "El Clarín", demandando una indemnización superior a 500 millones de dólares. Recientemente, al cabo de ocho años, la defensa chilena ha recusado al tribunal, arguyendo incapacidad de los árbitros.

La historia es larga y compleja. Nos correspondió coordinar la defensa hasta 2002, año en que renunciamos por falta de garantías para defender adecuadamente los intereses del país. Durante los primeros cinco años del juicio, impedimos que el Ciadi conociera el fondo del asunto, esto es, si Chile debía pagar la referida indemnización, ya que interpusimos excepción de falta de jurisdicción, fundada en seis argumentaciones: a) que el Ciadi solamente es competente para conocer casos de inversión extranjera. b) que nacionales no pueden demandar a su propio país ante el Ciadi y Víctor Pey era chileno; c) que Chile no había otorgado su consentimiento para este arbitraje. d) que no se había cumplido con un requisito preliminar, como son las negociaciones amistosas; e) que Víctor Pey había interpuesto con anterioridad al arbitraje una demanda ante el Primer Juzgado Civil de Santiago, con lo cual la controversia se había radicado en Chile, y f) que el Ciadi no puede aplicarse con efecto retroactivo, ya que Chile es parte del sistema solamente desde 1991 y la alegada expropiación acaeció en 1973. En audiencia del tribunal celebrada en febrero de 1999 se acordó que no se entraría a conocer el fondo del asunto, sin antes resolverse la excepción de jurisdicción.

Durante 2001, después de tener lugar las etapas procesales correspondientes, el tribunal se reunió, trascendiendo que había decidido acoger la posición de Chile de declararse incompetente. Frente a dicho trascendido y con el evidente propósito de evitar su materialización, Joan Garcés recusó al presidente del panel, Francisco Resek, quien terminó por renunciar, sin que Chile lograra impedir la desintegración del tribunal. El nuevo presidente, Pierre Lalive, al asumir, desconoció la decisión del tribunal que declinaba su jurisdicción y, en mayo de 2002, decretó que el tribunal entraría a conocer el fondo del asunto, lo que implicó una abierta transgresión al acuerdo de que se resolvería previamente la excepción de jurisdicción. Fue en dicha oportunidad, y ante la serie de irregularidades que se habían suscitado, que planteamos que debía objetarse con firmeza esta resolución del tribunal, tanto en virtud del acuerdo existente, cuanto porque litigar en el fondo significaba un alto

riesgo para Chile, ya que efectivamente "El Clarín" había sido expropiado sin que se pagara indemnización, la cual debía fijarse dentro del país y no ante el Ciadi.

Asimismo, analizamos la conveniencia de recusar al tribunal. La falta de apoyo de la presidencia y de la vicepresidencia del Comité de Inversiones Extranjeras para que pudiéramos ejecutar esta estrategia, nos llevó a renunciar al equipo de defensa, lo cual desencadenó una serie de hechos que culminaron con una sesión especial de la Cámara de Diputados y un requerimiento de ésta para que interviniera el Consejo de Defensa del Estado.

El asunto se zanjó invitando a participar a uno de los estudios jurídicos más prestigiosos de la plaza. Pero el hecho es que se entró al fondo de la controversia y durante los últimos tres años se ha centrado el litigio en si se debe cancelar una indemnización superior a 500 millones de dólares. Estando el caso en estado de fallo, se ha anunciado, recientemente, que Chile ha recusado a los tres árbitros del tribunal. Dada la falta de acceso para conocer antecedentes de la causa, todo hace presumir que el fallo en ciernes causaría agravio al país, lo cual habría suscitado la acción recusatoria. No parece lógico deducir que la recusación se funde en la tardanza del fallo ya que, precisamente, esta acción paraliza el procedimiento agravando la tardanza. En todo caso, no hay duda de que ante la cadena de situaciones irregulares que se han producido durante todos estos años, Chile no tenía otro camino que el que ha terminado por adoptar.

Es lamentable, sin embargo, que se hayan desperdiciado inútilmente tres años antes de tomar esta determinación, con el costo monetario y el desgaste en imagen internacional que un litigio como éste ha implicado para el país”.