

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO
DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

**VICTOR PEY CASADO Y FUNDACIÓN
ESPAÑOLA PRESIDENTE ALLENDE
CONTRA
LA REPÚBLICA DE CHILE**
Caso N° ARB/98/2

D15 : EXPOSICIÓN COMPLEMENTARIA SOBRE

LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

Presentada por el Dr. Juan E. Garcés, abogado representante de las partes demandantes, con la cooperación de los Gabinetes jurídicos Gide, Loyrette, Nouel, Ropes&Grey y Garcés y Prada, Abogados.

Madrid, 11 de septiembre de 2002

Presentación

Tras recordar de modo breve

- los hechos que dan origen al diferendo;
- la competencia del Tribunal de arbitraje;
- los hechos de que ha sido víctima el Sr. Pey;
- los elementos que determinan la realidad de la inversión del Sr. Pey Casado en 1972;
- la naturaleza jurídica de la inversión y de las diferentes leyes de aplicación en la especie, incluido el régimen jurídico de transmisión de las acciones nominativas;

examinaremos la naturaleza extranjera de la inversión en respuesta a una preocupación del Tribunal de arbitraje en torno de la existencia de una inversión conforme con las exigencias del Convenio de Washington y del API (V).

Esa sección será la ocasión para volver a ocuparnos de la posición de la demandada y desmentirla en lo que pertoca a la aplicación de las normas internas e internacionales, en particular en cuanto a la ausencia de autorización o de registro previo de la inversión.

Al considerar el **punto 112 de la Decisión del Tribunal de arbitraje**, y en respuesta a su pregunta en el **punto 114**, demostraremos que ni el API ni la legislación chilena requieren que el precio en divisas extranjeras de una compra de acciones de una sociedad chilena deba pagarse en Chile, o deba ser transferido a Chile. Además, ni la ley chilena ni el API contienen disposición limitativa alguna en relación con la cuestión de la transferencia de capitales.

En lo que se refiere a la cuestión de la propiedad continuada de las acciones por parte del Sr. Pey Casado desde el 3 de octubre de 1972, remitimos al Tribunal a la exposición sobre el fondo.

En cuanto a la nacionalidad del Sr. Pey Casado, explicaremos de nuevo que éste estableció el 4 de junio su domicilio legal en España y obtuvo el Documento Nacional de Identidad y un pasaporte españoles. Ello ha sido reconocido por las autoridades competentes españolas y las chilenas han tomado nota de ello (VI).

Más significativo, y en respuesta a una precisa pregunta del Tribunal de arbitraje, demostraremos también que Chile ha desconocido la nacionalidad chilena del Sr. Pey Casado después del Golpe de Estado militar del 11 de septiembre de 1973 y lo redujo a la condición de apátrida (VI).

Más aún, y a título subsidiario, el Sr. Pey ha renunciado válidamente a la nacionalidad chilena antes de consentir al arbitraje e interponer la **Solicitud** de arbitraje (VII).

Estudiaremos asimismo la legitimidad activa de la Fundación española (VIII). Esta Fundación, que ha adquirido legalmente el 90% de las acciones del Sr. Pey Casado y ha efectuado la previa consulta amistosa al Estado demandado, está legitimada activamente para ser parte en este procedimiento.

Por último, el Tribunal de arbitraje encontrará observaciones sobre algunos puntos evocados en su Decisión, en especial el de la aplicación del API a la controversia planteada ante el Tribunal y el del objeto mismo de la demanda de la que está conociendo.

INDICE

	<u>Página</u>
Observaciones preliminares	9
LOS HECHOS QUE HAN GENERADO EL DIFERENDO	
I. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE	9
II. LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DEL INVERSOR DON VÍCTOR PEY	12
III LA REALIDAD DE LA INVERSION	17
IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA INVERSION	26
IV.1 La legislación aplicable a la inversión	27
IV.2 Interpretación del contrato convenido en Estoril el 13 de mayo de 1972	27
IV.3 El precedente del caso The Baar	28
IV.4 El contrato de compraventa de CPP S.A.	29
IV.5 Capacidad de las partes para contratar	31
IV.6 Forma de contrato	32
IV.7 El fondo del contrato	32
IV.8 Conclusión del contrato	34
IV.9 Consumación del contrato	36
IV.10 Régimen jurídico de la transmisión de acciones sociales nominativas	38
IV.11 Moneda del contrato y del pago	39
IV.12 Irrelevancia de la “Decisión N° 43” en cuanto a la naturaleza jurídica de la inversión	40
V. <u>NATURALEZA EXTRANJERA DE LA INVERSIÓN</u>	
La inversión es conforme con las exigencias del Convenio CIADI y el API hispano-chileno – Punto 119 de la Decisión del Tribunal de Arbitraje	42
V.1 Consideraciones relativas al derecho del Fondo Monetario Internacional	43
V.2 Ni el Convenio de Washington ni el API establecen procedimientos para aceptar o autorizar el ingreso de capital extranjero	45
V.3 Ni el Convenio de Washington ni el API España-Chile establecen procedimientos para autorizar la transferencia del capital invertido	46
El Convenio de Washington	46
El API España-Chile	46
V.4 Las disposiciones legales chilenas en 1972	49
Puntos 112 y 114 de la Decisión del Tribunal de Arbitraje	50
V.4.1 Los DFL N° 258, de 1960, el DFL N° 1.272, de 1961, el DFL N° 600, de 11 de julio de 1974, y el derecho del FMI	52
V.4.2 El DFL N° 258, de 1960	56
V.4.3 El DFL N° 1.272, de 11 de noviembre de 1961	56

	Página
V.4.4 El DFL N° 600, de 11 de julio de 1974, Estatuto del Inversionista	60
V.4.5 El DFL N° 746, de 6 de noviembre de 1974	63
V.4.6 La Decisión N° 24 del Grupo de Cartagena	65
V.4.7 Las disposiciones que reglamentan las inversiones sobre la transferencia fuera de Chile del capital y los beneficios	67
V.4.8 No pertinencia de las disposiciones relativas a inversiones que se procuran el derecho de transferir los capitales fuera de Chile	67
V.4.9 La Jurisprudencia chilena sobre el control de cambios	68
V.4.10 Ni el API España-Chile, ni la Ley interna de 1972, ni la hoy vigente, exigen que un contrato de compraventa de acciones de una empresa chilena convenida en el extranjero en divisas de EE.UU, requiera que el pago del precio sea efectuado en el interior de las fronteras de Chile	69
V.5 LA TRANSFERENCIA DE CAPITALES	70
Punto 115 de la Decisión del Tribunal de arbitraje	
V.5.1 El derecho del Fondo Monetario Internacional y el API España-Chile	70
V.5.2 La transferencia de capitales en el API España-Chile	72
V.5.2.1 La transferencia de capitales y el Preámbulo del API de 1991	73
V.5.2.2 La “transferencia de capitales” en otros API firmados por Chile	75
V.5.3 The World Bank Guidelines	80
V.5.3.2 Las Directrices del Banco Mundial sobre el marco jurídico para el tratamiento de las inversiones extranjeras	82
V.6 La inversión extranjera en el programa de conversión de la deuda externa chilena y los API firmados por Chile	83
V.6.1 Régimen normativo actual de las inversiones extranjeras en Chile	85
V.6.2 Normas relativas al control de cambios	85
V.6.5 Exclusión de las reglas llamadas de la continuidad de la nacionalidad y de la identidad del titular del derecho por el artículo 25 del Convenio CIADI y el art. 1.2 del API España-Chile.	88
El ejemplo de las ADR de empresas chilenas cotizadas en la Bolsa de Nueva York	88
Ni el API España-Chile ni la Ley interna de Chile exigen que el capital invertido entre en Chile necesariamente bajo la forma de liquidez o cash ni que la admisión de la inversión extranjera deba ser autorizada previamente por las Autoridades	89
V.6.6 Los estudios del FMI sobre Chile	91

	Página
VI. <u>LOS INVERSORES Y SU NACIONALIDAD EXCLUSIVA ESPAÑOLA EN LAS FECHAS ESTABLECIDAS EN EL CONVENIO CIADI</u>	
Preliminar	93
Al igual que en 1975, el 9 de octubre de 1997 el Gobierno de Chile no sostenía que el Sr. Pey fuera chileno en 1997	93
VI.1 Respuesta a las observaciones del Tribunal de 8 de mayo de 2002, punto 52	
El API. Ley aplicable a la nacionalidad	95
VI.2 Ni el domicilio ni la residencia del inversor son criterios que el API España-Chile haya retenido a efectos de su aplicación	96
VI.3 Las objeciones de la demandada respecto de la nacionalidad española exclusiva del Sr. Pey	99
VI.4 El Estado de Chile ha desconocido la doble nacionalidad chilena del Sr. Pey después del 11 de septiembre de 1973	100
Punto 110 de la Decisión del Tribunal de Arbitraje	
El 27 de octubre de 1973 el Sr. Pey salió de Chile reducido a la calidad de extranjero	101
El hecho de rehusar el pasaporte constituye, para la ley chilena, un “desconocimiento” de la nacionalidad chilena	103
VI.5 El Sr. Pey fue reducido a un estado de apatridia	104
La privación de la protección diplomática impuesta al Sr. Pey	108
Violación de los derechos humanos del inversor Sr. Pey	108
VI.6 Respuesta a las observaciones del Tribunal de 8 de mayo de 2002, puntos 52 y 55	109
La <i>professio iuris</i> del Sr. Pey de julio de 1991 y mayo de 1997	111
VI.7 Respuesta a las observaciones de Tribunal de 8 de mayo de 2002, punto 58	113
El derecho español reconoce un solo domicilio y varias residencias	114
El Consulado en Santiago no es competente para certificar que el Sr. Pey tiene el domicilio en España desde 1974	114
El domicilio legal del Sr. Pey Casado está en España desde 1974	116
Las inscripciones en el Registro Civil del establecimiento del domicilio en Madrid tiene valor informativo y no constitutivo	119
Fecha en que surten efecto las inscripciones en los Registros españoles. En el Registro Civil	119
En el Padrón Municipal de Habitantes	120
La analogía con la adquisición de la nacionalidad	121
Analogía con la declaración de opción de adquirir la nacionalidad española	123
La Jurisprudencia y Doctrina españolas	123
La Resolución del Juez del Registro Civil único de Madrid de 20 de noviembre de 1997	124

	Página
VII. <u>EL SR. PEY HA RENUNCIADO A LA NACIONALIDAD CHILENA</u>	126
<u>Respuesta a las preguntas del Tribunal , puntos 110 y 63</u>	
VII.1 La renuncia a la nacionalidad chilena es conforme a la Constitución de Chile, y puede dimanar de la libre elección del interesado, según la Corte Suprema de Chile	126
VII.2 La renuncia antes de consentir al arbitraje según el Convenio de 24 de mayo de 1958	130
Observaciones sobre el punto 59 de la Decisión del Tribunal de arbitraje	
VII.3 La renuncia es conforme con el Convenio de 24 de mayo de 1958	131
La competencia de la Dirección de Política Consular del Ministerio de AA.EE. está confirmada por la Corte Suprema	132
VII.4 La renuncia a la nacionalidad chilena surte efecto en la fecha en que tuvo lugar el acto de manifestación de la voluntad de renunciar	133
VII.5 Chile ha buscado imponer al Sr. Pey la doble nacionalidad con la intención de sustraerse al Convenio de Washington y al API España-Chile	136
Punto 109 de la Decisión del Tribunal de Arbitraje	
VII.6 España ha reconocido que el Sr. Pey había renunciado válidamente a la nacionalidad chilena	138
M. Pey está inscrito en el Consulado de España en Santiago como “transeúnte”.	140
VIII. <u>LA LEGITIMIDAD ACTIVA DE LAS DEMANDANTES</u>	
VIII.1 Admisibilidad de la Solicitud	143
VIII.2 Respuesta a las preguntas del Tribunal del 8 de mayo de 2002, puntos 72 y 128: consultas amistosas	144
VIII.3 Legitimidad activa de la Fundación española	147
Acerca de la Ley que rige la cesión del 90% de los derechos sobre la inversión en CPP S.A.	148
La sucesión de la sociedad disuelta en derecho chileno	149
La Fundación ha adquirido válidamente el 90% de los derechos sobre la inversión	149
Naturaleza jurídica de la cesión efectuada en 1980 a favor de la Fundación española	150
La cesión de créditos en derecho chileno y su oponibilidad	150
Chile no ha objetado la cesión de derechos sobre CPP S.A. en favor de la Fundación española	152
La cesión es oponible a la parte de la demandada	153
Evicción de la regla denominada de la continuidad de la identidad del titular del derecho en cuestión por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 y el API España-Chile de 2 de octubre de 1991	157
Transmisión de los derechos al arbitraje y el Convenio CIADI	160

	Página
La evicción de la regla de la continuidad de la identidad del titular del derecho al arbitraje es posible en el Convenio de Washington	161
La jurisprudencia del CIADI	162
La cesión del derecho en que se funda la reclamación internacional	164
Derecho procesal	165
La jurisprudencia del CIADI	165
IX. <u>OTRAS PREGUNTAS DEL TRIBUNAL</u>	169
IX.1 Respuesta a las observaciones del Tribunal de 8 de mayo de 2002, punto 64	
IX.2 Nacimiento del diferendo. No retroactividad del API. Respuesta a las preguntas del Tribunal de 8 de mayo de 2002, puntos 123 y 124	169
IX.3 Elección de un foro: Respuesta a las preguntas del Tribunal de 8 de mayo de 2002, puntos 71 y 124	174
Conclusión	178

OBSERVACIONES PRELIMINARES

LOS HECHOS QUE HAN GENERADO EL DIFERENDO

han sido

- a) la decisión del Gobierno de Chile, de 20 de noviembre de 1995¹, de no aceptar la petición que el día 6 de noviembre anterior² el Sr. Pey Casado (con el acuerdo de la Fundación española) dirigiera al Sr. Presidente de Chile, D. Eduardo Frei, solicitando la restitución de la totalidad de los bienes confiscados a CPP S.A. por Decreto Supremo del Ministerio del Interior N° 165, de 10 de febrero de 1975³.

- b) **A este hecho de 20 de noviembre de 1995 hay que agregar una decisión del Gobierno de Chile sobrevenida dos años y medio después del inicio del procedimiento arbitral**, cual es la “Decisión N° 43” del Ministerio de Bienes Nacionales, de 28 de abril de 2000, de desposeer al Sr. Pey y a la Fundación española de sus derechos sobre CPP S.A.⁴

I

LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

En el curso del procedimiento, las demandantes han presentado los documentos y los argumentos en los que fundamentan la competencia del CIADI en el presente caso y, en consecuencia, la del Tribunal de Arbitraje. Agregaremos a aquellos los argumentos complementarios que siguen, teniendo presente sobre todo la jurisprudencia de los Tribunales del CIADI después de que fuera depositada la **Solicitud** del 7 de noviembre de 1997.

La competencia del Tribunal y la aceptabilidad de la Solicitud de arbitraje se contemplan en la fecha del consentimiento al arbitraje y del

¹ Comunicación de la Ministro de Bienes Nacionales de 20 de noviembre de 1995, Doc N° 23 anexo a la **Solicitud de arbitraje** de 7.11.1997.

² Doc N° 22 anexo a la **Solicitud**.

³ Doc N° 1 anexo a la **Memoria** de 17 marzo 1999

⁴ La “Decisión N° 43” del Ministerio de Bienes Nacionales, de 28 abril 2000 ha sido aportada por la demandada después de la audiencia de 5 de mayo de 2000, y solo en español. Las demandantes aportaron la traducción en 11 de mayo de 2000.

registro de la **Solicitud**, es decir el 6 de octubre de 1997⁵ y el 20 de abril de 1998, respectivamente, en los términos que disponen en el art. 25 del Convenio de Washington y los principios recordados por el Tribunal Internacional de Justicia⁶.

En el caso presente no se plantea un contrato de Estado y tampoco ninguno de los problemas que dimanen de semejantes contratos. Por consiguiente, el Tribunal no necesita preguntarse acerca de la presencia de un contrato de Estado convenido con un inversor que habría solicitado voluntariamente beneficiarse de los privilegios facultativos otorgados por normas internas de Chile sobre inversiones en capitales extranjeros⁷.

En el asunto **AMCO ASIA c. Indonesia** (1984)⁸ el Tribunal había estimado que la solicitud de autorización de inversión, seguida de la concesión de una tal autorización, se analizaba en una relación *sui generis* comparable a un contrato. Pero en el presente caso ni las demandantes ni la demandada han sostenido que, más allá de los actos unilaterales en disputa, se perfilara una situación contractual.

El consentimiento de la República de Chile reposa, por consiguiente, no en un contrato de inversión sino en su recurso a los términos de un tratado de inversiones de alcance general⁹ convenido con el Reino de España, Estado nacional del Sr. Pey y de la Fundación Presidente Allende.

La redacción de los artículos N° 5 y 3 del API España-Chile demuestra que el diferendo sometido a la consideración del Tribunal es de los que el Convenio de Washington y el API definen en relación directa con una inversión y que las partes han consentido por escrito en someter al Centro:

⁵ La fecha del último consentimiento al arbitraje, el de la Fundación española, es la de 6 de octubre de 1997 (Doc N° 2 anexo a la **Solicitud** de arbitraje). Esta lleva fecha de 6 de noviembre de 1997, pero fue depositada en el Centro el día siguiente.

⁶ Cf. p.ex. la Sentencia de 27 de febrero de 1998 en el caso « *Questions d'interprétation y d'application de la Convenio de Montréal de 1971 résultat de l'incident de Lockerbie* », **Jamahirya arabe lybienne c. Etats-Unis d'Amérique**, paras. 37 y 42.

⁷ Ver la Sección II(II) de nuestra nota de vista de 29 de octubre de 2001.

⁸ International Legal Materials, vol. XXIV, 1985, p. 1030, para. 189

⁹ Entre los casos del CIADI que tienen un API como fundamento de la competencia del Tribunal se pueden citar **APPL v. Republic of Sri Lanka** (1990, CIADI, ARB/87/3, ICSID *Review – Foreign Inv. Law Rev.*, vol. VI, 1991, p. 514.; **AMT v. Republic of Zaïre** (1997, CIADI ARB/93/1, International Legal Materials, vol 36, 1997; **Antoine Goetz c. République du Burundi** (ICSID Case N° ARB/95/3, Decisión de 10 de febrero 1999, ICSID *Rev.*, F.I.L.J., 2000, vol. 15, N°2.), del que hemos hecho algunas citas.

« Artículo 5. Nacionalización y expropiación.

“La nacionalización, expropiación o cualquiera otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de la otra Parte en su territorio, deberá realizarse exclusivamente por causa de utilidad pública o interés nacional, conforme a las disposiciones constitucionales y legales y en ningún caso será discriminatoria. La Parte que adoptare estas medidas pagará al inversionista, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda de libre convertibilidad.”

“Artículo 3. Protección

“1. Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas 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.”

La parte demandante está formada por una persona natural y por una persona jurídica, ambas de nacionalidad española exclusiva en las fechas que el art. 25 del Convenio de Washington establece para determinar la competencia, es decir en la fecha del consentimiento al arbitraje (el 6 de octubre de 1997, última de las fechas en las que las demandantes han consentido al arbitraje) y en la del registro de la Solicitud (el 20 de abril de 1998).

Al consentir el presente arbitraje las demandantes han ejercitado la opción establecida en el art. 10.2 del API en cuanto a la vía a seguir para su reclamación.

II

El inversor Sr. Pey es víctima de una violación de sus derechos humanos

II.1

El caso presente se refiere a un diferendo de naturaleza jurídica en relación directa con una inversión de capitales extranjeros efectuada en 1972 por don Víctor Pey Casado en la principal empresa periodística de Chile, el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (CPP S.A.), después que el Presidente de la República de Chile rehusara el acuerdo amistoso propuesto el 6 de noviembre de 1995, y también los ofrecimientos que a este han seguido¹⁰.

Además de la confiscación de la inversión. Pey, concurre la violación radical de los derechos humanos infligida a don Víctor Pey. Es una entre las miles de víctimas de una acción global, planificada y sistemáticamente aplicada por el régimen de Pinochet, dirigida al exterminio físico de un sector significativo del grupo nacional chileno y de algunos extranjeros.

A partir del 11 de septiembre de 1973, el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad privada fue negada a las personas consideradas por los servicios de la Dictadura como pertenecientes a ese sector de la nación chilena. Ahora bien, el Sr. Pey resultaba ser el propietario del principal medio de comunicación del país. La privación de todos los derechos del inversor español a partir de esa fecha debe ser contemplada en el contexto de una política de exterminio, por razones políticas e ideológicas, aplicada en particular al liderazgo en septiembre de 1973 favorable a la forma representativa de Gobierno.

La confiscación de los bienes del Sr. Pey¹¹ tuvo lugar a partir del desarrollo del Decreto Ley N° 77, de 1973, sobre disolución de los partidos políticos favorables a una forma representativa de Gobierno¹², y del Decreto Supremo N° 165, de 1974, sobre disolución de CPP S.A., cuyos bienes fueron confiscados en el contexto de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos a las que se refieren los Informes

¹⁰ Docs. N° 22, 23, 11 y 12 anexos a la **Solicitud de arbitraje** du 7.11.1997.

¹¹ Ver el Decreto Supremo N° 1200, de 25 noviembre 1977, Doc N° 20 anexo a la **Solicitud de arbitraje** de 7.11.1997.

¹² Doc N° 19 anexo a la **Memoria** de 17.03.1999. Los partidos políticos disueltos formaban parte del Gobierno democrático du Chile. Habían obtenido el 44% de votos en las elecciones parlamentarias del 4 de marzo de 1973.

de las comisiones de investigación de las Naciones Unidas y diecinueve condenas sucesivas al Gobierno de Chile por la Asamblea General de la ONU¹³.

La destrucción de un grupo por razón de sus convicciones políticas o ideológicas es un crimen contra la Humanidad¹⁴. Estos principios forman parte del Derecho Internacional consuetudinario desde la aprobación por la Asamblea General de las NN.UU., el 11 de noviembre de 1946, de los “*Principios del Estatuto y de la Sentencia del Tribunal de Nuremberg*”¹⁵. Han sido confirmados en el art. 21 del proyecto de Código de crímenes contra la seguridad de la Humanidad, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de NN.UU.; en el art. 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; en el Tratado de Roma de 17 de julio de 1998, que ha creado el Tribunal Penal Permanente Internacional¹⁶. Incriminan todas “*las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos*”. Así, el Tratado de Roma de 17 de julio de 1998 define el crimen contra la Humanidad en los términos siguientes:

“Art. 6.2 g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

« Art. 6.1(h) : Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

II.2

La naturaleza de la política practicada por las Autoridades de Chile después del 11 de septiembre de 1973 está descrita en el Auto de procesamiento del general Augusto Pinochet por el Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional de España, el 10 de diciembre de 1998, acusado de crímenes de genocidio, terrorismo y torturas

¹³ Ver Docs. C1 y C2.

¹⁴ Art 6.c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg; art. 5.c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio; art. 2.1. c) de la Ley No. 10 promulgada por el Consejo de Control aliado en Alemania en 1945.

¹⁵ Resoluciones de la Asamblea General 3(I), de 13 febrero 1946, y 95(I) de 11 diciembre 1946. Ver Nuremberg. U.S. Mil. Trib., 4 Dec. 1947, Justice Trial, A.D., 1947, 282.

¹⁶ U.N. Doc. A/CONF.183/9.

masivas¹⁷. En aquel hay constancia del hecho de que la desposesión de la propiedad formaba parte de los instrumentos utilizados para destruir al grupo nacional afectado. Todos los Decretos confiscatorios de los bienes del Sr. Pey llevan la firma de Augusto Pinochet¹⁸.

El carácter sistemático y generalizado, la motivación política, la voluntad de destruir al grupo nacional chileno, en particular al liderazgo favorable a la forma representativa de Gobierno con el cual era identificado el Sr. Pey, el hecho de desear el Régimen *de facto* privarle de su derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad de sus bienes por ser visto como perteneciente a aquel grupo nacional, hacen del presente un caso, también, de violación de los derechos humanos de un inversor de capitales internacionales. En particular de los derechos¹⁹

- a la vida,
- a la libertad,
- a la propiedad,
- a no ser objeto de discriminación por razones políticas,
- a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad y el derecho a cambiarla,
- al honor.

El Sr. Pey ha podido preservar su vida y su libertad solamente por azar y, después, gracias a la protección de Venezuela. El 8 de octubre de 1975 el Ministerio de Defensa Nacional informaba al Juez de Santiago que

*« el Departamento de Policía Internacional, Sección Control de Fronteras, informaron que VICTOR PEY CASADO abandonó el país con fecha 9 de diciembre de 1974 (sic), después de haberse asilado en la Embajada de Venezuela, dirigiéndose por vía aérea a esa misma Republica ».*²⁰

La demandada ha pretendido que el Sr. Pey no se encontraba en Chile desde el 27 de agosto de 1973, intentando así ocultar la privación completa de los beneficios del Convenio de doble nacionalidad de que

¹⁷ Doc C141. El Convenio para la represión del Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, ha sido ratificado por Chile el 1º de septiembre de 1953, y promulgado en España el 8 de febrero de 1969.

¹⁸ Docs. N° 20 anexo a la **Solicitud de arbitraje** de 7.11.1997; N° 1, 2, 3, 19, 20 y 21 anexos a la **Memoria** de 17 marzo 1999; Decreto « Exento » du 21.X.1974 aquí anexo C136

¹⁹ Derechos protegidos en los arts. 3, 17, 2 y 15 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 ; en los arts. 6.1, 9.1, 26 y 17 del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, ratificado por Chile el 10 de mayo de 1972, y promulgado en España el 30 de abril de 1977 ; y también en el Convenio Americano de Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969 (Decreto N° 853, de 5.01.1991), arts. 4.1, 7.1, 21, 24, 20 y 11.

²⁰ Declaración del Ministerio de Defensa Nacional de 8 de octubre de 1975, doc. C137.

fue objeto por parte del Régimen *de facto*²¹. La presencia del Sr. Pey en Chile durante el Golpe de Estado, demostrada en numerosos documentos, está acreditada también en la declaración judicial prestada bajo juramento por don Osvaldo Sainte-Marie, gerente del Diario CLARIN²².

Las propiedades del Sr. Pey, de las cuales sólo la inversión de 1972 en CPP S.A. entra en el consentimiento al presente procedimiento de arbitraje, han sido objeto de discriminaciones graves e ininterrumpidas por parte de todos los Gobiernos que se han sucedido desde el 11 de septiembre de 1973 hasta nuestros días. Aquellos se han opuesto, bajo diferentes pretextos, a que sean dejados sin efecto los Decretos confiscatorios de los bienes del Sr. Pey. Tan solo el 14 de mayo de 2002 la Corte Suprema de Chile, al pronunciarse respecto de bienes distintos de los de CPP S.A., ha rechazado los argumentos del actual Gobierno chileno²³ tendentes a perpetuar los Decretos represivos y ha declarado nulos y sin efecto todos los que confiscaron los derechos y acciones del Sr. Pey.

La Convención Americana de Derechos del Hombre, de 22 de noviembre de 1969, vigente en Chile desde el 5 de enero de 1991, dispone que

« Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social, y en los casos y según las formas establecidas por ley. »

El Derecho Internacional considera la confiscación de la propiedad privada, tanto la de personas físicas como la de empresas, una violación de los derechos humanos²⁴.

II.3

El inversor, Sr. Pey, y por consiguiente la Fundación, ha sido objeto de discriminaciones graves por parte de las Autoridades de Chile desde el 11 de septiembre de 1973, y continúa siéndolo hoy. Aquellas son las siguientes

²¹ Doc N° 9 de la Réplica de Chile de 27 de diciembre de 1999. Ha sido objetada por tergiversar los hechos.

²² Doc. C113. Ver también los docs. C13 y C50.

²³ Ver los argumentos del Fisco en Sentencia de Corte Suprema de 14 de mayo de 2002, Doc aquí anexo C138. Le Fisco estaba representado por el Consejo de Defensa del Estado.

²⁴ Ver las Sentencias de la Corte Europea de Derechos del Hombre en los casos S.A. Dangerville c. France, de 16/4/2002; ELIA S.r.l. c. Italie, de 2 agosto 2001; Titiana Loizidov c. Turquie, de 16 de diciembre 1996.

- a) lo han privado de todos los bienes de CPP S.A. y EPC Ltda., por razones políticas, después del 11 de septiembre de 1973²⁵;
- b) le han desconocido arbitrariamente los beneficios del Convenio de doble nacionalidad después del 11 de septiembre de 1973, y lo redujeron a una situación de apatridia *de facto*²⁶;
- c) le han negado el derecho de renunciar en 1996 a los beneficios del Convenio de Doble Nacionalidad²⁷;
- d) han intentado imponerle la nacionalidad chilena después que el 4 de agosto de 1998 el Registro Civil hubiera inscrito en su ficha índice que era “extranjero”²⁸;
- e) han atentado contra su integridad moral y contra su honor al presentarlo públicamente, desde 1974, como “testaferro” de Partidos Políticos o del Presidente Allende, al adquirir en 1972 CPP S.A.²⁹ por la suma de 1.280.000 US\$;
- f) desde el 28 de abril de 2000 han atentado contra su integridad moral y su honor presentándolo en los medios de comunicación como un “impostor” que, conjuntamente con la Fundación española pretendería “fraudulentamente” tener derechos sobre CPP S.A., al tiempo que la Administración chilena proclamaba, por su lado, que los propietarios de CPP S.A. serían terceras personas³⁰.

²⁵ Decretos N° 276, de 1974 ; N° 165, de 1975 ; N° 580, de 1974, N° 1200, de 1977, Docs. N° C136, N° 1 anexo a la **Memoria** de 17.03.1999, N° 20 anexo a la **Solicitud de arbitraje**, respectivamente.

²⁶ Ver los Docs. C15, C14 y la Declaración del Sr. Pey en la audiencia de 29 de octubre de 2001.

²⁷ Ver el Doc N° 14 anexo a la Memoria de incompetencia ; los puntos de la misma: 1.1.2.3; 1.1.2.4; 1.1.2.5; 1.1.2.6; 1.1.2.7; 1.1.2.8; 1.1.4; 1.1.4.3 ; 1.2.3.11; 1.2.3.12; 1.2.3.13; 1.2.3.14; 1.2.3.15; 1.2.3.16; 1.2.4 ; 1.2.7.1; 1.2.7.2; los puntos de la **Réplica** 1.1.6; 1.1.12; 1.2.1 ; la transcripción de las intervenciones de Chile en las audiencias de 3 y 5 de mayo de 2000 y 29-30 de octubre de 2002.

²⁸ Ver las comunicaciones que el Sr. Banderas, entonces delegado de Chile en el procedimiento arbitral, envió a la Directora del Registro Civil para modificar la inscripción en la tarjeta índice del Sr. Pey donde figura como « extranjero ». Ha sido aportada en español después del cierre del procedimiento el 5 de mayo de 2000, y en francés, a petición del Tribunal, el 29 de noviembre de 2001, mas en tal forma desfigurada e incompleta que hemos debido completar la traducción y comunicarla al Tribunal el 3 de diciembre de 2001.

²⁹ Ver Docs. C8 y C81 a C87.

³⁰ Ver la transcripción de las intervenciones de Chile en las audiencias de 3 y 5 de mayo de 2000, las declaraciones engañosas e injuriosas del director de la delegación de Chile en este procedimiento al diario español El País, el 23 de junio de 1999 (Doc C177), las declaraciones de los Ministros del Gobierno chileno a los medios de comunicación el 14 de mayo de 2002, Doc C172, entre muchos otros..

III

LA REALIDAD DE LA INVERSIÓN

La definición de inversión a la que han **consentido** las partes es la del art. N° 1.2 del API España-Chile³¹, que incluye la adquisición de acciones de una Sociedad, como es el caso que nos ocupa.

La inversión fue hecha de buena fe y en conformidad con las leyes y reglas del Estado anfitrión. Entre el vendedor Sr. Sainte Marie, y el comprador existían lazos de amistad, como el Sr. Pey ha explicado ante el Tribunal de arbitraje durante su comparecencia de 30 de octubre de 2001, fundada en las relaciones de confianza mutua e intimidad que testimonian las cartas que el primero dirigía al inversor español (ver anexos C156 a C159).

Esta confianza, y el hecho de que el Sr. Pey asegurara la continuidad de la línea editorial del Diario, explican que el fundador y director de este gran Periódico hubiera rechazado en 1972 ofertas de compra más ventajosas. Como el Sr. Pey ha explicado ante el Tribunal de arbitraje el 29 de octubre de 2001:

“(...) la certeza de que en mis manos el diario mantendría su independencia, dentro de principios claramente democráticos y progresistas, explica el por qué el Sr. Darío Sainte-Marie optó por venderme a mí sus empresas periodísticas sin aceptar ofertas notoriamente más elevadas a la mía. El Sr. Darío Sainte-Marie mantenía una escala de valores que no dependía exclusivamente del lucro.”

Esto se encuentra corroborado por el comentario que hiciera D. Osvaldo Sainte Marie ante el Juzgado del 8° Juzgado del Crimen de Santiago, el 8 de octubre de 1975, quien al conocer el precio de venta del diario declaró:

“con respecto a la suma o sumas que se dan como pagadas, me parecen exiguas frente al verdadero valor de un diario cuyos bienes y primera circulación en el País, hacía que valiera mucho, pero mucho más (...)”³²

Que el Sr. Pey compró las acciones de CPP S.A. en su propio nombre y derecho, que no tenía compromisos respecto de eventuales

³¹ Art. 1.2. « 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 (...) ».

³² Doc C113, página 4.

terceras personas, está demostrado en los términos que fue convenido el contrato en Estoril el 13 de mayo de 1972, modificado el 3 de octubre siguiente:

«Declaro que con esta fecha he recibido de Vd. 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 (...)

*« Si no se cumplieran algunas de las condiciones anteriores me comprometo a restituir a Vd. 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 (...) ».*³³

Los hechos que prueban la existencia de la inversión son los siguientes:

- 1) En desarrollo de negociaciones iniciadas a comienzos de 1972 basadas en una profunda confianza mutua, **el 29 de marzo de 1972** el Sr. Pey pagó **500.000 US\$**, mediante una transferencia desde el Manufacturers Trust Co. de Londres, a la orden de la cuenta bancaria del Sr. Sainte Marie en Madrid (España), que fue abonada con fecha valor **4 de abril de 1972** .

Este primer pago tuvo lugar en el marco del acuerdo de venta del diario CLARÍN negociado entre enero y octubre de 1972. Los términos definitivos, el precio final de venta, su pago total, fueron convenidos en actos que se sucedieron entre enero y el 3 de octubre de 1972.

La prueba de este primer pago de 500.000 US figura en el documento N° 21 anexo a la **Solicitud**. La prueba del reconocimiento de este pago figura en el contrato manuscrito firmado en Estoril (Portugal) el 13 de mayo de 1972³⁴, cuyo primer párrafo reza:

*« A. Se depositarán a D.S.M. US\$ 250.000 en igual lugar y forma al depósito anterior de **US\$ 500.000** (...). »*

En contrapartida a este primer pago

³³ Doc C66.

³⁴ Doc C65.

- a) el **30 de marzo** de 1972 el Sr. Pey fue nombrado Presidente del Consejo de Administración de CPP S.A. y tomó el control efectivo de las empresas³⁵;
- b) el **30 de marzo** de 1972 la Asamblea General de Accionistas de CPP S.A. aprobó una modificación de los Estatutos destinada a asegurar el control efectivo de la empresa a quien tuviera en su posesión los traspasos de las acciones debidamente firmados. Esta modificación fue formalizada el 2 de octubre siguiente, en la víspera del pago de la totalidad del precio de las 40.000 acciones en Ginebra³⁶, como explicamos a continuación (letra g).
- c) El **6 de abril** de 1972 el vendedor dejó a la libre disposición del Sr. Pey el 50% de sus participaciones en la Empresa Periodística Clarín (EPC Ltda.)³⁷.

Simultáneamente, el Sr. Sainte Marie entregó en mano al Sr. Pey 25.200 de las 40.000 acciones de CPP S.A., con sus traspasos firmados en blanco. Estas acciones estaban registradas a nombre de Darío, Osvaldo y Pablo Sainte Marie, Juan Kaiser y Juana Labbé³⁸, y fueron entregadas al Sr. Pey a los fines dispuestos en el art. 139 del Código de Comercio de Chile:

« No hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo ; pero si la cosa vendida fuera entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio corriente que tenga en el día y lugar en que se hubiere celebrado el contrato. »

El día siguiente el Sr. Sainte Marie viajaba a España y fijaba su residencia en Madrid, con voluntad de establecerse.³⁹ Allí murió el 16 de febrero de 1982.

En otras palabras, el 6 de abril 1972 el Sr. Pey obtuvo el dominio sobre el 50% de EPC Ltda. y, por consiguiente, sobre el Diario CLARÍN. En uso del Poder conferido ese día (doc. C64), el Sr. Pey

³⁵ La prueba consta en los Docs. C41 a C43 y en la Declaración judicial de D. Osvaldo Sainte-Marie, Doc C113.

³⁶ Doc C110.

³⁷ La prueba de este hecho figura en el Poder que el Sr. Sainte Marie firmó ante Notario el 6 de abril de 1972, en Santiago, Doc C64.

³⁸ La prueba de este hecho se encuentra en los Docs. C109, C113, C43 (página 2).

³⁹ Ver la Declaración judicial del hermano del Sr. Sainte-Marie (C113), los Docs. C13, C71, C72, C9, C43 y el aquí anexo C191 (Declaración del Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, de 11.XII.1975, página 5 recto), donde pide al Juez que solicite a España su extradición, lo que el Juez de Santiago desestima.

transfirió la mayor parte de derechos sociales del Sr. Sainte-Marie en EPC Ltda. (50%) a la empresa que estaba comprando –CPP S.A.-.

- d) el **13 de mayo** de 1972, en Estoril (Portugal), el Sr. Pey convino en 1.280.000 US\$ el precio final de la compra de la totalidad de las 40.000 acciones de CPP S.A.⁴⁰

Las autoridades de Chile han reconocido que requisaron en la oficina del Sr. Pey un original del contrato convenido en Estoril.⁴¹

- e) El contrato de compra no se perfeccionó hasta el 3 de octubre de 1972, fecha del pago final, y mientras tanto las dos partes conservaban el derecho de desligarse de sus obligaciones. En virtud de lo dispuesto en los arts. 1489 y 1826 del Código Civil de Chile⁴², el vendedor podía exigir recuperar sus acciones y el comprador sus 500.000 US\$. En estas condiciones, no era posible para el Sr. Pey aceptar que sus acciones pasaran a posesión de terceros que todavía no las habían comprado ni pagado.
- f) el **23 de septiembre** de 1972 el Sr. Sainte Marie firmó ante un Notario de Zurich (Suiza), un segundo Poder a favor del Sr. Pey, que confería a este último la libre disposición de la marca “CLARÍN” y las últimas acciones que el Sr. Sainte Marie poseía en EPC Ltda. (4.5%)⁴³.

En ejercicio de dicho Poder, en fecha 27 de noviembre de 1972 el Sr. Pey transfirió esa 4.5% de participaciones de EPC Ltda. a CPP S.A. (con excepción de una acción de EPC Ltda., que vendió al Sr. Carrasco)⁴⁴.

A partir, por consiguiente, del 27 de noviembre de 1972 CPP S.A. se convirtió en titular del 99% de las acciones de EPC Ltda., el Sr. Pey era el propietario del 100% de las acciones de CPP S.A. y mantenía en su

⁴⁰ La prueba figura en los Docs. C65, C8, C113.

⁴¹ La prueba figura en los Docs. N° C8 y C 41 a C43.

⁴² El artículo 1489 del Código Civil de Chile otorga acción resolutoria cuando uno de los contratantes no ha cumplido su obligación. El artículo 1826 del mismo texto, ubicado en la compraventa, expresa que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o en la época prefijada y, agrega en su inciso segundo, que si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistirse de él, en ambos casos con derecho a ser indemnizado por los perjuicios según las reglas generales. Ver la Sentencia de la Corte Suprema de 27 de enero de 1993, Doc aquí anexo C167.

⁴³ La prueba de este Poder figura en el Doc C80.

⁴⁴ La prueba de ello figura en el Doc C68

poder la totalidad de las 40.000 acciones de esta Sociedad, con sus traspasos firmados en blanco.

- g) El acuerdo convenido en Estoril el 13 de mayo de 1972 fue completado en Ginebra el 2 de octubre de 1972⁴⁵. Algunas horas después, en Santiago de Chile, 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 (doc. C110).
- h) Al día siguiente, 3 de octubre de 1972, el Sr. Pey Casado entregaba al Sr. Sainte Marie la totalidad del precio final convenido en Estoril. Una suma de 780.000 US\$ era pagada a este último en Ginebra.

Los medios de pago de la inversión han sido:

- Una orden de pago por 500.000 US\$ contra la cuenta corriente del Sr. Pey y a la orden del Sr. Sainte Marie⁴⁶,
- Una segunda orden de pago contra la cuenta corriente del Sr. Pey, por 250.000 US\$, a favor de la cuenta del Sr. Sainte Marie en el Citibank de Ginebra⁴⁷,
- 10.000 US\$ adicionales fueron entregados en mano al vendedor en Ginebra el 3 de octubre de 1972, en forma de una orden de pago contra la misma cuenta bancaria del Sr. Pey⁴⁸. Ello ha sido reconocido por Jaime Figueroa, Director del Servicio de Impuestos Internos, en su declaración ante el 8º Juzgado del Crimen el 19 de marzo de 1976⁴⁹:

« Que vengo en acompañar, en parte de prueba, los siguientes documentos originales, cuyas copias ya habían sido oportunamente agregadas legalmente a los autos ::

(...)

*« 5º.- 4 comprobantes de remesas sacadas de la cuenta corriente n° 11235 de Víctor Pey; la una por US\$ 500.000.- para Darío Sainte Marie, la siguiente por US\$ 250.000.- para el mismo Darío Sainte Marie, y los dos últimos **giros**, en la misma cuenta, uno por **US\$***

⁴⁵ Ver el Doc C66.

⁴⁶ **Solicitud de arbitraje**, Doc N° 21, y Doc C67

⁴⁷ **Solicitud de arbitraje**, Doc N° 21, y Doc C67

⁴⁸ La prueba de ese pago figura en el anexo 21 a la **Solicitud**, y en el Doc aquí anexo C161. La prueba de la titularidad de la cuenta en el Bank Für Handel und Effekten" de Zürich figura en el doc. N° 4 anexo a la **Memoria** de 17 marzo 1999.

⁴⁹ Ver doc. C41.

10.000.- sin destinatario y el otro por US\$ 20.000.- a Michael Bongrad⁵⁰, sujeto cuya vinculación con los hechos no se ha establecido, pero que en todo caso, esa remesa forma parte de los pagos efectuados en Octubre de 1972 (...)».

- El resto, es decir **20.000 US\$**, fue entregado por el Sr. Pey al Sr. Sainte Marie en el mismo acto, bajo forma de una letra de cambio por igual monto y fecha de vencimiento de 11 de septiembre de 1973.⁵¹

El Sr. Pey recibió a cambio las últimas 14.800 acciones de CPP S.A. y los correspondientes traspasos firmados en blanco. 12.000 de esas 14.800 acciones, en las que figuraba como titular el Sr. Sainte-Marie, están unidas como documento anexo N° 6 a la **Memoria**, de 17 de marzo de 1999, junto con el traspaso firmado en blanco correspondiente.

El total de los pagos efectuados por el Sr. Pey entre el 29 de marzo y el 3 de octubre de 1972 es como sigue:

**500.000\$ + 500.000\$ + 250.000\$ + 20.000\$ + 10.000\$, total =
1.280.000US\$**

- i) Esos pagos, y las órdenes de pago del Sr. Pey al Sr. Sainte Marie, han sido reconocidos el 12 de agosto de 1976 por la Sra. Carmen Kaiser, la cónyuge de la que el Sr. Sainte Marie se había separado antes de establecerse en España, en el inventario de propiedades de este último llevado a cabo a petición de la Sra. Kaiser⁵²:

« Quinto.- La sociedad conyugal referida era dueña de los siguientes bienes, de que ahora son comuneros don Darío Sainte-Marie y Doña Carmen Kaiser Labbé.- (...) Dineros y otros valores, cuyo monto en modo alguno es inferior a setecientos mil pesos y que, de conformidad a antecedentes que obran en conocimiento de las partes a través de informaciones proporcionadas por el Consejo de Defensa del Estado, serían notoriamente mayores, correspondiendo a depósitos realizados a don Darío Sainte-Marie Soruco por el Banco Hispano Americano de España, en sus oficinas de Madrid, por Cifiko Bank A.G. de Geneve. »⁵³.

⁵⁰ El giro a favor del Sr. Bongrand de 20.000 US\$ no formaba parte de la compra de CPP S.A. al Sr. Sainte-Marie.

⁵¹ La prueba figura en el anexo 21 a la **Solicitud de arbitraje** y en los Docs. C66 y C41, página 2.

⁵² Doc C71.

⁵³ Ver docs. C9, C8, C41 a C43; Doc N° 21 *in fine* anexo a la **Solicitud**; Doc N° 6 anexo a la **Memoria** de 17 marzo 1998.

En efecto, en el documento N° 21 anexo a la **Solicitud** de arbitraje figura la transferencia bancaria de 29 de marzo de 1972, por 500.000US\$, ordenada por el Sr. Pey a favor de la cuenta del vendedor en el Banco Hispanoamericano de Madrid. El documento C67 prueba la orden de pago firmada por el Sr. Pey el 3 de octubre de 1972 en Ginebra, por US\$ 250.000, a favor de la cuenta del Sr. Sainte Marie en Cificio Bank A.G. de Ginebra.

- j) La totalidad de las 40.000 acciones de CPP S.A. aparece en los documentos N° 6 a 9 anexos a la **Memoria**, del 17 de marzo de 1999, en forma de copia legalizada con la apostille. Los títulos originales obran en poder del Sr. Pey y de la Fundación española.
- k) El capital social de CPP S.A. ha sido siempre de 40.000 acciones, no fue llevada a efecto la emisión de 1.040.000 acciones **liberadas**⁵⁴ aprobadas por el Directorio en diciembre de 1972⁵⁵.

El Oficio 1401, de 5 de abril de 1955, de la Superintendencia de SS. AA. definía como

*“**acción liberada** aquella que se reparte a los accionistas libre de todo pago y cuyo valor se cubre traspasando a capital las utilidades de la Sociedad, o los fondos formados con dichas utilidades, o con revalorizaciones de los bienes del Activo.”*

Y el Oficio 3519 de la misma Superintendencia, de 28 de agosto de 1956, disponía:

*“**Reparto de acciones liberadas**- En caso de aumentarse el Capital Social, mediante la emisión de acciones liberadas, éstas deberán repartirse en proporción a las acciones que posea cada accionista (...).”*

⁵⁴ La Superintendencia de SS.AA. definía las acciones liberadas así: *“Naturaleza de las acciones liberadas (a).- Las acciones liberadas no tienen en general el carácter de dividendo, ni para los efectos tributarios, ni para calcular la participación sobre ellos del Directorio, ni de ninguna otra persona. Las acciones liberadas reciben vulgarmente el nombre de crías.”* (Of. 3716, de 12 de septiembre 1953).

⁵⁵ La prueba figura en la Comunicación N° 01500, de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, de 5 de mayo de 1995, Doc N° C79. Este hecho ha sido manipulado en las solicitudes de ASINSA, González, Venegas y Carrasco ante el Ministro des Bienes Nacionales en 1999 (Docs. C59 (punto 2(b) y C60), y en 2000 en la respuesta del Vice-Ministro des Asuntos Extranjeros al Contralor» (Ver la respuesta de este último de 27.11.2000 unida a la Comunicación al Centro de 14.01.2001).

- l) Las autoridades de Chile han reconocido que después del 11 de septiembre de 1973 requisaron en la oficina del Sr. Pey los comprobantes de todas estas transferencias bancarias.⁵⁶

Todos estos documentos (las acciones, los traspasos firmados en blanco, los pagos) han sido presentados por las Autoridades de Chile ante el 8º Juzgado de Santiago en el procedimiento abierto en 1975. Ello está testimoniado en las declaraciones de los Inspectores de Impuestos ante el Juez chileno⁵⁷.

- m) Después del Golpe de Estado las nuevas Autoridades ordenaron al Superintendente de Sociedades Anónimas, el órgano competente para supervisar las actividades de estas últimas, « *comprobar el movimiento de transferencias de acciones de CPP S.A.* ». La inspección fue llevada a cabo el 28 y 29 de marzo y el 1º de abril de 1974. El Informe de los Inspectores constataba que⁵⁸

« 1º.- De lo estudiado y de la constancia que existe en Actas del Directorio aprobando los diferentes traspasos de acciones no se puede precisar la existencia de accionistas que hubieren estado actuando 'en representación de terceros'.

Los Inspectores no hallaron, pues, rastro de supuestos «testaferros».

*« En los traspasos de acciones en que aparece como vendedor don Darío Sainte- Marie (27.541-27.545) y como compradores don Ramón Carrasco y D. Jorge Venegas, respectivamente : se observa que ellos están sin fecha de venta, sin fecha de aceptación por parte del comprador y sin fecha de aceptación por parte de la sociedad ; no hay firmas de testigos y no se han aplicado las estampillas del impuesto correspondiente ».*⁵⁹

El Informe constata que las mismas circunstancias concurren en todos los restantes traspasos y, por supuesto, no cuestiona la validez en Derecho chileno de los traspasos de propiedad efectuados mediante formularios de traspaso firmados como los que obran en los anexos N° 6 a 9 de la **Memoria** de 17 de marzo de 1999. Como tampoco lo cuestionaba el **Memorándum** de 3

⁵⁶ Ver la prueba en los Docs. C8 –**Memorándum** público del Ministerio del Interior, de 3 de febrero de 1975- ; C 41 a C43 –declaraciones de los Inspectores de Impuestos ante el Juez chileno (Docs. C41 a C43 de la **Réplica** del 17.03.1999).

⁵⁷ Ver los Docs. C41 a C43.

⁵⁸ Doc. C180:Informe de los Inspectores de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, Daña. Carmen Venegas y D. Rubén Vidal, dirigida el 2 de abril de 1974 al Superintendente de Sociedades Anónimas. Este Informe ha sido aportado por la demandada el 15.08.2002.

⁵⁹ Subrayado en el original.

de febrero de 1975, del Ministerio del Interior, ni los Decretos confiscatorios que le siguieron.

3. "Se puede afirmar sí que todo el movimiento habido entre los accionistas ha sido coordinado de modo que presente la apariencia de corrección ».

Estos eran los hechos probados, y constatados por los expertos de la Superintendencia de SS. AA., antes de que fueran desnaturalizados por la campaña de propaganda montada por las Autoridades de Chile para acompañar la confiscación. Una campaña reactivada por las Autoridades actuales después de la interposición de la **Solicitud** de arbitraje de 7 de noviembre de 1997, como demostraremos en la exposición sobre el fondo.

- n) El Juez del 8° Juzgado del Crimen de Santiago ordenó el 29 de mayo de 1995 que los títulos de propiedad de CPP S.A. fueran devueltos al Sr. Pey. La prueba consta en el documento anexo N° 21 a la **Solicitud** de arbitraje.

Es indiscutible que el Sr. Pey, que tenía la libre disposición en Europa de los 1.280.000 US\$, en fecha 3 de octubre de 1972, ha efectuado su inversión en la principal empresa de prensa de Chile, que recibió la totalidad de los títulos de propiedad de esta sociedad (las 40.000 acciones más los traspasos firmados en blanco correspondientes), y que tomó el control efectivo y directo de las empresas, todo ello de acuerdo con los acuerdos explícitos y claros convenidos con el anterior propietario Sr. Sainte-Marie.

IV

NATURALEZA JURÍDICA DE LA INVERSIÓN

IV.1

Según el principio *locus regit actum*, las normas vigentes en Chile respecto de los actos realizados en Chile no se aplican a los actos realizados en el extranjero.

En derecho internacional privado chileno un acto realizado válidamente en el extranjero según las formas locales es igualmente válido en Chile.

Según el Código chileno de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante):

« CLASIFICACION DE LOS BIENES

« Art. 105.- Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación. »

« Art. 110.- A falta de toda otra regla y además para los casos no previstos en este Código, se entenderá que los bienes muebles de toda clase están situados en el domicilio de su propietario, o, en su defecto, en el del tenedor. »

« Art. 112. Se aplicará siempre la ley territorial para distinguir entre los bienes muebles e inmuebles, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

« Art. 113. A la propia ley territorial se sujetan las demás clasificaciones y calificaciones jurídicas de los bienes ».

DE LOS VARIOS MODOS DE ADQUIRIR

CAPÍTULO I

REGLA GENERAL

Art. 140: « Se aplica el derecho local a los modos de adquirir respecto de los cuales no haya en este Código disposiciones en contrario. »

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

Art. 164: « El concepto y clasificación de las obligaciones se sujetan a la ley territorial. »

Art. 165 « Las obligaciones derivadas de la ley se rigen por el derecho que las haya establecido. »

Art. 166 : « Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código. »

Art. 169: « La naturaleza y efectos de las diversas clases de obligaciones, así como su extinción, se rigen por la ley de la obligación de que se trata. »

Art. 170: « No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la ley local regula las condiciones del pago y la moneda en que debe hacerse. »

Art. 172 : « *La prueba de las obligaciones se sujeta, en cuanto a su admisión y eficacia, a la ley que rija la obligación misma. »*

La legislación aplicable a la inversión

El tribunal de arbitraje basa su legitimidad en el Convenio de Washington de 1965 --arts.41(2) y 42(1)-- y en el Tratado bilateral de Protección de Inversiones de 2 de octubre de 1991 (art. 10.4).

La legislación aplicable debe ser determinada en conformidad con el consentimiento de las partes (art. 10.4 del API de 2 de octubre de 1991):

“10.4 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.”

Sistema de “reenvío” en caso de conflicto negativo entre los textos: en Chile se encuentra establecido en el Código Bustamante. Está igualmente contemplado en el Convenio de la Haya de 1931 sobre los efectos de comercio, y en el Convenio de la Haya de 15.06.1955 para los casos de conflicto entre la ley nacional y la del domicilio.

IV.2

La interpretación del contrato convenido en Estoril el 13 de mayo de 1972

El Código Bustamante dispone:

Art. 184: « *La interpretación de los contratos debe efectuarse, como regla general, de acuerdo con la ley que los rija.*

Sin embargo, cuando esa ley se discuta y deba resultar de la voluntad tácita de las partes, se aplicará presuntamente la legislación que para ese caso se determina en los artículos 185 y 186, aunque eso lleve a aplicar al contrato una ley distinta como resultado de la interpretación de la voluntad. »

Art. 185. « *Fuera de las reglas ya establecidas y de las que en lo adelante se consignen para casos especiales, en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara. »*

Art. 186: « *En los demás contratos y para el caso previsto en el artículo anterior, se aplicará en primer término la ley personal común de los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración. »*

El Código Civil de Portugal dispone:

Art. 232° *Âmbito do acordo de vontades*

O contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo.

Art. 234° *Dispensa da declaração de aceitação*

Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta

Art. 236° *Sentido normal da declaração*

1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele.

2. Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida

Art. 238° *Negócios formais*

1. Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto do respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso.

2. Esse sentido pode, todavia, valer, se corresponder à vontade real das partes e as razões determinantes da forma do negócio se não opuserem a essa validade.

IV.3

El precedente del caso de **The Baar**

En el caso **The Baar** (1933) un armador chileno había contraído obligaciones pecuniarias respecto de un armador holandés tras una colisión en alta mar que, por este hecho, eran reguladas por la ley inglesa. La demandada había reconocido sus obligaciones. El Tribunal chileno ordenó el pago de una indemnización cuyo monto exacto debía ser determinado por un tribunal inglés. La demandada creyó haber satisfecho su obligación cuando, de acuerdo con la ley chilena, consignó ante el tribunal chileno el monto estimado provisional de la indemnización, en moneda local en virtud del control de cambios.

La Sentencia de primera instancia en Inglaterra consideró que, al tener que ser cumplida la obligación en Chile, debía serlo en conformidad con la ley chilena.

El fallo final y definitivo rechazó la apelación de la demandada. Así lo decidió el Juez Greer, por causa de la doctrina de los actos propios (estoppel), y el juez Maugham porque era

“incapaz de ver que la ley de Chile tenga nada que hacer en relación con el asunto planteado ante el Tribunal”.

F.A. Mann resumió este asunto en los términos siguientes:

« Greer’s reasoning appears to be the most convincing. (...) the decisive factor appears to be that, the collision having occurred on the high seas and the obligation therefore being governed by English law, the question whether and how the ensuing claim could be discharged was also governed by English law. »⁶⁰

IV.4

El contrato de compraventa de CPP S.A.

1.- El contrato de compra de CPP S.A. fue convenido en el curso de negociaciones que se sucedieron entre enero y octubre de 1972, como ya hemos expuesto.⁶¹

Los términos del contrato quedaron materializados en documentos firmados el 29 de marzo⁶² y el 6 de abril de 1972 en Santiago⁶³, el 13 de mayo de 1972 en Estoril (Portugal)⁶⁴ y el 2 de octubre de 1972 en Ginebra (Suiza)⁶⁵.

2.- En lo que se refiere al contrato convenido el 13 de mayo de 1972 en Estoril --después de que el vendedor hubiera fijado su residencia habitual en España-- el Código Civil Portugués dispone que la ley reguladora de las obligaciones será la que las partes hayan convenido (art. 41), y en la ausencia de determinación se aplica lo dispuesto en el art. 42:

“Art. 42º Critério supletivo

1. Na falta de determinação da lei competente, atende-se, nos negócios jurídicos unilaterais, à lei da residência habitual do declarante e, nos contratos, à lei da residência habitual comum das partes.

2. Na falta de residência comum, é aplicável, nos contratos gratuitos, a lei da residência habitual daquele que atribui o benefício e, nos restantes contratos, a lei do lugar da celebração.”

⁶⁰ MANN (F.A.): The Legal Aspect of Money. Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 333-335.

⁶¹ Ver la Declaración judicial del Sr. Sainte-Marie, Doc C113.

⁶² La prueba del primer pago por 500.000 US figura en los Docs. C65, C67 y N° 21 anexo à la

Solicitud.

⁶³ Docs. C64., C80, C113.

⁶⁴ Doc C65.

⁶⁵ Doc C66.

3.- El contrato convenido en Estoril fue completado de manera definitiva en Ginebra el 2 de octubre de 1972. El acuerdo final entre las partes fue ejecutado en aquella misma ciudad el 3 de octubre de 1972, el comprador pagando al vendedor el resto de la totalidad del precio estipulado en Estoril –1.280.000US\$- y el vendedor entregando al comprador el resto de la totalidad de los títulos sociales de CPP S.A. – 40.000 acciones, y sus correspondientes traspasos firmados en blanco.

Según la ley federal Suiza sobre el Derecho Internacional Privado:

“Art. 177. En defecto de elección de derecho[escogido por las partes]

¹En defecto de elección de derecho, el contrato será regido por el derecho del Estado con el cual presente vínculos más estrechos.

²Esos vínculos se considera que existen con el Estado en que tiene su residencia habitual la parte que debe realizar la prestación característica o, si el contrato es concluido en el ejercicio de una actividad profesional o comercial, su establecimiento.

³Por prestación característica, se entiende especialmente:

a. La prestación del vendedor en los contratos de venta (...).”

“Art. 125 (...) Modalidades de ejecución o de verificación [de un contrato]

Las modalidades de ejecución o de verificación se rigen por el derecho del Estado por el cual han sido efectivamente adoptadas”

El 2 y el 3 de octubre de 1972, el domicilio del vendedor Sr. Sainte Marie se encontraba en España⁶⁶.

4.- La moneda del contrato y del pago fue la divisa de los Estados Unidos de América, por medio de órdenes de pago cursadas por el Sr. Pey a través del Manufacturers Trust Co., de Londres y al Bank für Handel und Effekten, de Zurich.

Son éstos hechos a tener presentes en el momento de determinar la calidad de inversión extranjera.

⁶⁶ C. Civil suizo, art. 23: « El domicilio de una persona está en el lugar donde reside con el ánimo de establecerse en él. Nadie puede tener al mismo tiempo varios domicilios ». El art. 82 del Código Civil du Portugal dispone : “ Domicilio voluntário geral. 1. A pessoa tem domicílio no lugar da sua residência habitual; se residir alternadamente em diversos lugares, tem-se por domiciliada em qualquer deles. 2. Na falta de residência habitual, considera-se domiciliada no lugar da sua residência ocasional ou, se esta não puder ser determinada, no lugar onde se encontrar.”

IV.5

La capacidad de las partes para contratar

Se aplica la legislación personal de los intervinientes (art.15 del Código Civil de Chile).⁶⁷

I.1. El vendedor, D. Darío Sainte-Marie, nació en Bolivia, después se naturalizó chileno y en abril de 1972 fijó su residencia habitual en España, lugar donde vivió hasta su fallecimiento el 16 de febrero de 1982 (documento C72). La ley personal del vendedor es la de su nacionalidad, la chilena. En mayo y octubre de 1972 su estatuto personal era el de un ciudadano de nacionalidad chilena que tenía su residencia en España.

I.2 El comprador nació en Madrid (España), donde obtuvo el título de ingeniero por la Universidad de Barcelona (España) y fue responsable de industrias del Gobierno Autónomo de Cataluña entre 1936 y febrero de 1939. Inmigró a Chile en 1939. En 1972 era empresario con domicilio y residencia en Santiago de Chile, y se había acogido en 1958 a los beneficios del Convenio de doble nacionalidad entre España y Chile de 24 de mayo de 1958. La ley personal que le era aplicable en 1972 era la ley chilena --arts. 3 y 4 del Convenio bilateral de 24.05.1958); art. 5.3 de la Constitución de Chile⁶⁸; art. 56 del Código Civil chileno⁶⁹; art. 10-11 del Código Bustamante⁷⁰; art. 9 del Código Civil español⁷¹; art. 25 del Código Civil portugués⁷²; art. 22 del Código Civil suizo--.

⁶⁷ **Art. 15** del C.Civil chileno: “A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero. 1° En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Chile. 2° En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos.”

⁶⁸ Doc N° 24 anexo a la Solicitud de arbitraje.

⁶⁹ **Art. 56** del C. Civil chileno: “Son *chilenos* los que la Constitución del Estado declara tales. Los demás son *extranjeros*.”

⁷⁰ Código Bustamante: **Art. 10**: “A las cuestiones sobre nacionalidad de origen en que no esté interesado el Estado en que se debaten, se aplicará la ley de aquella de las nacionalidades discutida en que tenga su domicilio la persona de que se trate.” **Art. 11**: “A falta de ese domicilio se aplicarán al caso previsto en el artículo anterior los principios aceptados por la ley del juzgador.”

⁷¹ Código Civil español, **art. 9**: “1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.”

⁷² Código Civil du Portugal: “**Art. 25°** *Âmbito da lei pessoal. O estado dos indivíduos, a capacidade das pessoas, as relações de família e as sucessões por morte são regulados pela lei pessoal dos respectivos sujeitos, salvas as restrições estabelecidas na presente secção*”.

IV.6

La forma del contrato

El principio *locus regit actum* se aplica en el presente caso.

En este caso es de aplicación la libertad de forma, según el Código Civil chileno, art. 17⁷³; el Código Bustamante, art. 180⁷⁴; la ley Suiza de Derecho Internacional privado, art. 124⁷⁵; el art. 11 del Código suizo de Obligaciones⁷⁶; el Convenio de la Haya de 15 de abril de 1956, art. 3 *in fine*.

Art. 14 de la ley federal Suiza de Derecho Internacional Privado:

“II. Reenvío

¹ Cuando el derecho aplicable reenvía al derecho suizo o a otro derecho extranjero, el reenvío no será tomado en consideración sino en el caso que así lo prevea la presente ley”.

IV.7

El fondo del contrato

El art. 16.2 del Código Civil de Chile reenvía a las disposiciones de los contratos efectuados válidamente en un país extranjero⁷⁷.

El párrafo 3º del mismo artículo 16 dispone que los contratos celebrados en un país extranjero, para ser ejecutados en Chile, deben conformarse a las leyes chilenas.

⁷³ C. Civil de Chile, **art. 17**: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados (...).”

⁷⁴ Código Bustamante, **art. 180**.” Se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito.”

⁷⁵ “**Art. 124: Forma. 1.** El contrato es válido en cuanto a la forma si reúne las condiciones establecidas en la ley aplicable al contrato o por el derecho del lugar donde ha sido celebrado. »

⁷⁶ Código Suizo des Obligations, **art. 11**: “Forma de los contratos. 1. Regla general y alcance de las formas prescritas. La validez de los contratos no está subordinada a la observancia de una forma particular sino en virtud de una prescripción especial de la Ley.”

⁷⁷ Código Civil chileno: **Art. 16**: « Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas. »

Sin embargo, el art. 13 del Código de Comercio de Chile concede primacía a la disposiciones de las partes en lo que se refiere a los actos de ejecución de los contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en Chile. Las disposiciones del Código de Comercio relativas a las obligaciones y contratos prevalecen sobre las del Código Civil⁷⁸

El art. 164 del Código Bustamante dispone que

«El concepto y clasificación de las obligaciones se sujetan a la ley territorial»,

Y el artículo 169 que

«La naturaleza y efectos de las diversas clases de obligaciones, así como su extinción, se rigen por la ley de la obligación de que se trata».

El contrato hecho en Estoril el 13 de mayo de 1972 se rige, por el fondo y la forma, por la ley de Portugal. El Código Civil de Portugal dispone:

Art. 219° Liberdade de forma

A validade da declaração negocial não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei a exigir.

Art. 405° Liberdade contratual

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.

2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei

Art. 874° Noção

Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço

Art. 224° Eficácia da declaração negocial

1. A declaração negocial que tem um destinatário torna-se eficaz logo que chega ao seu poder ou é dele conhecida; as outras, logo que a vontade do declarante se manifesta na forma adequada

2. É também considerada eficaz a declaração que só por culpa do destinatário não foi por ele oportunamente recebida.

3. A declaração recebida pelo destinatário em condições de, sem culpa sua, não poder ser conhecida é ineficaz.

⁷⁸ Código de Comercio de Chile, **art. 96**: “Las prescripciones del Código civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que establece este Código.”

Art. 376° Força probatória

1. O documento particular cuja autoria seja reconhecida nos termos dos artigos antecedentes faz prova plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo da arguição e prova da falsidade do documento

2. Os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante; mas a declaração é indivisível, nos termos prescritos para a prova por confissão

3. Se o documento contiver notas marginais, palavras entrelinhadas, rasuras, emendas ou outros vícios externos, sem a devida ressalva, cabe ao julgador fixar livremente a medida em que esses vícios excluem ou reduzem a força probatória do documento

Art. 408° Contratos com eficácia real

1. A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as exceções previstas na lei.

Art. 885° Tempo e lugar do pagamento do preço

1. O preço deve ser pago no momento e no lugar da entrega da coisa vendida.

2. Mas, se por estipulação das partes ou por força dos usos o preço não tiver de ser pago no momento da entrega, o pagamento será efectuado no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento

Art. 1317° Momento da aquisição

O momento da aquisição do direito de propriedade é:

a) No caso de contrato, o designado nos artigos 408° (...)."

IV.8

La conclusión del contrato

La "traditio" de las acciones sociales se rige por la ley del lugar donde el contrato ha sido completado y ejecutado. El comprador ha efectuado el pago final y, a cambio, el vendedor le ha entregado el resto de la totalidad de las acciones sociales de CPP S.A. en Suiza. Se rige, pues, por la ley del Cantón de Ginebra.

El art. 100 de Ley federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado dispone respecto de los contratos:

"Muebles

a. Principio

¹ La adquisición y la pérdida de los derechos reales de los bienes muebles se rigen por el derecho del lugar de situación del mueble en el momento de los hechos sobre los cuales se funda la adquisición o la pérdida.

² *El contenido y el ejercicio de derechos reales sobre muebles se rigen por el derecho del lugar de situación del mueble”.*

El art. 187 del Código suizo de obligaciones:

“A. Objeto

1 La venta de un bien mueble es la de todas las cosas que no son bienes raíces o derechos inscritos como inmuebles en el registro de la propiedad (...)”

Ver en igual sentido los arts. 7⁷⁹, 10⁸⁰, 714, 919, 922, 930 del Código Civil suizo y el art. 74 del Código Suizo de las obligaciones⁸¹.

El tenor de aquellas normas coincide con las de los arts. 670⁸², y siguiente, del Código Civil chileno, con los párrafos 1º y 3º del art. 139, y siguiente, del Código de Comercio chileno⁸³, en particular los arts. 144⁸⁴ y 155⁸⁵ de este último.

⁷⁹ Código Civil suizo, **art. 7**: *“Las disposiciones generales del derecho de las obligaciones reativas a la conclusión, efectos y extinción de los contratos son también aplicables a las otras materias del derecho civil. »*

⁸⁰ Código Civil suizo, **art. 10**: *« La Ley cantonal no puede hacer depender de formalidades especiales la prueba de los derechos y obligaciones cuya validez no está subordinada a forma alguna en la legislación federal ».*

⁸¹ Código suizo de las obligaciones, **Art. 74**: *“Lugar de ejecución [del contrato]. 1 El lugar donde la obligación debe ser ejecutada se determina por la voluntad expresa o presunta de las partes.”*

⁸² Código Civil chileno, **art. 670**: *« La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.*

Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales. »

⁸³ Código chileno de Comercio: *» Del precio. Art. 139 : » No hay compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo ; pero si la cosa vendida fuere entregada, se presumirá que las partes han aceptado el precio corriente que tenga en el día y hora en que se hubiere celebrado el contrato.*

Habiendo diversidad de precios en el mismo día y lugar, el comprador deberá pagar el precio medio.

Esta regla es también aplicable al caso en que las partes se refieran al precio que tenga la cosa en un tiempo y lugar diversos del tiempo y lugar del contrato. »

⁸⁴ Código chileno de Comercio, *“De las obligaciones del vendedor y comprador. Art. 144: Perfeccionado el contrato, el vendedor debe entregar las cosas vendidas en el plazo y lugar convenidos.*

No estando señalado el plazo, el vendedor deberá tener las mercaderías vendidas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración del contrato.

A falta de designación del lugar para la entrega, se hará en el lugar donde existían las mercaderías al tiempo de perfeccionarse la compraventa.”

⁸⁵ Código chileno de Comercio, *“De las obligaciones del vendedor y comprador. Art. 144: Perfeccionado el contrato, el vendedor debe entregar las cosas vendidas en el plazo y lugar convenidos.*

No estando señalado el plazo, el vendedor deberá tener las mercaderías vendidas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración del contrato.

A falta de designación del lugar para la entrega, se hará en el lugar donde existían las mercaderías al tiempo de perfeccionarse la compraventa.”

Según el art. 714 del Código Civil suizo, la posesión de un bien mueble es necesaria para la transferencia de la propiedad mobiliaria. Aquel que, actuando de buena fe, está en posesión, a título de propietario, de un bien mueble, adquiere la propiedad. Le corresponde la propiedad desde el momento que está protegido por las reglas de la posesión.

El Código Civil suizo dispone:

Art. 919: *“Quien tiene el dominio efectivo de la cosa tiene su posesión”.*

Art. 922: *“La posesión se transfiere por la entrega al adquirente de la cosa misma o de los medios que la hacen transferir en potencia.*

La tradición está consumada desde el momento en que la cosa se encuentra, por la voluntad del poseedor anterior, bajo el dominio del adquirente”.

Art. 930: *“Se presume propietario al poseedor de una cosa mueble. Los poseedores anteriores se presume que han sido propietarios de la cosa durante el tiempo en que ha estado en su posesión”*

IV.9

La consumación del contrato

Según las legislaciones convergentes, se rige también por la ley del lugar donde ha sido pagado al vendedor el precio de las acciones de CPP S.A.

El lugar de pago de la inversión ha sido Madrid, en lo que se refiere a los 500.000 US\$ - el 4 de abril de 1972- y Ginebra en cuanto a 780.000 US\$ -el 3 de octubre de 1972.

La transferencia de 500.000 US\$ fue realizada a favor de la C/c. del vendedor en el Banco Hispano Americano de Madrid, con fecha valor 4 de abril de 1972⁸⁶.

En el contrato convenido en Estoril el 13 de mayo de 1972 se acordó el pago de una parte del precio, 250.000US\$ “ *en igual lugar y forma que el depósito anterior de US\$ 500.000*”⁸⁷. Ese lugar era la cuenta bancaria del vendedor en Madrid⁸⁸. Este acuerdo fue modificado en Ginebra el posterior 2 de octubre, y al día siguiente fue entregado al

⁸⁶ Doc N° 21 anexo a la **Solicitud** de 7 de noviembre 1997.

⁸⁷ Doc C65.

⁸⁸ Doc N° 21 anexo a la **Solicitud** de 7 de noviembre 1997.

vendedor la totalidad de los medios de pago del resto del precio convenido en Estoril.⁸⁹

El segundo pago de 250.000 US\$ fue hecho por medio de una orden de pago a favor de la C/c del vendedor en el Citibank, Ginebra, el 3 de octubre de 1972⁹⁰.

Es igualmente en Ginebra donde le fue entregado en mano al vendedor una letra de cambio por 20.000 US\$⁹¹ y una orden de pago por 10.000 US\$⁹².

El último pago, por 500.000 US\$, fue efectuado mediante una orden de pago entregada al vendedor en Ginebra⁹³.

El Director del Servicio de Impuestos Internos constataba en su querrela de 1º de septiembre de 1975⁹⁴:

“(...) el precio (...) pagado en dólares y en el extranjero, conforme con la pauta dada por Sainte Marie a Victor Pey mediante un documento llamado (...) “Protocolo de Estoril” –cuya fotocopia acompaño-. (...) La realización de este negocio consta, además, mediante fotocopia de los depósitos efectuados en el BANK FUR HANDEL UND EFFEKTEN, Postfach 337 Zürich, de Suiza, y ZIVNOSTENSKA BANKA N.C., Oficina de Londres, Inglaterra, a favor del mencionado Sainte Marie”.

Las fotocopias a las que se refiere el Director del Servicio de Impuestos Internos muestran, mas bien, que las transferencias a la orden del Sr. Sainte Marie fueron dirigidas a las cuentas bancarias de este último en Madrid y Ginebra.

Cuando el lugar del pago ha sido fijado por las partes, de modo expreso o implícito, ese es el lugar del pago (art. 113 del Código de Comercio chileno *in fine*, ya citado, y art. 180 del Código Bustamante⁹⁵).

En la ausencia de tal determinación, para el art. 74 del Código suizo de las Obligaciones es el lugar de residencia del acreedor en la

⁸⁹ Docs. C66, C67 y N° 21 anexos a la **Solicitud** del 7 noviembre 1997.

⁹⁰ Docs. C67 y N° 21 anexos a la **Solicitud** del 7 noviembre 1997.

⁹¹ La prueba figura en el anexo 21 a la **Solicitud** y en los Docs. C66 y C41, página 2.

⁹² Doc aquí anexo C161.

⁹³ Doc C67.

⁹⁴ Doc C42, página 6 del original español.

⁹⁵ Código Bustamante, “*De las obligaciones en general. Art. 180:* .” Se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito.”

fecha del contrato. El lugar de residencia del vendedor el 3 de octubre de 1972 era Madrid.

Para el Código Civil de Portugal:

*“Art. 885º Tempo e lugar do pagamento do preço
O preço deve ser pago no momento e no lugar da entrega da coisa vendida.
Mas, se por estipulação das partes ou por força dos usos o preço não tiver de ser pago no momento da entrega, o pagamento será efectuado no lugar do domicílio que o credor tiver ao tempo do cumprimento”.*

Para el Código suizo de las Obligaciones, art. 184:

*“A. Derechos de las partes: en general
1 La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida al comprador y a transferirle su propiedad, mediante un precio que el comprador se compromete a pagarle.
2 Salvo uso o convenio en sentido contrario, el vendedor y el comprador deben cumplir simultáneamente sus obligaciones.
3 El precio de venta está suficientemente determinado cuando, según las circunstancias concurrentes, puede estarlo”.*

IV.10

Régimen jurídico de la transmisión de las acciones sociales nominativas

Será igualmente tenido en cuenta, en lo que se refiere a la Ley del lugar de residencia del vendedor, que según el Derecho español vigente en 1972:

“en la transmisión de la acción social nominativa no es preciso que se observe forma o solemnidad determinada, siendo aplicable la regla general del art. 51 del C. de Comercio” .⁹⁶

Esta norma dispone:

“Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho Civil tenga establecidos. (...)”.

⁹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de España de 16 de octubre de 1896 y 4 de julio de 1927.

Según el régimen legal vigente en España, Portugal, Suiza⁹⁷ 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”

Para la ley española, la transmisión debía ser comunicada por escrito a la sociedad, sin que ello constituyera una obligación dada la ausencia de medidas punitivas en caso de incumplimiento. La anotación de la transmisión en el Libro-Registro de accionistas carecía, en efecto, de valor constitutivo. Esta inscripción no afectaba a la esencia del acto. Una vez notificado el traspaso era la sociedad quien tenía el deber de inscribirlo en el Libro.

IV.11

La moneda del contrato y del pago

En lo que se refiere a la moneda del pago empleada, los arts. 113 y 114 del Código de Comercio chileno en relación con la Ley de 10.09.1892 disponen “*el pago en monedas de Chile (...) a menos que los contratantes hayan decidido de otro modo.*”

La moneda del contrato y del pago ha sido la misma, dólares de EE.UU.

El comprador ha pagado al vendedor el precio de los títulos adquiridos con cargo a cuentas bancarias de las que disponía el primero en Europa.

Esta operación es calificada de inversión extranjera según la legislación española vigente en 1972, en la medida en que el modo de pago fueron divisas de EE.UU. a partir de un patrimonio que era considerado “no residente” en España (es decir un depósito bancario en un país extranjero).

⁹⁷ Código suizo de las Obligaciones, art. 6841.

El medio de prueba del “aporte monetario exterior” está constituido, en España, por el documento bancario correspondiente⁹⁸. En la especie, los giros bancarios y las órdenes de pago ordenados por el Sr. Pey a favor del Sr. Sainte Marie.

Según la Ley española, el español que fijaba su residencia en país extranjero convertía todo su patrimonio en patrimonio exterior. El art. 4.2.2º de la Ley de Control de Cambios de 1975 recogía la normativa vigente hasta aquel momento:

“serán considerados no residentes en lo que se refiere al patrimonio constituido fuera de España, con anterioridad a la fijación de la residencia, así como los beneficios provenientes de aquel”.

La simple transferencia entre cuentas bancarias extranjeras no era considerada como un pago efectuado en España.

En 1972 el español no residente que transfería su residencia a España no estaba obligado a repatriar su patrimonio a España, podía conservarlo en el extranjero y efectuar, con ese patrimonio, inversiones en sociedades, inmuebles, u otros destinos, que por este hecho eran clasificadas como extranjeras. La Ley de Inversiones Extranjeras que se aplicaba no trataba un caso como el de especie, y la Ley sobre Control de Cambios tampoco.

En la hipótesis de una persona física extranjera que, residiendo en el extranjero, trasladaba su residencia a España, las inversiones que realiza en España con cuenta a su patrimonio exterior eran consideradas inversiones extranjeras.

IV.12

Irrelevancia de la “Decisión N° 43” en cuanto a la naturaleza de la inversión

Todos los beneficiarios de la Decisión de 28 de abril de 2000, del Ministerio de Bienes Nacionales, están al margen del contrato de compraventa de CPP S.A. en 1972, tanto de su negociación como de su ejecución.

⁹⁸ Decisión de la Dirección General de Transacciones Exteriores de 28 de abril 1982.

No están concernidos por ninguna de las obligaciones que dimanen del contrato según la Ley del contrato, la de la obligación y la que se refiere a la moneda de pago y modo de pago.

La naturaleza de inversión extranjera

La inversión es conforme con las exigencias del Convenio del CIADI y del API hispano-chileno

En el punto 119, el Tribunal de arbitraje observa “*la cuestión fundamental de la existencia de una inversión acorde con las exigencias planteadas por el Convenio CIADI y el Tratado bilateral hispano-chileno*”.

Las demandadas desean hacer notar, a modo de observación preliminar que:

- No es de recibo inventar *a posteriori* constricciones y restricciones contrarias a las normas y a la práctica en curso durante la época en que tuvo lugar la inversión.
- Las normas chilenas sobre el control de cambios no se aplican a un contrato de compra de acciones sociales convenido y perfeccionado en el extranjero en una divisa extranjera.
- La pretendida exigencia de pagar en territorio chileno la compra de las acciones de una empresa chilena como condición para acceder al CIADI, y el sentido que se pretende dar a la expresión “*transferencia de capitales*” avanzado por la República de Chile, no son pertinentes en el marco del API España-Chile y ni del conjunto de los API existentes a fecha de hoy.
- La República de Chile trata de crear la confusión alrededor de los conceptos de “inversión”, de “capital”, de “admisión de capitales internacionales” en el Estado anfitrión y, el de “transferencia de capitales” que designa la exportación de capitales invertidos hacia el exterior del país anfitrión. En la legislación relativa a las inversiones internacionales y su protección esos conceptos son nítidamente distintos. Chile hace una amalgama entre “admisión de inversiones en capitales internacionales” (art. 2 del API) y

“**transferencia** de capitales” invertidos (art. 6 del API y Preámbulo).⁹⁹

V.1

Consideraciones relativas a derecho del Fondo Monetario Internacional

En relación con las disposiciones internas chilenas, la demandada ha insistido en su pretensión de aplicar al contrato de compra de acciones de CPP S.A. algunas de las condiciones estipuladas en las normas internas chilenas relativas al control de cambios. Ahora bien, en el plano de la coherencia con las reglas del FMI, tales disposiciones no pueden imponer restricciones a la inversión de la cual se trata en este procedimiento.

Aquellas normas están, efectivamente, en relación o se desprenden del artículo VIII(2)(a) de los Estatutos del FMI, y las condiciones que permiten eventuales restricciones no están en modo alguno reunidas por una inversión de las características del caso de especie.

La razón principal reside en el hecho de que

- a) el contrato de compra de las acciones de CPP S.A. fue convenido y consumado fuera de Chile, la moneda del contrato y del pago siendo capitales internacionales;
- b) las normas internas sobre el control de cambios en 1972 no podían comportar ninguna restricción a este tipo de operación, ni siquiera hacían diferencia entre extranjero y chilenos, ni entre residentes y no residentes, en la medida en que se trataba de capitales internacionales.

La explicación se encuentra en los principios a que se refieren las Directrices del Banco Mundial relativos a inversiones extranjeras:

« Arrangements for the eventual repatriation of investment capital and returns, for example, are typically made with foreign investors only in mind. However, the situations of foreign and local investors may be similar to each other in many more respects. Experience indicates that, to the extent the circumstances of foreign and local investors are thus essentially similar, their equal treatment and hence competition on an

⁹⁹ Ver los hechos y argumentos expuestos en nuestra Nota de 15 de octubre de 2001, la Respuesta del 17.03.1999, la Réplica del 7.02.2000 y nuestras notas de vistas orales.

equal footing, are important factors in creating a sound investment climate. »¹⁰⁰

Desde 1945 los Estatutos del FMI constituyen el principal instrumento jurídico multilateral reglamentando las restricciones de cambio.

Chile está obligado a actuar en conformidad con las normas del FMI desde que aprobó, el 29 de diciembre de 1945 la Ley N° 8.403¹⁰¹.

Por lo demás, la mayor parte de los países que han concluido Convenios API son, asimismo, miembros del Fondo. Por regla general, las cláusulas de los API tienen por objeto confirmar, completar, o suplir a las reglas del Fondo, tanto si se refieren a ellas como si no.

El art. VIII, sección 2(a) del convenio constitutivo del FMI dispone :

« a) Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo VII, Sección 3 b), y en el Artículo XIV, Sección 2, ningún país miembro impondrá, sin la aprobación del Fondo, restricciones a los pagos ni a las transferencias por transacciones internacionales corrientes. »

Esta disposición es la clave de bóveda del régimen relativo al control de cambios por los Estados miembros del FMI. Ocurre, sin embargo, que es totalmente ajena a los hechos que definen el caso de especie, que no entra en la categoría de las « transacciones internacionales corrientes » susceptibles de restricciones sin aprobación del Fondo. Ello por razones análogas a las que habían sido ya planteadas por F.A. Mann :

*“La convertibilidad o transferibilidad en el sentido práctico (...) está garantizada por el art. VIII(2) en beneficio de los no-residentes. Si un comerciante residente tiene que ser pagado por otro residente por la venta de bienes o de una propiedad situados en el extranjero, eso no es una transacción internacional en el sentido de los artículos, cualquiera que sea lo que dispongan las regulaciones locales sobre el control de cambios (...) La disposición no afecta al destino de los pagos recibidos. Los Estados miembros son libres de imponer a los exportadores la obligación de entregar la moneda extranjera recibida por éstos.”*¹⁰²

¹⁰⁰ World Bank: Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol. II: Guidelines. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. 1992, páginas 16-17.

¹⁰¹ Doc aquí anexo C107.

¹⁰² Mann (F.A.): The Legal Aspects of Money, cit., págs.. 519-520, subrayado nuestro.

Desde el punto de vista de las prácticas del FMI, el acto de pagar en Europa la compra de las acciones de CPP S.A., habiendo sido realizado en divisas de EE.UU. y entre bancos europeos, no tiene ningún punto de contacto con las normas internas sobre control de cambios en Chile. Por consiguiente, estas no han podido ser infringidas en forma alguna. Esta es una de las razones adicionales para explicar que las Autoridades actuales oculten al Tribunal el intercambio de cartas entre el Sr. Pey y el Gerente del Banco Central de Chile en 1972, D. Jaime Barrios.¹⁰³

La afirmación según la cual el inversor no habría respetado las normas internas chilenas sobre los regímenes cambiarios (el Decreto-Ley N° 1.272, de 7 de septiembre de 1961, y el Decreto-Ley N° 258, de 30 de marzo de 1960), está desprovista, por lo tanto, de todo fundamento desde el punto de vista de la coherencia con las disposiciones del FMI.

Además, en relación con el API España-Chile, el análisis de Mann nos ayuda a resolver la cuestión planteada por la demandada, pues los Convenios de Protección de Inversiones

“normalmente constituyen lex specialis: son celebrados no obstante, más bien que sometidos a, cualquier poder del Fondo. La norma de derecho internacional consuetudinario sugerido en el texto no es, sin embargo, incongruente con Bretton Woods. Sin embargo, mediante su aprobación bajo el art. VIII(2)(a) el Fondo tan solo sanciona un sistema de restricciones. No le afecta la aplicación del sistema a casos específicos.”¹⁰⁴

V.2

Ni el Convenio de Washington ni el API establecen procedimientos para aceptar o autorizar el ingreso de capital extranjero

El API Chile-España no contempla ningún procedimiento para aceptar o registrar inversiones extranjeras (art. 2).

¹⁰³ Ver el Informe del Presidente del Banco Central de Chile en 1972, Doc C 44. El ingeniero comercial D. Jaime Barrios había sido detenido en el Palacio Presidencial por tropas insurrectas el 11 de septiembre de 1973. Fue torturado en el Regimiento Tacna, del Ejército de tierra. Desde entonces se encuentra en la lista de 1.992 personas que las Autoridades *de facto* han detenido sin mandamiento judicial y permanecen «desaparecidas», igualmente *de facto*, según el informe publicado por el Gobierno de Chile en 1991 (Informe Rettig, I, página 133).

¹⁰⁴ Mann (F.A.): ibid., página 529.

El art. 4 del API concede a los inversores extranjeros el mismo trato que a los ciudadanos de Chile que invierten en Chile. Y el art. 4.2 el trato de la nación más favorecida. Sin derogación alguna.

V.3

Ni el Convenio de Washington ni el API España-Chile establecen procedimientos para autorizar la transferencia del capital invertido

El único procedimiento de autorización previa mencionado en el API España-Chile se refiere a las inversiones que darían lugar a la repatriación de las remuneraciones de los trabajadores extranjeros. El art. 6 *in fine* dispone la posibilidad de transferir libremente fuera del país solamente

« los sueldos, salarios y demás remuneraciones recibidos por los nacionales de una Parte, que hayan obtenido en la otra Parte las correspondientes autorizaciones, y permisos de trabajo en relación con la inversión ».

Pero ninguna restricción semejante ha sido estipulada ni siquiera para las inversiones que dieran lugar a repatriar el capital o los beneficios de los capitales extranjeros invertidos. Ello tiene su explicación. Los salarios y, más generalmente las remuneraciones del personal extranjero asociado a una inversión, rara vez se benefician del nivel de libertad de transferencia concedido a los beneficios del capital.

El Convenio de Washington

Cuando Chile ratificó el **Convenio de Washington**, no exigió la aprobación, admisión o registro administrativos previos de las inversiones extranjeras. Chile hubiera podido hacerlo, en conformidad con el art. 25.4, pero no lo hizo.

El API España-Chile

A diferencia de otros acuerdos de protección de inversiones firmados por Chile, **el de España y Chile de 2 de octubre de 1991** no contempla para los capitales extranjeros susceptibles de beneficiarse del API,

1. procedimientos de admisión o registro previo

Cuando Chile ha deseado establecer un procedimiento de admisión de inversiones, lo ha hecho. Por ejemplo en el API entre Chile y Malasia de 11 de noviembre de 1992, cuyo art. 1.b) dispone :

“b) El mencionado término "inversiones" se referirá a todas las inversiones aprobadas por los Ministerios o autoridades pertinentes de las Partes Contratantes, en conformidad con sus legislaciones y políticas nacionales.”¹⁰⁵

2. ni dispositivos de exclusión respecto de las inversiones anteriores a la fecha de entrada en vigor del API.

Cuando Chile ha querido excluir del API una inversión anterior a su entrada en vigor, lo ha hecho. El art. 8 del API con Argentina dispone :

Ámbito de aplicación

“1.El presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por nacionales o sociedades 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, estuvieron registradas como inversión extranjera.

“2.No se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor, o relacionadas con hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia o referidas a la mera permanencia de tales situaciones preexistentes.”¹⁰⁶

3. La demandada no ha presentado la menor prueba de la existencia de alguna norma interna que hiciera obligatorio (*mandatory*) la aprobación o el registro de una inversión española en Chile, como es el caso, por ejemplo, en el referido API Chile-Malasia o en el Chile-Argentina, o en el API Países Bajos-Egipto :

« (...) los Nacionales del Reino de los Países Bajos que tienen la intención de hacer una inversión en el territorio de la República Árabe de Egipto deben obtener la previa aprobación de la autoridad egipcia competente en materia de inversiones de la respectiva solicitud de inversión. Antes de

¹⁰⁵ Doc C114. Subrayado nuestro.

¹⁰⁶ Doc C115. Subrayado nuestro.

*haber recibido esa aprobación, el Gobierno de la República Árabe de Egipto no asume ninguna responsabilidad. »*¹⁰⁷

4. Esta misma cuestión había sido estudiada en el asunto **Eudoro A. Olguin c. República de Paraguay**¹⁰⁸. El Tribunal de arbitraje concluyó :

“No existe ninguna norma en el CBI que obligue a que las inversiones que haga un nacional de otro Estado contratante deban ser admitidas o reconocidas por el Estado en que se hacen”

Esta Sentencia constataba (puntos nº 28 y 30) que el API en cuestión no disponía que las inversiones debieran ser « aceptadas » o « reconocidas » por el Estado donde han sido realizados para tener la calidad de inversiones extranjeras.

No hay razón para que el mismo principio no se aplique en el caso del API España-Chile.

5. El art. 4(1) del API España-Chile garantiza un trato igual de los inversores españoles con los nacionales. Las inversiones chilenas en Chile no están sometidas a un procedimiento de admisión previo, las extranjeras, por consiguiente, tampoco.
6. Chile ha intentado paliar la inexistencia de una norma limitadora de la admisión de capitales extranjeros procurándose en Madrid, once meses después del depósito de la **Solicitud** de arbitraje, un « *acta de reuniones técnicas* » de 1 de octubre de 1998 que impondría, según la demandada, aquella condición. Tal acta no ha sido ratificada jamás por las instancias competentes ni publicada, no tiene valor alguno en el presente litigio, tampoco dice lo que Chile desea hacerle decir.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Subrayado nuestro. En igual sentido los Convenios Bélgica-Indonesia (art. 1(2) e Italia-Egipto (Protocolo I).

¹⁰⁸ ICSID Case N° ARB/98/5, Decisión sobre la excepción de jurisdicción de 8 de agosto de 2000, punto 29, publicada en la página web del CIADI.

¹⁰⁹ Memorial de Incompetencia, Doc N° 15. Las demandantes han objetado esa “Acta” en la **Respuesta** del 19.03.1999 (III); en la **Réplica** del 17.02.2000 (Section II.I.2) y en las notas de vista de 3-5 de mayo de 2000 y del 30 de octubre de 2001.

V.4
Las disposiciones legales chilenas en 1972

Preliminar

En 1972

1. El Sr. Pey era un **ciudadano español**. Este hecho no está en discusión. Disfrutaba, además, de los beneficios de la doble nacionalidad chilena.
2. Ni las normas del FMI ni la legislación chilena establecen **ninguna limitación a la admisión** de inversiones hechas en divisas de EE.UU por un español que beneficiaba de las ventajas del Convenio de Doble Nacionalidad del 24 de mayo de 1958.
3. 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 extranjeros¹¹⁰, 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 extranjera¹¹¹ ;

¹¹⁰ Ver los Decretos N° 258, de 1960 (art. 14), y N° 1272, de 1961 (art. 1^{er}), en los docs. N° 16 y 17 anexos al Memorial de Incompetencia. La versión francesa está allí incompleta, y desnaturaliza el sentido de los textos. La hemos objetado a este respecto.. Ver su versión francesa completa en los Docs. aquí anexos C111 y C112.

¹¹¹ Art. 16 del Código Civil de Chile. El art. 113 del Código de Comercio chileno dispone : « *Todos los actos concernientes a la ejecución de los contratos celebrados en país extranjero y cumplidos en Chile, son regidos por la ley chilena, en conformidad a lo que se prescribe en el inciso final del artículo 16 del código Civil. Así la entrega y pago, la moneda en que éste deba hacerse, las medidas de toda especie, los recibos y su forma, las responsabilidades que imponen la falta de cumplimiento o el cumplimiento imperfecto o tardío, y cualquiera otro acto relativo a la mera ejecución del contrato, deberán arreglarse a las disposiciones de las leyes de la República, a menos que los contratantes hubieren acordado otra cosa» . El segundo párrafo ha sido abrogado por la Ley del 10 de septiembre*

- 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, como lo ha explicado el Presidente del Banco Central de Chile en 1972 a este Tribuna arbitral :

“Otro aspecto interesante de considerar en esta transacción es el destino o dirección de las divisas recibidas a satisfacción por el vendedor de las 40.000 acciones de capital de CPP S.A. No se dispone de antecedentes al respecto. En todo caso, es un asunto que compete a la responsabilidad del vendedor frente a las leyes del Estado chileno, en especial, frente a las disposiciones legales de carácter cambiario y tributario y, por lo tanto, no está en juego la responsabilidad del inversionista. Este hecho no invalida, en mi concepto, la transacción realizada ni pone en duda la calidad de ‘Inversión Extranjera’ de la operación.”¹¹²

- el impuesto sobre la sucesión de acciones y sobre el timbre era devengable en Chile en el momento en que la transferencia era inscrita en el Libro Registro de Accionistas.¹¹³

En el desarrollo que sigue, las demandantes van a tratar de las cuestiones evocadas en los **puntos N° 112 y 114** de la Decisión del Tribunal de arbitraje del 8 de mayo de 2002.

Conviene recordar, ante todo, que ninguna norma interna chilena o internacional prohibía en 1972 que el contrato de compraventa de acciones de una sociedad chilena, y su pago, tuvieran lugar en un país extranjero y con capitales extranjeros respecto de Chile.

La demandada ha intentado sembrar la confusión

de 1892, que dispone: “Artículo 1º. Desde la fecha de la promulgación de esta ley, las obligaciones que se contraigan en moneda de oro o plata, nacional o extranjera, serán exigibles en la moneda convenida, salvo estipulación en contrario.” La Ley N° 8.403, de 29 de diciembre de 1945, ha incorporado al sistema legislativo chileno los Convenios Internacionales de Bretton Woods (Doc C107).

¹¹² Doc C44.

¹¹³ La prueba se halla en el doc. C42 : la querrela del Servicio de Impuestos era por el hecho de que los Sres. Carrasco, González y Venegas no habían pagado los impuestos correspondientes a la inscripción en el Libro-Registro de accionistas.

1. Al presentar al Tribunal traducciones incompletas de los Decretos N° 258, de 1960, y N° 1.272, de 1961¹¹⁴, que alteran su alcance, inclusive su sentido;
2. Aportando traducciones incompletas de la “Decisión N° 24” del Grupo de Cartagena¹¹⁵, de 31 de diciembre de 1970, alterando también su sentido;
3. Apoyándose en la “Decisión N° 24” del Grupo de Cartagena, del 31 de diciembre de 1970,
 - a. que no estaba siendo aplicada en Chile en 1972;
 - b. que, incluso si lo hubiera estado, no afectaba a las inversiones realizadas por chilenos en empresas chilenas.

Demostremos a continuación como el Presidente actual del Banco Central de Chile ha deformado esta Decisión en el testimonio presentado después de la audiencia del 5 de mayo de 2000¹¹⁶ (cuando, recordémoslo, no está permitido que las demandadas pudieran responder);

4. Por último, la demandada

- ha ocultado la versión original del DFL 600, de 1974, reemplazándola por una versión de 1991¹¹⁷ sin relación alguna con las circunstancias de la inversión de 1972;
- ha invocado normas que no eran en modo alguno aplicables a la inversión de 1972, sea porque el inversor gozaba entonces plenamente de las ventajas del Convenio de Doble Nacionalidad¹¹⁸, sea porque aquellas normas se referían a la transferencia 1989¹¹⁹ de capitales hacia el exterior de Chile, o acuerdos sin relación ninguna con el caso de especie¹²⁰.

¹¹⁴ Docs. N° 16 y 17 anexos al Memorial de Incompetencia.

¹¹⁵ La « Decisión N° 24 » del Grupo de Cartagena, Decreto N° 482, del 25 junio de 1971, doc. N° 20 anexo al Memorial de Incompetencia.

¹¹⁶ Ver nuestras explicaciones a este respecto durante las audiencias del 21 de junio, 29 y 30 de octubre 2001.

¹¹⁷ Ibid., doc. N° 18. Ver la versión original de 1974 en el doc. C 104.

¹¹⁸ Ibid., doc. N° 21, Ley 15.576 sobre abusos de publicidad.

¹¹⁹ Ibid., doc. N° 19

¹²⁰ Ibid., doc. N° 22, Tratado de Comercio entre Chile y Méjico, del 17 de abril de 1998.

En contraste, las demandadas han demostrado la **ausencia en Chile**, tanto en 1972 como ahora, **de una definición interna de la noción de inversión extranjera** distinta que la que tiene el sentido, y se desprende, del API.¹²¹ Ello está confirmado en el informe del Presidente del Banco Central de Chile en 1972 unido al procedimiento arbitral:

*“9.- Los actuales textos legales relativos a Inversiones Extranjeras no contienen una definición taxativa del concepto de “Inversión Extranjera”. El Decreto Ley (DL) 600 de 1974, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Estatuto de la Inversión Extranjera en Chile no señala concepto o definición al respecto. Establece, simplemente, **la forma en que podrían** internarse los capitales extranjeros y como deberán valorizarse, y determina los Derechos y Obligaciones a que deben someterse dichos capitales”.*¹²²

La ausencia de mecanismos de aceptación o de registro obligatorio de las inversiones en divisas ha sido, igualmente, demostrado, así como la posibilidad de una opción ofrecida a aquellos que en 1972 (al igual que hoy) invertirían capitales internacionales en Chile y deseaban beneficiarse de franquicias en materia de control de cambios en el momento de repatriar sus beneficios.¹²³

Aportaremos más adelante pruebas complementarias de que **las inversiones extranjeras en el espacio económico** de Chile no estaban sometidas a una autorización obligatoria en 1972.

V.4.1

Los Decretos con Fuerza de Ley (DFL) N° 258, de 1960, N° 1.272, de 11 de noviembre de 1986, y el derechos del FMI¹²⁴

La demandada ha amputado la versión francesa de los Decretos N° 258, de 1960, y N° 1.272, de 11 de noviembre de 1961, y ha alterado su sentido con el fin de apoyar su interpretación. Las demandadas han objetado esas traducciones al amparo del art. 30(4) del Reglamento Administrativo y Financiero.¹²⁵

¹²¹ Punto 4.10 de la **Respuesta** de 18 de septiembre de 1999 y Doc D10.

¹²² Doc. C44, subrayado nuestro..

¹²³ Ver los puntos 4.3.18 a 4.3.19.4 de la **Memoria** de 17 marzo 1999; los puntos 4 a 4.13.5.1 de la **Contestación** de 18 de septiembre de 1999; las páginas 29-35 de la **Réplica** de 7 de febrero 2000.

¹²⁴ Docs. N° 16 y 17 del Memorial de Incompetencia. La versión francesa ha sido objetada, la parte traducida altera el sentido de la parte presentada (art. 30(4) del Reglamento Administrativo y Financiero).

¹²⁵ Ver el Memorial de Incompetencia: pp. 3.2.2.4; 3.2.2.5; 3.3.1; 3.3.3.4; la Réplica: pp. 3.1.1; 3.1.2; 3.1.3; 3.1.4.2, y la nota de vista de Chile de 3 y 5 de mayo de 2000, p. 5.

La versión francesa completa muestra que la finalidad de ambos textos era organizar el **control de cambios** y las **transferencias de capitales** en conformidad con los Estatutos del Fondo Monetario Internacional. Se trata no de obligaciones sino de ofrecimientos propuestos a los inversores extranjeros que reunía determinadas circunstancias.

El artículo N° 30 del Decreto-Ley N° 1.272 disponía que la Ley 8.043, de 29 de diciembre de 1945, sobre aprobación de los Convenios Internacionales de Bretton Woods, **prevalecería en todo caso sobre la norma interna** (la demandada ha omitido traducir este artículo 30).

Debemos, pues, interpretar esos Decretos-Leyes en el contexto de la aplicación del art. VIII de los Acuerdos Constitutivos del FMI, cuyo párrafo (2)(a) se refiere solamente a “*pagos y transferencias por transacciones internacionales corrientes*”.

“ARTÍCULO VIII

Obligaciones generales de los países miembros

Sección 1. Introducción

Además de las obligaciones contraídas conforme a otros artículos de este Convenio, los países miembros se comprometen a cumplir las obligaciones preceptuadas en este Artículo.

Sección 2. Obligación de evitar restricciones a los pagos corrientes

a) Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo VII, Sección 3 b), y en el Artículo XIV, Sección 2, ningún país miembro impondrá, sin la aprobación del Fondo, restricciones a los pagos ni a las transferencias por transacciones internacionales corrientes.

b) Los contratos de cambio que comprendan la moneda de un país miembro y que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios mantenidas o impuestas por dicho país miembro de conformidad con este Convenio serán inexigibles en los territorios de cualquier país miembro. Además, los países miembros podrán, por mutuo acuerdo, cooperar en la aplicación de medidas que tengan por objeto hacer más eficaces las disposiciones de control de cambios de cualquiera de los países miembros, siempre que dichas medidas y disposiciones sean compatibles con este Convenio.”

Recordemos aquí lo que hemos dicho antes, a saber, que el art. VIII(2)(a) no se aplica en el caso específico de la inversión del Sr. Pey en CPP S.A. Pues según el art. XXX de los Estatutos del FMI

“d) Por pagos por transacciones corrientes se entienden los que no tienen como finalidad efectuar transferencias de capital y comprenden, sin limitación:

- 1) todos los pagos relacionados con el comercio exterior, con otras transacciones corrientes, incluso servicios, y con los servicios bancarios y*

- crediticios ordinarios a corto plazo;*
- 2) *pagos por concepto de intereses de préstamos y de ingresos netos provenientes de otras inversiones;*
 - 3) *pagos de un monto moderado por concepto de amortización de préstamos o de depreciación de inversiones directas, y*
 - 4) *remesas moderadas para atender gastos de sostenimiento de la familia.”*

Otro artículo del Convenio Constitutivo del FMI, el N° VII (3), obliga a los Estados miembros a prohibir acuerdos y prácticas discriminatorias en los intercambios de capitales :

«Sección 3. Escasez de las tenencias del Fondo en moneda

“a) *En caso de que al Fondo le resulte evidente que la demanda de la moneda de un país miembro pone en peligro la capacidad del Fondo para suministrar esa moneda, éste, tanto si ha emitido el informe a que se refiere la Sección 2 de este Artículo como en caso contrario, declarará oficialmente la escasez de dicha moneda, y en adelante prorratará, en su caso, sus tenencias de la moneda escasa y las que vaya adquiriendo de la misma, teniendo debidamente en cuenta las necesidades relativas de los países miembros, la situación económica internacional en general y cualquier otra circunstancia pertinente. El Fondo emitirá también un informe sobre las disposiciones que adopte.*

“b) *La declaración oficial a que se refiere el apartado a) servirá de autorización a todo país miembro para imponer, previa consulta con el Fondo, limitaciones temporales a la libertad de realizar transacciones cambiarias en la moneda escasa. Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo IV y el Anexo C, el país miembro tendrá plena jurisdicción para determinar la naturaleza de dichas limitaciones, pero éstas no podrán ser más restrictivas de lo necesario para que la demanda de la moneda escasa se limite a las tenencias que el país miembro posea, o a las que vaya adquiriendo, y deberán atenuarse y suprimirse tan pronto como las circunstancias lo permitan.*

El artículo VI del Convenio Constitutivo del FMI se refiere a « *transferencia de capitales* ». Este concepto es descrito en los términos siguientes :

“Sección 1. Uso de los recursos generales del Fondo para transferencias de capital

a) *Salvo en el caso previsto en la Sección 2 de este Artículo, ningún país miembro podrá utilizar los recursos generales del Fondo para hacer frente a una salida considerable o continua de capital.”*

Sección 2. Disposiciones especiales sobre transferencias de capital

Todo país miembro tendrá derecho a realizar compras en el tramo de reserva con el fin de efectuar transferencias de capital.

Sección 3. Control de las transferencias de capital

Los países miembros podrán ejercer los controles que consideren necesarios para regular los movimientos internacionales de capital, pero ningún país miembro podrá ejercer dichos controles en forma que restrinja los pagos por transacciones corrientes o que demore indebidamente las transferencias de

fondos para liquidar obligaciones, excepto en los casos previstos en el Artículo VII, Sección 3 b), y el Artículo XIV, Sección 2.”

La sección 2 del artículo XIV dispone:

“Sección 2. Restricciones cambiarias

No obstante lo dispuesto en otros artículos de este Convenio, el país miembro que haya notificado al Fondo su propósito de acogerse al régimen transitorio en virtud de esta disposición podrá mantener y adaptar a las circunstancias las restricciones a los pagos y transferencias por transacciones internacionales corrientes que estuviesen en vigor en la fecha de su admisión. Sin embargo, los países miembros tendrán siempre presentes en la política cambiaria los fines del Fondo y, tan pronto como las circunstancias lo permitan, adoptarán cuantas medidas sean posibles para establecer con otros países miembros prácticas comerciales y financieras que faciliten los pagos internacionales y el fomento de un sistema estable de tipos de cambio. En particular, los países deberán abolir las restricciones que mantengan con arreglo a esta Sección tan pronto como tengan la certeza de que, sin necesidad de ellas, pueden equilibrar su balanza de pagos en forma que no dificulte su acceso a los recursos generales del Fondo.”

De lo anterior se desprende claramente que salvo especificación contraria, « *transferencia de capitales* » significa « *salida de capitales* » del país en cuestión, en este caso hacia el exterior de Chile.

La Decisión N° 1034 de los Directores Ejecutivos del FMI, del 1° de junio de 1960, habría, por otro lado, establecido que :

*« the guiding principle in ascertaining whether a measure is a restriction on payments and transfers for current transactions under Art. VIII(2), is whether it involves a direct governmental limitation on the availability or use of exchange as such ».*¹²⁶

La razón de ser de los dos Decretos-Leyes chilenos era, pues, reglamentar la oferta de franquicias respecto del régimen de control de cambios para la transferencia de capitales hacia el exterior de Chile.

La redacción de ambos Decretos-Leyes muestra, igualmente, que era facultativo acogerse a sus beneficios, pues ello solamente se refería a la petición (facultativa, y con motivo, aunque solo fuera por el interés de la economía nacional !) de acceso a las franquicias para la exportación fuera de Chile del capital invertido en el espacio económico chileno. Contrariamente a lo que afirma la delegación de Chile.¹²⁷

¹²⁶ IMF. Selected Decisions of the Executive Directors (1987), p. 298, subrayado nuestro.

¹²⁷ Réplica sobre la Incompetencia: pp. 3.5.10.3; 3.5.10.6.

Era, pues, lógico que los dos Decretos no hicieran diferencias entre inversores extranjeros y chilenos que desearan, en toda libertad, acogerse a los beneficios de las franquicias, en la medida en que la inversión de los extranjeros y de los chilenos fuera realizada « *en capitales extranjeros* ».

V.4.2

El Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 258, de 1960

El art. 1° y siguiente del Decreto-Ley N° 258 muestran que era facultativo para el inversor solicitar acogerse a las franquicias concedidas a quienes « *desean acogerse a las franquicias que se establecen en el presente decreto con fuerza de ley* ».

Si optaba por estas franquicias el inversor estaba obligado a firmar el contrato establecido en el artículo 25 del citado Decreto-Ley (que la demandada, por su puesto, ha omitido traducir) :

*« (...) un contrato en el cual se entenderán incorporados de pleno derecho los beneficios, franquicias y exenciones del decreto supremo que apruebe la inversión. En consecuencia, la persona natural o jurídica acogida a sus disposiciones gozarán de dichos beneficios, franquicias y exenciones por el tiempo y en las condiciones que le hayan sido conferidas, y que dolo podrán ser modificadas con consentimiento de ambas partes ».*¹²⁸

V.4.3

El Decreto con Fuerza de Ley N° 1.272, de 11 de noviembre de 1961¹²⁹

La demandada ha desnaturalizado el sentido del Decreto-Ley N° 1.272.

La versión francesa completa de este decreto permite constatar que se trata de un texto relativo a los organismos de control competentes y de las modalidades reglamentarias que tratan, en particular

- las operaciones referidas al « comercio exterior », sobre exportación o importación de recursos naturales o bienes de equipo y el conjunto de transacciones que a los mismos están vinculadas (seguros, garantías, indemnizaciones, comisiones, etc.) ;

¹²⁸ Doc C111, subrayado nuestro.

¹²⁹ Doc N° 16 del Memorial de Incompetencia. La versión francesa ha sido objetada, la parte traducida altera el sentido de la parte presentada (art. 30(4) del Reglamento Administrativo y Financiero).

- las operaciones « de cambios internacionales », es decir, que implican transacciones de comercio de divisas (o de oro) efectuadas en Chile.

Sobre la naturaleza de las operaciones definidas como « cambios internacionales », es susceptible a este título de las restricciones enunciadas en el Decreto, el artículo 12° dispone :

« Las operaciones de cambios internacionales, ya se realicen como actos habituales u ocasionales de comercio de divisas, solo podrán efectuarse por el Banco Central de Chile... ».

- las entradas de divisas en el territorio chileno al margen de las operaciones de comercio exterior, la venta y compra de estas divisas y la repatriación eventual de capitales y/o beneficios correspondientes ;

Observemos, por último, que las eventuales excepciones son de aplicación estrictamente local. Un decreto interno no tiene aplicación extraterritorial. Esto se desprende, con independencia de lo dispuesto en el artículo 12° arriba citado, del artículo 3°, que designa en términos generales las « *operaciones de cambio internacionales* ».

A este respecto, la identificación global formulada en el 2° párrafo del artículo 3° es reveladora : su carácter universal carece de sentido fuera del contexto territorial chileno (¡la demandada parece pretender que prácticamente todas las transacciones del Planeta, que implican monedas no chilenas, estén sometidas al Decreto-Ley N° 1.272 !).¹³⁰

Aquel mismo contexto es, por otra parte, reafirmado en el 4° párrafo, que excluye de toda restricción

« ... las transacciones en moneda corriente sobre valores y acciones de sociedades cuyo títulos se expresen en moneda extranjera ».

Ello demuestra claramente que las transacciones afectadas por eventuales restricciones no son sino aquellas que tienen lugar dentro del territorio chileno (no tiene sentido « liberar » la compraventa de acciones de sociedades chilenas cuando el lugar de celebración del contrato y de su ejecución se encuentran fuera de Chile, y cuya moneda del contrato y de la obligación es no chilena).

¹³⁰ Memorial de Incompetencia, p. 3.3.3.5; Réplica: pp. 3.1.3; 3.1.4.3.

V.4.3.1

En relación con las modalidades de transferencia de capitales, el artículo 14 del Decreto-Ley N° 1.272 indica claramente :

« Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que transfieran a Chile capitales en divisas extranjeras y que se inscriban en el Banco Central de Chile, podrán vender libremente (...). Las personas que se hayan acogido a esta excepción podrán reexportar libremente, en forma total o parcial, dichos capitales (...) ».

Esto muestra, sin ambigüedades, que la inversión de capitales extranjeros en Chile, así como la « transferencia de capitales a Chile »,

- no está condicionada por un aporte en forma de divisas, y no se rechaza la inversión de capitales extranjeros en otras formas ;
- no está condicionada por una inscripción en el Banco Central, la cual no es contemplada sino de manera eventual como contrapartida a la autorización de venta libre y de repatriación eventual de los capitales y beneficios ;
- además, esta inscripción no es contemplada más que para los aportes en divisas, y a mayor abundamiento, la primera de las franquicias concedidas en contrapartida [venta libre de divisas] carece de sentido en un contexto de aporte de capitales inmovilizados.

El Presidente del Banco Central de Chile en 1972 indica en su informe, puesto a disposición del Tribunal de arbitraje, que :

*“4.- En el artículo 14 de la Ley sobre Cambios Internacionales vigente en 1972 tal como se ha señalado, establecía que: ‘Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que **transfieran** capitales a Chile en divisas extranjeras y que se **inscriban** en el Banco Central de Chile, **podrán vender** libremente dichas divisas... 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...’ La redacción de este Artículo no mandatoria deja espacio al inversor a optar o no por dicha inscripción del capital.*

“5.- Al proceder como lo hizo el inversionista español, no se hace acreedor a las franquicias contempladas ni en el citado artículo 14 ni en el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) numero 258, de 30 de marzo 1960, otro de los

instrumentos jurídicos opcionales que beneficiaban a la Inversión Extranjera, en ese entonces. En 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 produjeron.”

“7.- Lo importante, a mi juicio, es que la contrapartida de la Inversión en referencia se encuentra en Chile, aunque confiscada arbitrariamente en 1973 por el Gobierno, y es claramente inidentificable tanto desde el punto de vista material como jurídico. Resulta así una inversión extranjera mucho más genuina que otras inversiones que se acogen a las franquicias existentes. Me refiero, particularmente, a aquellas inversiones provenientes de los denominados capitales “especulativos” o capitales “golondrinas”, que canalizándose vía los instrumentos legales existentes muy favorables a los inversionistas, fueron internados para adquirir valores mobiliarios como acciones, bonos y otros transados en la Bolsa de Valores, los que vendidos posteriormente a precios superiores, fueron reexportados al exterior, generando para el inversionista especulador un diferencial de ganancia importante pero que para el país no representó ningún beneficio visible en la creación de empleo, por ejemplo, o para el desarrollo económico en general. Tales prácticas, afortunadamente, se han visto reducidas sensiblemente desde que en 1991 las autoridades monetarias impusieron regulaciones especiales a tales tipos de capitales extranjeros, como ha sido la aplicación de encajes y otras formas de regulación.”¹³¹

V.4.3.2

Recordaremos que el vendedor de CPP S.A. había exigido recibir el precio de venta de las acciones fuera de Chile.¹³²

El inversor Sr. Pey y la Autoridad monetaria competente, el Gerente del Banco Central de Chile D. Jaime Barrios, habían intercambiado cartas sobre el hecho de que la inversión en la compra de CLARÍN debía ser pagada en el extranjero, en divisas y por intermedio de bancos extranjeros, y ninguna norma exigía que el Sr. Pey inscribiera esta inversión en el Banco Central de Chile.

Además, el Sr. Pey no pedía beneficiarse de las franquicias para transferir eventuales beneficios futuros fuera de Chile. El Gerente del Banco Central, por lo demás, había dado su acuerdo por escrito pues

- i. el capital a invertir en CPP S.A. era extranjero,

¹³¹ Doc C44, subrayado nuestro.

¹³² Ver el contrato suscrito en Estoril el 13 de mayo de 1972 (Doc C65) y la Declaración de los Inspectores de Impuestos ante el Juez de Santiago el 1° de septiembre de 1975 (Doc C42, página 6 del original).

- ii. esta inversión no afectaba a las reservas en divisas ni a la balanza de pagos del Estado chileno,
- iii. el Estado chileno no asumía obligaciones futuras en moneda extranjera,
- iv. ninguna autoridad chilena podía imponer a un inversor en divisas, que fuera chileno o extranjero, que solicitara beneficiarse de las franquicias.

Las Autoridades actuales se sirven de su *potestas* para rehusar aportar al Tribunal de arbitraje aquel intercambio de cartas¹³³ entre el Gerente del Banco Central y el Sr. Pey¹³⁴, siendo así que tal correspondencia está comprendida en la orden del Tribunal de arbitraje de aportar documentos.

Ante tan maña retención de documentos es legítimo recurrir a un experto en la materia, es decir el Presidente del Banco Central de Chile en 1972. D. Alfonso Inostroza aporta al Tribunal la *auctoritas* que le confiere el hecho de haber sido la más alta autoridad monetaria de Chile en la fecha de la inversión. El mismo califica, claramente, la compra de CPP S.A. como una inversión extranjera según las normas internas de Chile¹³⁵.

V.4.4

El Decreto-Ley N° 600, de 11 de julio de 1974

Hemos aportado, asimismo, la versión francesa completa del Decreto-Ley N° 600, de 11 de julio de 1974, Estatuto de la Inversión Extranjera, en su versión original publicada en el D.O. del 13.07.1974¹³⁶.

Su artículo transitorio N° 2 reconoce la existencia de capitales internacionales invertidos en Chile antes de 1974, que no habían sido objeto de autorización administrativa. Los autores de aquellas inversiones estaban sometidos a las condiciones previstas en el art. transitorio 1.

Al ocultar al Tribunal la versión de 1974 la demandada

¹³³ Las demandantes han pedido la presentación de esas cartas el 9 de febrero, 22 julio de 1999 y el 7 de mayo de 2001.

¹³⁴ Ver la Comunicación del Presidente actual del Banco Central anexa a la Nota de la demandada de 15 de octubre de 2001, la versión francesa fue comunicada al Centro el día siguiente. El pretexto para no presentar las cartas intercambiadas con el Gerente del Banco Central es el mismo que el utilizado para no presentar el **Mémemorandum** del Ministerio del Intérieur de 3 de febrero de 1975 (publicado en todos los diarios del país) y los libros de contabilidad de las empresas confiscadas

¹³⁵ Doc C44.

¹³⁶ Doc C104.

- ha hecho desaparecer la versión original pertinente de los artículos transitorios,¹³⁷
- ha ocultado datos esenciales para ilustrar al Tribunal de arbitraje.¹³⁸

En efecto, la versión original¹³⁹ del DFL N° 600 muestra que :

1. Su **Preámbulo** menciona las normas que regulaban las inversiones de capitales internacionales hasta el 13 de julio de 1974, como el DFL 1.272 de 1961, pero ignora el Decreto N° 482 de 25.VI.1971 (« Decisión 24 » del Grupo de Cartagena). Lo que confirma que ese Decreto N° 482 de 25.VI.1971 se consideraba que no era aplicable dentro de Chile.
2. El DFL N° 600 se refiere sutilmente, en su **Preámbulo**, « *los compromisos internacionales de cumplimiento válidamente obligatorio en Chile* ». Ahora bien, como el Decreto N° 482 de 1971 no había sido aprobado por una Ley, la aplicación de la « Decisión 24 » no era obligatoria para los particulares, como lo explicaba, todavía en septiembre de 1974, los funcionarios de Chile al Directorio del Grupo de Cartagena (XV° Período de Sesiones).¹⁴⁰
3. El Estatuto de la Inversión Extranjera que figura en el DFL 600 de 1974, tenía, al igual que los Estatutos anteriores, un carácter facultativo y voluntario para quienes desearan beneficiarse de las franquicias que al mismo estaban asociadas, en vistas a transferir hacia el exterior de Chile el capital invertido.

Así,

- a. El art. 13 dispone : “*Las inversiones extranjeras y las empresas que se acojan al presente Estatuto, deberán (...)*”;

¹³⁷ Doc N° 18 anexo a la Memorial de Incompetencia.

¹³⁸ Las demandantes han expresado su objeción a la versión del DFL N° 600 presentada por la demandada. Ver la comunicación al Centro del 23 de julio de 1999 y los puntos 1.23.4.3 de la **Contestación** de 18 de septiembre de 1999 al Memorial de Incompetencia. Ver también éste en el p. 3.2.2.7.

¹³⁹ Diario Oficial del 13.VII.1974.

¹⁴⁰ Doc. C100 y C101.

- b. y la redacción del **art. Transitorio N° 2** confirma que la inversión en 1972 del Sr. Pey en CPP S.A. era de naturaleza extranjera y que otras inversiones en capital extranjero se encontraban en situación similar. Era, en efecto, imposible inscribir en el Banco Central de Chile un pago efectuado fuera de Chile con capitales internacionales.

Este artículo transitorio prueba el hecho de que se encontraran en Chile inversiones en relación con las cuales ningún contrato, tal como el mencionado en el art. 25 del Decreto-Ley N° 258 de 1960, no había sido suscrito ni registrado en el Banco Central para beneficiarse de las franquicias establecidas a efectos de su eventual transferencia fuera de Chile.

Obsérvese, igualmente, como esta disposición transitoria no establecía discriminación alguna según la nacionalidad o la residencia de « *los titulares de capitales provenientes del exterior* » :

“Art.2º-Los titulares de capitales provenientes del exterior que, hubiesen ingresado conforme a las normas vigentes al tiempo del aporte, que no tuvieran derecho a remesar dicho aporte y sus utilidades al país de origen y que los hubiesen aportado al capital de una empresa, podrán solicitar al Comité de Inversiones Extranjeras acogerse al presente Estatuto. La solicitud deberá cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

a) comprobar por medio de documentos oficiales o por su contabilidad el capital ingresado al país y su aporte a empresas establecidas ;y

b)Registrarse en el Comité de Inversiones Extranjeras en un plazo máximo de un año contado a partir de la publicación del presente Estatuto en el Diario Oficial.

La solicitud se tramitará como nueva inversión extranjera, su aprobación requerirá la unanimidad de los miembros titulares del Comité(...)”.

Recordemos, a este respecto, las palabras del Sr. Inostroza, Presidente del Banco Central de Chile en 1972 (doc. C44):

“6.- Es necesario remontarse a las circunstancias de esa época para apreciar el significado de tales franquicias. En efecto, en aquellos momentos existía una aguda escasez de moneda extranjera y su uso estaba severamente limitado por el Banco Central por medio de cuotas de divisas autorizadas previamente y caso a caso. A todo este conjunto de garantías renunciaba el inversionista que no canalizaba su aporte de capital a través del Mercado

Oficial. No obstante, en mi opinión, este capital no deja de exhibir una calidad de “Inversión Extranjera” al optar su dueño por un procedimiento diferente para efectuar su aporte ni le impide al inversionista ejercer sus responsabilidades en la Empresa CPP S.A. adquirida”.

Por su parte, el art. 40 del DFL 600, en su versión original de 1974 (doc. C104), demuestra, al abrogar el DFL N° 258 de 4 de abril de 1960, que éste último decreto era el que estaba en vigor y se aplicaba en la fecha de la inversión del Sr. Pey en 1972:

*“Art. 40.- Derogase el DFL N° 258, de 4 de abril de 1960 que fija normas sobre inversiones de capitales extranjeros en Chile y toda otra disposición legal relativa a procedimientos de ingreso de inversiones extranjeras como aporte al capital de una empresa.
Las citas al DFL N° 258 o a sus disposiciones contenidas en la legislación vigente se entenderán hechas al presente Estatuto o a las disposiciones pertinentes de este”.*

V.4.5

El Decreto-Ley N° 746, de 6 de noviembre de 1974

El Decreto-Ley N° 746, de 6 de noviembre de 1974¹⁴¹, es la primera norma con rango de **Ley** que incorpora al sistema jurídico chileno la « Decisión N° 24 » del Grupo de Cartagena, de 31.XII.1970. Esta había sido publicada solo en forma de **Decreto** del Ministerio de AA.EE. el 25 de junio de 1971.¹⁴²

Dicho Decreto había sido impugnado en su momento por la « Contraloría »¹⁴³. Sin embargo, el Ejecutivo había desestimado la impugnación en 1974 mediante el recurso, legal, pero extraordinario, al « Decreto de insistencia »¹⁴⁴. El « Contralor » había indicado que la incorporación a la legislación chilena de la Decisión N° 24 del Grupo de Cartagena era materia de **Ley**, y que por consiguiente, el Decreto de 25 de junio de 1971 no era obligatorio en Chile. Las Autoridades chilenas explicaron ellas mismas este punto a los miembros del Grupo Andino de aquel entonces, como lo hemos demostrado¹⁴⁵, en contra de lo que

¹⁴¹ Doc C135

¹⁴² Este Decreto figura en el anexo N° 20 de Memorial de Incompetencia. La versión francesa ha sido objetada, su sentido ha sido deformado..

¹⁴³ Ver el doc. N° 20 anexo al Memorial de Incompetencia, *in fine*.

¹⁴⁴ En el régimen constitucional chileno el “Decreto de Insistencia” debía ser firmado por la totalidad de los Ministros del Gobierno, quien comprometía así su responsabilidad colectiva ante el Parlamento.

¹⁴⁵ Docs. C100 y C101.

afirman el Presidente actual del Banco Central de Chile y la demandada.¹⁴⁶

Los términos del DFL N° 746, de 9 de noviembre de 1974 (y los antecedentes históricos que hemos presentado), demuestran que es solamente en **noviembre de 1974** cuando se puso término a la situación de legalidad dudosa que afectaba al Decreto N° 482 de 25 de Junio de 1971, motivo por el cual no era aplicado en lo que se refería a particulares (es decir, haber sido puesto en vigor mediante un « decreto de insistencia » como hemos expuesto).

Lo anterior resulta de la explicación oficial dada **en septiembre de 1974** (por consiguiente, antes de la promulgación del DFL N° 746 de 1974), por las Autoridades chilenas en el XV° Periodo de Sesiones Ordinarias de la Comisión del Grupo de Cartagena, celebrado en Lima (Perú). En aquella ocasión los otros países miembros del Grupo (Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Venezuela) criticaban la legislación vigente en Chile, a saber, el DFL N° 600 de 15 de julio de 1974, alegando que dicho decreto :

- « *es contrario a los principios y a la filosofía del régimen establecido por la « Decisión 24 »* »
- « *infringe la « Decisión 24 » y también el art. 27 del Acuerdo de Cartagena,*
- « *no menciona la « Decisión N° 24 » sino que hace tan solo referencia a los compromisos internacionales de cumplimiento válidamente obligatorio en Chile,*
- « *según las explicaciones dadas por oficiales chilenos, dado que la « Decisión 24 » ha entrado en vigor por un decreto de insistencia, cualquier persona puede interponer un recurso contra su aplicación. »*¹⁴⁷

Dicho lo cual, en contra de lo que afirma la demandada¹⁴⁸, aún en su supuesto caso de que la « Decisión N° 24 » del Grupo de Cartagena hubiera sido efectivamente aplicada en 1972, aquella no era aplicable a la inversión del Sr. Pey, por razón de su objeto, como vamos a demostrar a continuación.

¹⁴⁶ Memorial de Incompetencia: pp. 3.2.2.6; 3.3.3.2; 3.3.3.3; 3.3.4.2. Réplica: p. 3.1.4.4.

¹⁴⁷ Docs. C100 y C101.

¹⁴⁸ Memorial de Incompetencia, pp. 3.3.3.5; Réplica: pp. . 3.1.3; 3.1.4.3 y 3.5.14.

V.4.6.

La Decisión N° 24 del Grupo de Cartagena

Según se desprende de las publicaciones sobre inversiones extranjeras en Chile en 1972, el principio de libertad de invertir en capitales internacionales prevalecía y no suponía la existencia de procedimientos administrativos de admisión previa en la medida que el inversor no optaba por las franquicias en materia de control de cambios respecto de la transferencia hacia el exterior de los capitales y/o beneficios.

Así se puede constatar en los documentos aportados por las demandantes:

1. LAU (S.F.): The Chilean Response to Foreign Investment. New York, Praeger Publishers, **1972**, constata el carácter facultativo de las franquicias del DFL N° 258 y del Decreto N° 1.272, la igualdad de derechos y obligaciones entre los inversores nacionales y extranjeros, la no aplicación de la Decisión N° 24 del Grupo de Cartagena (« *aún no está claro el valor legal de la Decisión 24 en cada nación en particular* »), la ausencia de regulación de las inversiones extranjeras.¹⁴⁹
2. SCHLIESSER(P.)-VOLNAY(S.) :« Régime des investissements étrangers à l'intérieur du Marché commun andin », Journal de Droit International, 1972, N° 3, pp. 558-571, constataba en **mayo de 1972** (la fecha en que el Sr. Pey compraba CPP S.A. en Estoril) que las Autoridades de Chile « *todavía han adoptado las decisiones últimas necesarias para que las medidas previstas por el Código [Andino] puedan ser aplicadas* » ;¹⁵⁰
3. JOUVIN (Jean-Jacques) : « Le Bloc Andin : Structures, objectifs, perspectives », en Notes et Études Documentaires, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, N° 3949-3950, 20 de diciembre de 1972, explica como la característica principal de la « Decisión N° 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.¹⁵¹

¹⁴⁹ Doc C116, páginas 17, 27, 28 y 30.

¹⁵⁰ Doc C117, páginas 558 à 571.

¹⁵¹ Doc C118, página 71.

He aquí dos de las razones por las cuales la « Decisión N° 24 », incluso si hubiera sido efectivamente aplicada en 1972 (lo que no era el caso), no se refería a la inversión en CPP S.A. (una empresa chilena) efectuada por un ciudadano que era, por supuesto, español, pero que entonces se beneficiaba de las ventajas del Convenio de Doble Nacionalidad de 24.05.1958¹⁵² ;

4. CARRAUD (M.) : « Nature et portée de l'accord d'intégration sous-régionale andine », Notes et Études Documentaires, LA DOCUMENTATION FRANÇAISE, N° 4421-4422-4423, 21 de octubre de 1977, constata que antes de 1974 la Decisión N° 24 del Grupo Andino no había sido aplicada efectivamente;¹⁵³
5. Los documentos oficiales del Grupo de Cartagena acerca de la Decisión N° 24 de 31 de diciembre de 1974, aportados durante la audiencia de 29 de octubre de 2001, demuestran que el testimonio del Presidente actual del Banco Central de Chile, presentado por la demandada después de que estuviera cerrado el procedimiento el 5 de mayo de 2000, estaba equivocado. Se trata de los documentos siguientes :
 - 5.1 el « Informe de la Junta sobre las disposiciones legales de los Países miembros en relación con la Decisión N° 24 », de fecha 8 de septiembre de 1974 (doc. C100) ;
 - 5.2 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 (doc. C101) ;
 - 5.3 el « Acta final del XX° Período de Sesiones Ordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena », celebrado el 4 de agosto y el 30 de octubre de 1976 (doc. C102) ;
 - 5.4 el « Acta final del XIII° Período de Sesiones Extraordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena », celebrado del 27 de mayo al 5 de junio de 1974 (doc. C103) ;
 - 5.5 el Decreto-Ley N° 600, de 13 de julio de 1974, de la República de Chile, sobre Inversiones Extranjeras (versión

¹⁵² Ver docs. C64, C68.

¹⁵³ Doc C119, página 64.

original promulgada en el D.O. el 13 de julio de 1974, doc. C104).

V.4.7

Las disposiciones que regulan las inversiones en el referente a la transferencia fuera de Chile del capital y de los beneficios

No existía en Chile en 1972, como tampoco existe hoy, ninguna norma interna que haga obligatoria (*mandatory*) la aprobación o el registro de una inversión española en Chile. La página web del Comité de Inversiones Extranjeras precisa :

“Does every foreign investor need to sign a contract with the State of Chile?”

No. A foreign investor can choose between two mechanisms:

- a) The Foreign Investment Statute (DL 600) or*
- b) Chapter XIV of the Compendium of International Exchange Regulations, published by the Central Bank of Chile.*

The latter establishes that all loans, deposits, investments and equity contributions of over US\$ 10,000 -made through the formal Exchange Market- must be reported to the Central Bank.”¹⁵⁴

Volveremos más adelante a la función específica del Capítulo XIV del Banco Central respecto del control de cambios, su carácter facultativo, su coexistencia legal en Chile con el Mercado de Cambios Informal, y la imposibilidad de asimilar estos conceptos con el muy distinto de “inversión extranjera” y aún menos con la definición que de esta última hace el art. 1.2 del API España-Chile.

V.4.8

No pertinencia de las disposiciones relativas a inversiones que se procuran el derecho de transferir los capitales fuera de Chile

La demandada no ha presentado ninguna prueba de que alguna norma interna hubiera obligado en 1972 a los inversores internacionales a que, necesariamente, pidieran beneficiarse de las franquicias respecto del control de cambios en relación a la repatriación del capital invertido, derecho cuya concesión habría requerido el registro de la inversión. Aquella solicitud era entonces facultativa, al igual como lo es hoy.

La demandada busca crear una confusión cuando aplica las normas relativas a las franquicias respecto de la **transferencia de capitales hacia el exterior de Chile** -que en 1972 estaba sometida al régimen del Control

¹⁵⁴ La página web puede ser consultada en www.cinver.cl.

de Cambios- a una operación financiera totalmente diferente, no reglamentada, como fue la compra de una empresa chilena convenida en el extranjero y pagada en divisas de EE.UU en favor de la cuenta bancaria extranjera del vendedor.

El Sr. Pey no había pedido en 1972-73 transferir el capital invertido en CPP S.A. hacia el exterior de Chile, las normas entonces en vigor sobre el control de cambio no le son oponibles.

V.4.9.

La Jurisprudencia chilena sobre el control de cambios

El Tribunal Supremo de Chile ha tenido ocasión de estudiar las mismas cuestiones que han sido planteadas por la demandada. Se trataba de un contrato de compraventa, convenido en 1932, en relación con una propiedad situada en el territorio de Chile, entre dos personas físicas residentes en Chile y cuyo precio debía ser pagado en Europa con reichmarks que el comprador decía tener en Alemania. El Tribunal estudió la Ley chilena de control de cambios N° 5107 (análoga, en lo que aquí importa, a la que se encontraba vigente en 1972), y ha resuelto que

“el pago de aquella suma [devida] no estaba subordinado a la intervención del organismo que en él ejerce el control del cambio internacional de monedas chilenas con extranjeras, ya que las operaciones que la ley pone bajo su vigilancia y autorización son aquellas que tienen por objeto la compra o venta de toda clase de monedas y oro en cualquiera de sus formas y las letras, cheques, giros, cartas de crédito, órdenes telegráficas o documentos de cualquier naturaleza que importen traslado de fondos de Chile al extranjero o viceversa; (...) el pago de los reichsmark no importa una operación de cambio, sujeta a los trámites que prescribe la Ley N° 5107 (...) El pago de la parte de precio en moneda extranjera no puede calificarse como una operación de cambio (...), de manera que su solución hiciera indispensable la autorización de la Comisión de Control.”¹⁵⁵

Esta doctrina legal no ha sido modificada desde entonces.

En lo que resulte pertinente, la República de Chile no ha presentado ninguna prueba de que

¹⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Chile del 12 de septiembre de 1936, caso **Ianiszewski c. Meisel**, REVISTA DE DERECHO JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES, TOMO XXXIII, SEGUNDA PARTE, SECCIÓN PRIMERA. Doc C168.

- el vendedor, Sr. Sainte-Marie, no haya repatriado a Chile todo o parte del precio recibido en 1972 por la venta del CPP S.A. (1.280.000 US\$),
- haya existido una norma interna prescribiendo al vendedor de acciones repatriar en todo o en parte el precio de su venta;
- que en su caso, haya exigido al Sr. Sainte-Marie repatriar, en todo o en parte el 1.280.000 US\$;
- haya iniciado una acción judicial contra el vendedor
 1. bien sea por haber vendido las acciones en divisas en el extranjero
 2. sea por haber repatriado el precio cobrado sin observar una norma interna de Chile,
 3. sea por no haberlo repatriado.

Observemos a este respecto que una querrela ha sido interpuesta contra el Sr. Sainte-Marie en septiembre de 1975, por presunto fraude fiscal. La operación de venta de la empresa fue examinada con lupa sin que en aquella se hiciera referencia a cualquier infracción de la naturaleza que estamos considerando.¹⁵⁶

V.4.10

Ni el API España-Chile, ni la Ley interna de 1972, ni la hoy vigente, exigen que un contrato de compraventa de acciones de una empresa chilena convenida en el extranjero en divisas de EE.UU, requiera que el pago del precio sea efectuado en el interior de las fronteras de Chile.

Las definiciones del término **inversión** en los Convenios Bilaterales o multilaterales no hacen la menor referencia a una exigencia de pago en el territorio del país anfitrión. La demandada pretende lo contrario¹⁵⁷ sin aportar prueba alguna.

En efecto, en lo que se refiere al pago de la inversión en capitales internacionales, Chile no ha presentado la menor evidencia de cualquier obligación según la cual el acto de pagar el precio de las acciones de una inversión en capitales internacionales deba, necesariamente, ser efectuado en el territorio del Estado donde se encuentra la sociedad cuyas acciones adquiere el inversor

- a) sea una práctica común de los Estados que han firmado convenios API,

¹⁵⁶ Doc C42.

¹⁵⁷ Réplica sobre la incompetencia: p. 3.5.12.

- b) figure en las leyes internas de Chile vigentes en 1972,
- c) figure en las vigentes hoy en día,
- d) figure, y es lo que más nos importa aquí, en el API España-Chile.

Por el contrario, nosotros vamos a aportar más adelante la prueba de que las acciones de sociedades chilenas son compradas y vendidas hoy en día en Nueva York por inversores que pagan su precio fuera de Chile, como es el caso de las American Depositary Receipts (ADR).

V.5

LA « TRANSFERENCIA DE CAPITALS »

En el punto 115 de su Decisión, el Tribunal de Arbitraje se pregunta sobre la necesidad de tal transferencia y sobre la realidad de esta transferencia en el caso de especie.

V.5.1

El derecho del Fondo Monetario Internacional y el API España-Chile

El derecho que emerge de los acuerdos bilaterales en materia de régimen de libre transferencia de capitales concuerda con el derecho del FMI. Sin embargo, en cuanto se refiere a transferencia de capitales propiamente dichos, el derecho bilateral va sensiblemente más allá de las obligaciones del Fondo, como lo constataba Mann.¹⁵⁸

En los Convenios bilaterales, el término **transferencia** es utilizado generalmente para designar los movimientos de salida.

En el marco del FMI, la limitación de las restricciones administrativas se aplica tanto a los « pagos » como a las « transferencias ». Así, una tasa sobre los beneficios destinados a accionarios no residentes puede ser percibida bien sea en el momento del pago del dividendo, bien sea en el momento de la conversión en moneda extranjera de dicho dividendo. En los dos casos, según el FMI, se trata de una restricción de cambios. Como regla general, los API no se pronuncian sobre este punto.

¹⁵⁸ MANN (F.A.): The Legal Aspect of Money. Oxford, Clarendon Press, 3ème ed., 1971, p. 124 y n. 20.

La experiencia histórica acumulada desde 1945 ha desviado en diversos aspectos las mencionadas reglas del FMI. En primer lugar, la distinción entre transacciones corrientes y transferencias de capitales no ha resultado ser de las más fáciles ; en la práctica, no tiene el carácter resuelto que le atribuyen los Estatutos del Fondo.¹⁵⁹

Así, cuando un exportador recibe fondos en pago de mercancías, en una cuenta bancaria en el extranjero, se trata, en principio, de una transacción corriente ; pero si esos fondos son colocados en una cuenta a plazo, o invertidos en valores mobiliarios, la transacción corriente se transforma en una transferencia de capitales. Es, por consiguiente, difícil para las autoridades monetarias mantener sin punto de contacto un régimen de libertad de las transacciones corrientes y un sistema de restricciones en las transferencias de capitales.¹⁶⁰ El mantenimiento de restricciones a los capitales implica controles, cuando no restricciones, en los pagos corrientes. Inversamente, cuando los Estados se han sometido a las obligaciones del Artículo VIII, han sido llevados a aliviar el régimen de transferencias de capitales más allá de lo que habían a veces previsto.

Ahora bien, Chile está vinculado por las obligaciones del artículo VIII desde que los Convenios Internacionales de Bretton Woods fueron incorporados a su legislación interna por la Ley N° 8.403, de 29 de diciembre de 1945. Convenios que eran de aplicación prioritaria sobre las disposiciones del Decreto-Ley N° 1.272 de 1961, según dispone el art. N° 30 de éste último.¹⁶¹

En conformidad con los artículos VII, sección 3(b)¹⁶², ya citado, y el XIV, sección 2¹⁶³, del FMI, un Estado miembro puede mantener o

¹⁵⁹ MANN, *op. cit.*, pp. 544-5; GOLD (JOSEPH): “International Capital Movements under the Law of the International Monetary Fund”, *IMF Pamphlet Series*, N° 21, 1977, pp.11-2.

¹⁶⁰ MANN, *op. cit.*, p. 542

¹⁶¹ Ver la traducción íntegra en el doc. C112.

¹⁶² “Art. VII. Sección 3. *Escasez de las tenencias del Fondo en moneda.* a) *En caso de que al Fondo le resulte evidente que la demanda de la moneda de un país miembro pone en peligro la capacidad del Fondo para suministrar esa moneda, éste, tanto si ha emitido el informe a que se refiere la Sección 2 de este Artículo como en caso contrario, declarará oficialmente la escasez de dicha moneda, y en adelante prorrateará, en su caso, sus tenencias de la moneda escasa y las que vaya adquiriendo de la misma, teniendo debidamente en cuenta las necesidades relativas de los países miembros, la situación económica internacional en general y cualquier otra circunstancia pertinente. El Fondo emitirá también un informe sobre las disposiciones que adopte.* b) *La declaración oficial a que se refiere el apartado a) servirá de autorización a todo país miembro para imponer, previa consulta con el Fondo, limitaciones temporales a la libertad de realizar transacciones cambiarias en la moneda escasa. Con sujeción a lo dispuesto en el Artículo IV y el Anexo C, el país miembro tendrá plena jurisdicción para determinar la naturaleza de dichas limitaciones, pero éstas no podrán ser más restrictivas de lo necesario para que la demanda de la moneda escasa se limite a las tenencias que el país miembro posea, o a las que vaya adquiriendo, y deberán atenuarse y suprimirse tan pronto como las circunstancias lo permitan.*”

adoptar restricciones, incluso en las transacciones corrientes; pero no puede introducir nuevas restricciones sin la aprobación del FMI. Ahora bien, por su propia naturaleza tales restricciones eventuales (que no tienen relación alguna con una transacción ni comportan transferencia de fondos fuera del país ni solicitud de cambio de ninguna naturaleza) no se aplican al pago de 1.280.000 US\$ que el Sr. Pey satisfizo en Suiza en 1972, en ejecución de los contratos convenidos en Estoril –el 13 de mayo de 1972- y en Ginebra –el 2 de octubre de 1972-.

Lo que Chile ha pretendido en este procedimiento arbitral es contrario al API España-Chile, a la normativa del FMI, a la interna de Chile, que es plenamente coherente con aquella última, y a la práctica financiera internacional.

V.5.2

La « transferencia de capitales » en el API España-Chile

Una inversión en capitales extranjeros, engendra, generalmente, un flujo de recursos. En coherencia con el derecho del FMI arriba citado, se califica como « transferencia de capitales » la exportación de ese flujo de recursos y del capital invertido hacia el exterior del país receptor de la inversión.

Esta situación es la del API España-Chile. Ello con independencia del hecho de que las reglas sobre transferencia de capitales estipuladas en los Convenios de inversiones son derogatorias del derecho internacional general :

“(...) es un principio generalmente reconocido que todo Estado tiene el derecho de determinar por sí mismo sus monedas.”¹⁶⁴

¹⁶³ “Art. XIV. Sección 2. Restricciones cambiarias. No obstante lo dispuesto en otros artículos de este Convenio, el país miembro que haya notificado al Fondo su propósito de acogerse al régimen transitorio en virtud de esta disposición podrá mantener y adaptar a las circunstancias las restricciones a los pagos y transferencias por transacciones internacionales corrientes que estuviesen en vigor en la fecha de su admisión. Sin embargo, los países miembros tendrán siempre presentes en la política cambiaria los fines del Fondo y, tan pronto como las circunstancias lo permitan, adoptarán cuantas medidas sean posibles para establecer con otros países miembros prácticas comerciales y financieras que faciliten los pagos internacionales y el fomento de un sistema estable de tipos de cambio. En particular, los países deberán abolir las restricciones que mantengan con arreglo a esta Sección tan pronto como tengan la certeza de que, sin necesidad de ellas, pueden equilibrar su balanza de pagos en forma que no dificulte su acceso a los recursos generales del Fondo.”

¹⁶⁴ CPIJ, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, Série A, Nos. 20/21 (1929), p. 44. Este *dictum* constituye aún la base del derecho de gentes en materia monetaria.

V.5.2.1

La transferencia de capitales y el Preámbulo del API de 1991

La demandada ha mantenido una confusión deliberada a lo largo del procedimiento alrededor del concepto de “*transferencia de capitales*”. Este concepto tiene en el API una significación muy distinta, de la que sin ningún fundamento, le atribuye la delegación de Chile.

En los API la expresión “transferencia de capitales” tiene en cuenta las consideraciones siguientes:

*“una inversión en territorio extranjero que genera, por lo general, un flujo de recursos en retorno, calificada de “transferencia”. Las transferencias pueden ser periódicas, cuando se trata por ejemplo del reembolso de cánones. En otros casos son puntuales; así, cuando un inversor liquida definitivamente su inversión, y decide repatriar los fondos correspondientes. El tema de la transferencia pone directamente en cuestión los derechos de un inversor extranjero de repatriar los haberes; además, concierne a las relaciones entre las monedas de al menos dos países, y más globalmente, una relación de recursos económicos entre ellos, expresada en términos monetarios y financieros”.*¹⁶⁵

Es en ese sentido como el API España-Chile, de 2.X.1991, se refiere a la noción de “transferencia de capitales” en su Preámbulo:

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

Lo que, hagámoslo constar, no implica en modo alguno que el citado API no cubra otras modalidades de inversión, a fin de crear “*condiciones favorables*”.

Más en particular, este acuerdo se refiere a las transferencias en el artículo 6:

*“Artículo 6.- **Transferencia***

“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 con las mismas, y en particular, pero no exclusivamente, lo siguiente:

¹⁶⁵ LAVIEC (J.P.): Protection et promotion des investissements, op. cit., página 117 y ss. En igual sentido: DOLZER (R.)-STEVENS (M.): ICSID.Bilateral Investment Treaties. The Hague, Martinus Nijhoff Pub., 1995, pp. 85-95.

Las rentas de la inversión tal y como han sido definidas en el artículo 1:

Las indemnizaciones previstas en el artículo 5;

la amortización de préstamos;

El producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión.

*Las **transferencias** se harán en divisas libremente convertibles.*

La Parte receptora de la inversión facilitará al inversionista de la otra Parte o a la sociedad en la que participa el acceso al mercado oficial de divisas en forma no discriminatoria.

*Las **transferencias** se realizarán netas de impuestos, una vez que el inversionista haya cumplido con las obligaciones fiscales establecidas por la legislación vigente en la Parte receptora de la inversión.*

*Las Partes se comprometen a facilitar los procedimientos necesarios para efectuar dichas **transferencias** sin excesivas demoras ni restricciones. En particular, no deberán transcurrir más de un plazo de tres meses de la fecha en que el inversionista haya presentado debidamente las solicitudes necesarias para efectuar la **transferencia** hasta el momento en que dicha **transferencia** se realice efectivamente.*

*Asimismo cada Parte otorgará la posibilidad de **transferir** libremente los sueldos, salarios y demás remuneraciones recibidos por los nacionales de una Parte, que hayan obtenido en la otra Parte las correspondientes autorizaciones, y permisos de trabajo en relación con una inversión.”*

Al igual que el en resto del articulado del API España-Chile, el concepto “*transferencia de capitales*” no tiene otro sentido, la duda no cabe. Es decir, no puede tratarse sino de transferencia hacia el exterior del Estado receptor de la inversión.

Sin embargo, la delegación de Chile pretende, en forma equivocada, que en el Preámbulo del API España-Chile dicha expresión designaría el ingreso de capitales dentro del espacio económico chileno.
166

Después de haber demostrado más arriba que la interpretación de la expresión « *transferencia de capitales* » avanzada por Chile es contraria al derecho del Fondo Monetario Internacional, vamos a constatar también que es contraria a la parte dispositiva del API España-Chile.

En todo caso, y a título subsidiario, diríamos que el dispositivo del tratado habría prevalecido sobre las formulaciones más amplias del preámbulo en caso de duda (la que no cabe aquí). Así, en el caso relativo a la sentencia de arbitraje del 31 de julio de 1989 (Guinea –Bissau c. Senegal), el Tribunal ha resuelto:

¹⁶⁶ Ver Memorial de Incompetencia, pp. 3.2.2; 3.2.2.1; 3.2.2.9; 3.2.2.10; 3.2.2.11; 3.4; 3.5.6; 3.5.16; 6.3.2; 6.3.7.2. Réplica: 3.1.1; 3.1.2; 3.1.3; 3.5; 3.5.2; 3.5.5; 3.5.7.8; 3.5.7.9, y la nota de vista de 3 y 5 de mayo de 2000, p. 3.

“... si los dos Estados hubieran expresado de manera general, en el preámbulo del compromiso, su deseo de llegar a una solución de su diferendo, no habían consentido a ello más que en los términos previstos en el artículo 2 del compromiso.”¹⁶⁷

El Prof. Eric Suy, ex Secretario General adjunto y Consejero Jurídico de las UN, miembro del Instituto de Derecho Internacional, concluía:

*“de modo general el dispositivo ofrecerá, en razón de su mayor precisión, más claridad, de manera que un recurso a la interpretación por medio del preámbulo resultará sin efecto real. (...) El preámbulo de los tratados parece ser de importancia secundaria; es redactado después que la parte dispositiva”*¹⁶⁸

V.5.2.2

La “transferencia de capitales” en los otros API firmados por Chile

A título indicativo, será útil analizar asimismo las disposiciones de otros acuerdos bilaterales.

En cuanto al reenvío a la legislación interna del Estado receptor

Obsérvese que el API España-Chile, a diferencia de otros API, no reenvía el régimen de la “*transferencia de capitales*” al derecho del Estado receptor¹⁶⁹, como es el caso por ejemplo del artículo N° 6 del Convenio Suiza-Mauritania :

*« Cada Parte se compromete a autorizar, **conforme a la legislación en vigor**, la transferencia del producto del trabajo o de la actividad ejercida sobre su territorio por los ciudadanos, fundaciones, asociaciones o sociedades de la otra Parte, así como la transferencia de los beneficios, intereses, dividendos, cánones y otros ingresos, de las amortizaciones y, en caso de liquidación parcial o total, del producto de ésta. »*¹⁷⁰

¹⁶⁷ *Affaire relative à la sentence arbitrale du 31 julio 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, Sentencia, C.I.J., Recueil 1991, p. 72.

¹⁶⁸ Suy (E.): “Le préambule”, in Liber amicorum M. Bedjaoui, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 262 y 268. Obsérvese, por lo demás, que esta circunstancia hace materialmente imposible retomar en el preámbulo una expresión recurrente del cuerpo del Tratado y atribuirle un significado diferente.

¹⁶⁹ P. ex. el Convenio Suecia-China, art. 4: “Each Contracting Party shall, subject to its laws and regulations, allow without undue delay the transfer in any convertible currency of (...)”. En igual sentido, los Convenios Suiza-Mauritania, art. 6, y Países-Bajos-Malasia, art. IX(1).

¹⁷⁰ Doc C120. Subrayado nuestro.

El API España-Chile aplica el “principio de libre transferencia”, sin restricciones (salvo en lo que se refiere a “*las obligaciones fiscales establecidas por la legislación vigente en la Parte receptora de la inversión*” y los salarios de los trabajadores).

Cuando Chile ha deseado el reenvío del régimen de “transferencia de capitales” al derecho del Estado receptor, lo ha estipulado expresamente. Por ejemplo, en el API Chile-Malasia ya citado (doc. C114):

“Artículo 5 : Repatriación de la Inversión

“1. Cada Parte Contratante, con sujeción a sus leyes, reglamentos y políticas nacionales, autorizará sin demora injustificada la transferencia en cualquier divisa de libre convertibilidad de (...)”

En el API España-Chile el principio de libre transferencia de los capitales invertidos reviste una forma positiva –en lugar de una prohibición de prohibir la transferencia de capitales- y no se refiere al derecho interno. España y Chile han seguido el modelo del API convenido entre Alemania e Indonesia, cuyo art. 4 dispone:

“Cada Parte Contratante deberá, en relación con la inversión, garantizar a los nacionales o a las compañías de la otra Parte Contratante la libre transferencia del capital, de los beneficios del mismo y, en caso de liquidación, del resultado de tal liquidación.”¹⁷¹

Modalidades técnicas o administrativas

El API España-Chile, a diferencia del Convenio Chile-Malasia o Suiza-Indonesia, por ejemplo, no distingue entre la norma –la libre transferencia de capitales- y las “*modalidades técnicas o administrativas*” de la transferencia que están sometidas al derecho del Estado territorial.

El art. 5 del API Suiza-Indonesia dispone:

“1. Cada Parte Contratante en cuyo territorio han sido hechas inversiones por ciudadanos o sociedades de la otra Parte Contratante concederá a esos ciudadanos o sociedades la libre transferencia.

“2. Las modalidades técnicas o administrativas de tal transferencia están sometidas a la legislación o a las ordenanzas y reglamentos vigentes en el territorio en el cual ha sido efectuada la inversión.”¹⁷²

¹⁷¹ En el mismo sentido: Conv. Suiza-Ecuador, art. 2; Bélgica-Egipto, art.4; Francia-Malta, art. 7(1); Países-Bajos-Tailandia, art. VIII(1); Reino-Unido-Rumanía, art. 5.

¹⁷² Doc C121 Subrayado nuestro.

La forma incondicional de la libre transferencia de capitales establecida en el API España-Chile parece reflejar una posición de principios en contra de cualquier medida restrictiva en el campo monetario. Este principio está afirmado del modo más nítido en algunos Convenios concluidos por Suiza¹⁷³, como entre Suiza y Jordania

“Art. 3: Libre transferencia

1. Cada Parte Contratante en cuyo territorio han sido realizadas inversiones por ciudadanos o sociedades de la otra Parte Contratante concederá a esos ciudadanos o sociedades la libre transferencia:

a) de los intereses (...).”¹⁷⁴,

y entre Suiza y Mali :

« Art. 4 : Libre transferencia

« Cada una de las Partes Contratantes, en cuyo territorio los ciudadanos o sociedades de la otra Parte Contratante han realizado inversiones, concederá a esos ciudadanos o sociedades la libre transferencia :

a) de los intereses (...). »¹⁷⁵,

e igualmente en el API concluido por Chile con el Reino Unido (D.O. 23.06.97):

ARTICULO 6

“Repatriación de las Inversiones y Retornos

“Con respecto a las inversiones, cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, la libre transferencia de sus inversiones y retornos. Las transferencias se efectuarán sin demora en la moneda convertible en que el capital fue invertido originalmente o en aquella otra moneda convertible que sea acordada por el inversionista y la Parte Contratante en cuestión.

Las transferencias se efectuarán al tipo de cambio aplicable en la fecha de transferencia en conformidad con las normas de cambio vigentes.”¹⁷⁶

Así cuando Chile ha deseado incorporar una restricción a la libre transferencia de capitales lo ha especificado en el API correspondiente, como en el punto (3) del art. 7 del API Chile-Dinamarca (D.O. 30.11.95):

ARTICULO 7

“Repatriación y Transferencia de Capital y Rendimientos

¹⁷³ Algunas cláusulas de Convenios suscritos por Suiza se intitulan “Libre transferencia”; el principio es ahí formulado de manera incondicional, cf. p.ex. Conv. Suiza-Jordania, art. 3; Suiza-Mali, art. 4.

¹⁷⁴ Doc C122.

¹⁷⁵ Doc. C123.

¹⁷⁶ Doc. C124.

- “1) Cada Parte Contratante deberá permitir sin demora la transferencia de:
- a) el capital invertido, el producto de la liquidación o enajenación total o parcial de la inversión;
 - b) intereses, dividendos, utilidades y otros rendimientos;
 - c) los pagos efectuados para el reembolso de los créditos para las inversiones;
 - d) los pagos resultantes de los derechos enumerados en el Artículo I, párrafo 1) iv) del presente Convenio;
 - e) un monto adecuado de las remuneraciones de los extranjeros que estén trabajando en relación con una inversión efectuada en el territorio de la otra Parte Contratante.
- 2) Las transferencias de dinero en virtud de los Artículos 5, 6 y de la sección 1) de este Artículo, se efectuarán en la moneda convertible en que se hizo la inversión o en cualquier moneda convertible si se acordare de ese modo por el inversionista, al tipo de cambio vigente en la fecha de la transferencia.
- 3) Las transferencias relativas a inversiones efectuadas en virtud del Programa Chileno de Conversión de la Deuda Externa están sujetas a reglas especiales. Sólo se puede transferir el capital propio un año después que haya entrado al territorio de la Parte Contratante, salvo que su legislación estipule un tratamiento más favorable.”¹⁷⁷

Es igualmente el caso en el API Chile-Malasia ya mencionado:

Artículo 5

“Repatriación de la Inversión

“1. Cada Parte Contratante, con sujeción a sus leyes, reglamentos y políticas nacionales, autorizará (...)”.¹⁷⁸

Ninguna de esas limitaciones se encuentra en el API España-Chile, que sigue el modelo de los API donde el principio de libre transferencia reviste una forma positiva y no se refiere al derecho interno (a excepción de lo que concierne a las obligaciones fiscales previas a la transferencia de los capitales invertidos).

En cuanto al vínculo entre transferencia de capitales y control de la introducción de la inversión

En algunos API Chile ha establecido, siempre a diferencia del convenio con España, un vínculo entre el control de la admisión de la inversión en el Estado receptor y la **transferencia de capitales** hacia el exterior, como en el API Chile-Filipinas (D.O. 06.11.97):

“El Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Filipinas en adelante denominados las “Partes Contratantes”;

¹⁷⁷ Doc C125. Subrayado nuestro.

¹⁷⁸ Doc C114.. Subrayado nuestro.

Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio mutuo de ambos países;

Con la intención de crear y mantener condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante que impliquen la transferencia de capitales al territorio de la otra Parte Contratante; (...)”.

ARTICULO I

Definiciones

“Para los efectos del presente acuerdo:

*(...) 2) "inversión" significa toda clase de activos, **autorizada** de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante e incluirá, en particular, aunque no exclusivamente.”*

ARTICULO V

Libre Transferencia

“1) Cada Parte Contratante autorizará, sin demora a los inversionistas de la otra Parte Contratante para que realicen la transferencia de los fondos relacionados con una inversión en moneda de libre convertibilidad, en particular de:

- a) intereses, dividendos, utilidades y otros retornos;*
- b) amortizaciones de un contrato de préstamo relacionado con la inversión;*
- c) el capital o el producto de la venta o liquidación total o parcial de las inversiones; y*
- d) compensación por expropiación o pérdida descritas en el Artículo VI de este Acuerdo.*

*2) La transferencia se realizará al tipo de cambio vigente a la fecha de la transferencia en conformidad con las leyes, normas y reglamentos de la Parte Contratante que haya **admitido** la inversión”.*¹⁷⁹

Y el API Chile-Ucrania (D.O. de 29.08.1997):

“Artículo 1: Definiciones

“A los efectos del presente acuerdo:

*(...) 2) "inversión" significa toda clase de activos, siempre que la inversión haya sido **autorizada** en conformidad con las leyes y reglamentos, de la otra Parte Contratante (...)*”.

“ARTICULO 5: Libre transferencia

*1) Cada Parte Contratante **autorizará**, sin demora, a los inversionistas de la otra Parte Contratante, la transferencia en moneda de libre convertibilidad de los fondos relacionados con una inversión (...)*”.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Doc C126. Subrayado nuestro.

¹⁸⁰ Doc C127. Subrayado nuestro.

V.5.3

The World Bank Guidelines

Las Directrices del Banco Mundial relativas a las inversiones extranjeras consideran, por su parte, que “*transferencia de capitales*” significa “*la transferencia del capital invertido y sus beneficios*” desde el país receptor de la inversión hacia el país y destino libremente escogido por el inversor.¹⁸¹

La Directriz III.6 prevé:

“6. (1) Con respecto a la inversión privada en su territorio por otros nacionales de otros Estados todos los Estados:

a) Permitirán la libre transferencia periódica de una parte razonable de los sueldos y salarios del persona extranjero; y, al liquidar la inversión o en caso de poner término anticipado a contratos de empleo, permitirán la transferencia inmediata de todos los ahorros provenientes de tales sueldos y salarios;

b) Permitirán la libre transferencia de los ingresos netos provenientes de la inversión;

c) Permitirán la transferencia de la sumas que sean necesarias para el pago de deudas contraídas o el cumplimiento de otras obligaciones contractuales contraídas en relación con la inversión, a medida que estas vayan venciendo;

d) Al liquidar o vender la inversión (ya sea parcial o totalmente) permitirán la repatriación y transferencia del importe neto de dicha liquidación o venta y de todos sus aumentos en forma inmediata ; en los casos excepcionales en el que el Estado enfrente escasez de divisas, dicha transferencia podrá hacerse en cuotas dentro de un período lo más corto posible que, en ninguna circunstancia podrá exceder cinco años a partir de la fecha de liquidación o venta, sujeto al pago de intereses, como se dispone en el párrafo (3) sección VI de esta Directriz y

permitirán las transferencias de cualesquiera otras sumas que tenga derecho el inversionista, como las pagaderas de conformidad por lo dispuesto en las Directrices IV y V.

(2) Conforme a los dispuesto en el párrafo (1) de la Sección VI de esta Directriz en relación con las transferencias, éstas se harán (a) en la moneda ingresada por el inversionista si ésta sigue siendo convertible, en otra moneda determinada por el Fondo Monetario Internacional como de libre uso, o en cualquier otra moneda aceptada por el inversionista (b), al tipo de cambio del mercado vigente al momento de efectuar la transferencia.

¹⁸¹ World Bank; Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol. II: Guidelines. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. 1992, páginas 19–24, 38-41.

(3) En el caso de las transferencias mencionadas en el párrafo (1) de la Sección VI de esta Directriz, y sin perjuicio de lo dispuesto en la Secciones 7 y 8 de la Directriz IV en los casos en que estas se apliquen, cualquier demora en las transferencias que deban hacerse a través del banco central (u otra autoridad pública autorizada) del Estado receptor estará sujeta al pago de intereses, a la tasa normal aplicable a la moneda nacional de que se trate, por el período que medie entre la fecha en que dicha moneda local haya sido proporcionada al banco central (u otra autoridad pública autorizada) para su transferencia y la fecha en que esta se lleve efectivamente a cabo.

(4) Las disposiciones establecidas en esta Directriz con respecto a la transferencia de capital también regirán para la transferencia de cualquier indemnización en caso de pérdidas o daños sufridos como consecuencia de una guerra, lucha armada , revolución o insurrección, en la medida en que dicha indemnización pueda debérsele al inversionista de conformidad con lo dispuesto en la ley aplicable.”

V.5.3.1

El Sr. Ibrahim F. I. Shihata comentaba en su libro Legal Treatment of Foreign Investment: ‘The World Bank Guidelines’ (1993) :

“With respect to the treatment of foreign investments and particularly the issue of free transfer of funds, some variety was found in the source materials by the authors. Two types of trends were discerned in bilateral investment treaties. In both approaches adopted by these treaties, states undertook to accord foreign investors treatment which is “fair and equitable.” This provision was often coupled with a reference to the most favored nation or national treatment standard. All the investment treaties reviewed allowed for free transfer of funds without delay or undue delay. (...) Most national investment codes allowed the transfer of capital and profits in accordance with the host state’s foreign exchange and other regulations, while some included minimum performance requirements. The survey of arbitral awards found that some tribunals had interpreted the treatment provisions of investment treaties quite broadly.” (pp. 50-52);

“Thus, the word “foreign” can be understood to include not only investments made by investors which are nationals of a state other than the host country but also investments made by local investors using funds transferred from outside the host country or foreign exchange savings regardless of their location at the time of the investment. The MIGA Convention, in an attempt to meet concerns relating to the repatriation of flight capital, adopted a provision which extended eligibility for MIGA insurance coverage to nationals of the host country, if the assets to be used in the investment are transferred from abroad”. (p. 68)

“Section 6 of draft guideline III dealt with the issue of the free transfer of funds out of the host country, which is a particularly critical area in the treatment of foreign investment. (...)The draft guideline reflected the trend which has evolved in other instruments and provided investors with the greatest possible freedom in this regard. Such an approach follows the global liberalization of capital flows and the increasing relaxation or lifting of exchange restrictions in many countries.” (p. 81)

“In the background studies, it was found that many of the bilateral investment treaties and several national investment codes which were surveyed guaranteed the transfer of amounts required to make debt service payments. Id. At 35 to 120.

“Of the 253 bilateral investment treaties surveyed, more than 40 recognized that the balance of payments position of developing countries may make it difficult for them to allow immediate transfers of large sums of foreign exchange and therefore allowed for such transfers to be broken down into installments, with 24 bilateral investment treaties providing for the payment of interest for delayed transfers. (...)In the case of national investment codes, 12 out of the 48 codes reviewed expressly provided for the transfer of capital in installments or after the expiry of a specified period.” (p. 83)

“(…), states could only refuse admission to investments in those sectors reserved by law to the state’s nationals for reasons of economic development objectives. This phrasing removed the discretionary element at the time of admission and adopted a sectoral negative list approach.” (p. 108)

V.5.3.2

Las Directrices del Banco Mundial en cuanto al marco jurídico para el tratamiento de las inversiones extranjeras

Asimismo, « *The Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* », del Banco Mundial, complementarias de las API, se aplican a

« inversiones que son efectuadas por nacionales del propio país, en este caso originarios del país, pero con fondos procedentes del extranjero. Comparados los artículos 13 del Convenio MIGA que abre la posibilidad de igualar a los inversores nacionales locales con los inversores extranjeros a efectos de acogerse a las garantías de la Agencia en la medida que los inversores nacionales transfieren fondos procedentes del extranjero al país receptor. »
182

¹⁸² World Bank; Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol. II: Guidelines. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. 1992, página 15 y nota 13.

V.6

La inversión extranjera en el programa de conversión de la deuda externa chilena y los API firmados por Chile

El art. 5.5 de la versión inglesa del API Chile-Suecia –unido a la nota de vista de las demandantes de 30 de octubre de 2001- se sirve del término « *equity capital* ». Durante la audiencia de aquél día se planteó el alcance de esta noción.

En primer lugar, se observa que en los API suscritos entre Chile y Finlandia (firmado el 27 de mayo de 1993), y entre Chile y Dinamarca (firmado el 28 de mayo de 1993), que los puntos 4 y 5 de este art. 5 del API Chile-Suecia (firmado el 24 de mayo de 1993)¹⁸³ aparecen reunidos en un solo punto :

“Las transferencias relativas a inversiones efectuadas en virtud del Programa Chileno de Conversión de la Deuda Externa están sujetas a reglas especiales. Sólo se puede transferir el capital propio un año después que haya entrado al territorio de la Parte Contratante, salvo que su legislación estipule un tratamiento más favorable.”

El sentido de estas disposiciones aparece claramente al examinar el programa de la conversión de la deuda externa en vigor a partir de finales de los años 80.

En el estudio que se acompaña, fechado en diciembre de 1989 y elaborado por un Gabinete de abogados especializado en inversiones extranjeras en Chile¹⁸⁴, aparece que

- a) Las inversiones extranjeras pueden ingresar libremente en Chile ;
- b) es optativo adherir al Compendio de normas sobre Cambios internacionales del Banco Central, así como al « Estatuto de Inversiones Extranjeras » (Decreto-Ley N° 600, de 13.07.1794), que permiten beneficiarse de los privilegios monetarios y de cambio, bajo el control del Banco Central de Chile, en lo que concierne la repatriación de los beneficios ;

¹⁸³ La versión original en inglés y español ha sido comunicada al Tribunal por las demandantes el 8 de noviembre de 2001.

¹⁸⁴ Doc C128. Este estudio ha sido publicado en la página web --<http://www.hg.org/1046.txt>

- c) el Capítulo XIX del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central ofrece a los no residentes mecanismos optativos de conversión de la deuda externa chilena en acciones (*equity investments*) ;
- d) un inversor originario de un país que no habría suscrito un API con Chile puede, por supuesto, adherir al Estatuto del DFL N° 600, si así lo deseara :
- e) las garantías ofrecidas por los API suscritos por Chile a partir de los años 90 son independientes de las ofrecidas por el « Estatuto de Inversiones Extranjeras » (Decreto-Ley N° 600, de 13.07.1974) ;
- f) un inversor extranjero que no hubiera adherido al Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central (Capítulo XIX) y al mencionado Estatuto de Inversiones Extranjeras (DFL 600), puede, sin embargo, acceder al « mercado paralelo » de divisas para repatriar capital invertido en Chile. Este mercado paralelo, denominado también « informal », es perfectamente legal en Chile.

Un estudio del Fondo Monetario Internacional de 1998 explicaba la situación de este programa optativo de conversión de la deuda externa chilena.¹⁸⁵ Deja constancia de la existencia de otras modalidades de « *equity investments* », y muestra que no todas están bajo el control de las autoridades del Banco Central : « *sus resultados sugieren que los controles de capital fueron efectivos en los seis meses posteriores a su introducción, pero dejaron de ser efectivos después* » (página 178).

¹⁸⁵ Doc. C129 : World Economic and Financial Surveys. International Capital Markets. Developments, Prospects, and Key Policy Issues. Annex IV : “Chile’s Experience with Capital Controls », par Ch. Adams, D.J. Mathieson ; G. Schinasi ; B. Chaha, IMF, Sept. 1998. La totalidad de este estudio es accesible en la página [http:// www.imf.org/ external/ pubs/ ft/ icm/ icm98/ pdf/ file10.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/icm/icm98/pdf/file10.pdf).

V.6.1

El régimen normativo actual de las inversiones extranjeras en Chile

El Presidente del Banco Central de Chile en 1972, el eminente economista Alfonso Inostroza, observaba respecto del Decreto-Ley N° 66 de 1974, en lo que se refiere a las inversiones extranjeras en la actualidad :

*“10.- Es interesante hacer nota que el Artículo primero de este texto legal dice a la letra: “Las personas naturales y jurídicas extranjeras y las chilenas con residencia y domicilio en el exterior, que **transfieran** capitales a Chile y que **celebren un contrato de inversión extranjera**, se regirán por las normas...” La redacción es clara y puede deducirse que pueden existir capitales e inversionistas **que no celebren un Contrato**, los que naturalmente no estarían en condiciones de reclamar los beneficios del Estatuto, circunstancia que **no invalidan** la naturaleza de Inversión Extranjera que posee ese capital”.*

“11.- Este mismo Estatuto estipula que los capitales internados con anterioridad seguirán rigiéndose por las normas que existen al momento de su internación.”¹⁸⁶

V.6.2

Las normas relativas al control de cambios

La regla sobre transferencia de capitales establecida en los Convenios de inversiones son, asimismo, derogatorias del derecho interno general. Haremos, sin embargo, una síntesis de su aplicación práctica por el Banco Central de Chile.

El Presidente del Banco Central entre 1971 y 1973, ha indicado que :

“12.- La nueva Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile de 1991, la cual otorgó “autonomía” a esta institución del Estado, no ha incorporado ninguna referencia al concepto de Inversión Extranjera. En el Párrafo Octavo de esta Ley se consagran las facultades del Banco Central en materia de “Operaciones de Cambios Internacionales” y se define el concepto de Mercado Cambiario Formal el que para efectos de esta Ley se entenderá constituido por las empresas bancarias, y, por expresa autorización del Banco por otras entidades o personas. No hay tampoco referencia en esta Ley Orgánica al Mercado Informal de Cambios el que, no obstante, funciona con entera normalidad en el presente y en el cual se transan libremente todo tipo de monedas extranjeras sin limitaciones de ninguna especie. Los bancos comerciales, instituciones y empresas, así como los particulares, pueden

¹⁸⁶ Doc. C44.

concurrir sin cortapisas a este mercado a través del cual se pueden realizar todo tipo de transacciones no incorporadas al Mercado Cambiario Formal, regulado directamente por el Banco Central”

*“13.- Al Mercado Informal actual puede, entonces, concurrir cualquier particular o entidad que desee ingresar, comprar o vender moneda extranjera sin limitaciones, al tipo de cambio del día y sin obligaciones de acogerse al Estatuto del Inversionista”.*¹⁸⁷

V.6.3

El análisis de la norma en vigor en 1991 es útil para apreciar la situación en 1972.

La regla N° 13 del « Capítulo XIV » del Banco Central de Chile¹⁸⁸, hoy vigente, se aplica a una inversión en divisas tan solo en la medida en que ésta última

« dé o pueda dar origen a una obligación de pago en divisas al exterior por parte de una persona domiciliada o residente en Chile ».

La demandada no ha presentado la versión francesa de la norma N° 13 del “Capítulo XIV”, que dispone:

« Para los efectos de este Capítulo [XIV] se entenderá que los créditos, inversiones y aportes de capital provienen del exterior cuando la obligación que los origina o de la cual emanan, nace o procede de cualquier acto, convención o contrato, nominado o innominado, que dé o pueda dar lugar a una obligación de pago en divisas al exterior por parte de una persona, natural o jurídica, domiciliada o residente en Chile, o que da o pueda dar origen al derecho de transferir al exterior los capitales invertidos o aportados y sus respectivos beneficios. »

« A. NORMAS GENERALES (...) 2.3. Inversiones :

« Cualquier acto, convención o contrato en virtud del cual una parte percibe divisas provenientes del exterior o el producto de su liquidación en el país, con el objeto de adquirir el dominio, usar, gozar o ser poseedor o mero tenedor de valores mobiliarios, efectos de comercio, acciones, derechos sociales y cualquier otra clase de títulos o valores, o bienes raíces o muebles. »

Los criterios establecidos en este « Capítulo XIV » definen, en términos rigurosamente compatibles con la inversión efectuada en 1972

¹⁸⁷ Doc C44, subrayado nuestro.

¹⁸⁸ La demandada ha aportado la versión de 1993 del Capítulo XIV, del que ha omitido traducir la norma N° 13 (doc. N° 19 anexo al Memorial de Incompetencia).

en CPP S.A. « los aportes de capitales procedentes del extranjero », es decir –salvo especificación contraria inexistente- si las palabras tienen un sentido « las inversiones extranjeras ».

Ahora bien, el propio « Capítulo XIV » excluye que el régimen de la regla N° 13 sea aplicable al caso de especie desde el momento en que el inversor había escogido en 1972 no acogerse a los beneficios de las franquicias en materia de control de cambio.

V.6.4

Por otra parte, en lo que se refiere a la evolución reciente de la legislación interna, un estudio publicado por el Fondo Monetario Internacional en 1997 y preparado por R. Barry Johnston, S. M. Darbar y Claudia Echevarria : Sequencing Capital Account Liberalization : Lessons from the Experiences in Chile, Indonesia, Korea, and Thailand¹⁸⁹, constataba :

Página

- 17 « (...) during 1995-96 (...) all foreign exchange transactions were permitted unless specifically prohibited by the central bank, and the parallel foreign exchange market became an informal legal market in which the exchange rate was freely determined (...)».
- « Foreign inflows were also liberalized by allowing the issue of American Depositary Receipts (ADRs), and in 1991 the arrangements for trading shares sold through ADRs were expanded and taxes on dividends were reduced ».¹⁹⁰
- 38 « There is no strong evidence that the reintroduction of controls was particularly effective in limiting overall capital inflows. »
- 43 « 1991 (...) Chapter XXVI was modified so that shares through ADRs could be traded and quoted, not only on official foreign stock markets but privately. »
- 47 « 1995 (...) Portfolio Investment. OF: Chapter XVIII and XIX were eliminated, thus lifting the restrictions on the purchases of selected Chilean debt instruments. OF : Restriction on the remittance of profits abroad (...) was lifted ».
- 51 « There are 2 foreign exchange markets : the official market (...) and the informal market, through which all transactions not required to be channeled through the formal market take place. »
- 52 «On money market instruments. Purchase abroad by residents. The acquisition of money market instruments by individuals and nonfinancial

¹⁸⁹ IMF Working Paper. WP/97/157. Monetary and Exchange Affairs Department. November 1997.

¹⁹⁰ Las ADR de las empresas chilenas se cotizan en la Bolsa de Nueva York. El inversor que las adquiere efectúa su pago en Nueva York.

- companies is not restricted. However, the formal exchange market is not available for these operations. »*
- 53 *«On collective investment securities. Purchase abroad by residents. There are no restrictions for nonfinancial agents, but there is no access to the formal exchange market for these purposes. »*
- 54 *« Controls on credit operations. Commercial credits. By residents to non residents. All types of nonfinancial agents (except pension funds and insurance companies) are allowed to engage in international trade lending, but these operations must be effected through the informal exchange rate. »*
- 55 *« Controls on direct investment. Inward direct investment. Capital contributions to new establishments or shares in existing ones are subject to a 1-year minimum holding period and a minimum amount of US\$10.00. Projects of significant size may be undertaken (...) ».*

V.6.5

La exclusión de las reglas denominadas de la continuidad de la nacionalidad y de la identidad del titular del derecho en el art. 25 del Convenio CIADI y el art. 1.2 del API España-Chile

El ejemplo de las ADR de empresas chilenas cotizadas en la bolsa de Nueva York

El Tribunal encontrará en el anexo C130 el estudio de Mark A. Saunders sobre las ADR (American Depositary Receipts) publicado en febrero de 1994 en el International Business Lawyer.

Alguna de las acciones de empresas chilenas cotizadas en la Bolsa de Santiago de Chile son vendidas, en forma de ADR, en la de Nueva York. Esas ADR de empresas chilenas se cotizan en la Bolsa de Nueva York.

El Preámbulo del API entre España y Chile, de 2.10.1991, dispone que el API se refiere a “*inversiones realizadas por inversionistas de cada una de las Partes en el territorio de la otra*”.

La demandada ha pretendido que para poderse beneficiar del API los capitales extranjeros invertidos en Chile deberían entrar físicamente en Chile (en forma de capital líquido, de cash), y que su admisión debía estar autorizada por las Autoridades chilenas.

Ni el API España-Chile ni la Ley interna de Chile exigen que el capital invertido entre en Chile necesariamente en forma de dinero físico o cash, ni que la admisión de la inversión extranjera deba ser autorizada previamente por las Autoridades.

Como hemos expuesto al comienzo de este desarrollo no es posible confundir lo que se refiere a los « capitales internacionales » transferidos hacia el exterior del país donde fueron invertidos, y lo que se refiere a « cantidades líquidas o cash » destinadas a pagar el precio de una inversión. Estas últimas pueden perfectamente ser satisfechas fuera de Chile, como en el caso de las ADR –en el supuesto caso que la transacción las incluya-.

Por otra parte, se puede introducir fondos en Chile sin realizar inversión ninguna.

Por otro lado, se puede pagar una inversión en Chile sin ninguna transferencia de cantidades líquidas, de ninguna naturaleza, por medio de recursos inmovilizados en el interior de las fronteras chilenas o fuera de las mismas (se puede pagar con transferencias de acciones de sociedades extranjeras, con bonos, ... con empréstitos rusos!, en la medida que sean aceptados por el vendedor de las acciones de una sociedad chilena).

Una prueba de ello. Un inversor español, francés, etc. (y chileno) puede también pagar en Nueva York, en dólares US\$, en ARD de empresas chilenas y recibe a cambio las ADR. Puede, a su vez, transferir a terceros ese capital (las ADR), por actos inter-vivos o *post mortem*.

Ese inversor español o francés (chileno, etc.) no ha introducido físicamente, en forma líquida o cash, sus dólares US\$ en Chile para pagar su inversión en acciones de empresas situadas en Chile. Sin embargo, ha invertido su capital en Chile al comprar y pagar en Nueva York las ADR de empresas situadas en territorio de Chile. El inversor se beneficiará del API firmado entre Chile y el país del que sea nacional el inversor.

Además, el propietario de esas ADR, cualquiera que sea su nacionalidad, puede a su vez transferirlas a terceras personas (es decir, transferir su capital invertido en Chile en forma de ADR pagado en Nueva York) sin tener que pedir ningún permiso a Chile. Así, como lo subraya Mark Sanders

«For the security holder, ADRs offer the opportunity to own foreign securities by means of a mechanism that affords the advantages normally associated

with ownership of securities of domestic United States issuers. (...) The holder of an ADR certificate can transfer the certification in the United States through endorsement and delivery to the depositary. The depositary, in turn, transfers the ownership of the underlying deposited securities by making an entry on the depositary's books (...).

« Upon the death of an ADR holder, the holder's beneficiaries are generally required to comply with only United States inheritance and transfer laws, and not with the laws of the foreign issuer's home country. (...) ADRs may be purchased through brokerage firms like any other security (...) deposited shares underlying the ADRs could be purchased in secondary market transactions without resgistration »¹⁹¹.

Los nuevos propietarios se beneficiarán sucesivamente de la protección del API correspondiente, siempre que

- a) sean ciudadanos de un Estado miembro de la Convención CIADI y hayan suscrito un API con Chile, y
- b) que no tengan la nacionalidad chilena en las fechas críticas establecidas en el art. 25 del Convenio de Washington.

Lo anterior no es sino un ejemplo entre las modalidades corrientes de inversiones en Chile mediante la compra de títulos de empresas chilenas pagados en dólares US\$ en Nueva York por un inversor.

Todo ello es independiente del destino final de los dólares US\$ pagados por el primer comprador de las ADR en Nueva York, o de los dólares pagados por los adquirentes sucesivos.

No hará falta decir que quien compra y paga un ADR en Nueva York no está obligado en modo alguno a preguntar a quien se los vende lo que este piensa hacer con el precio que recibe, ni este último darle explicaciones al respecto.

¹⁹¹ Doc C130: Saunders (Mark A.) "American Depositary Receipts: an Introduction to US Capital Markets for Foreign Companies, International Business Lawyer, February 1994, páginas 59, 60, 61.

V.6.6 Los estudios del FMI sobre Chile

Un estudio publicado por el FMI en diciembre de 1998 constataba el hecho de que

«Chile has been implementing a dual foreign exchange market composed of the official market and the informal market. All current payments and authorized capital transactions, including loan receipts, must be transacted in the official market, while all transactions not required to be channeled through the formal market take place in the informal market.»¹⁹²

Otro estudio del FMI de abril de 1999 había examinado los controles establecidos por el Banco Central de Chile sobre los ingresos de capitales internacionales. Aquel constataba lo hechos siguientes¹⁹³ :

« Controls on Chile's inflows had only a temporary impact in reducing specific inflows because they were affected by avoidance.(...)»

« Between 1991 and 1997, the coverage of the URR [unremunerated reserve requirement] was widened and the rate of the URR increased. In 1998, the authorities suspended the URR –its rate is currently zero percent— with the objective of stimulating capital inflows and reducing pressures on the currency ».

« The main findings are : (i) the URR has been constantly tightened as a result of avoidance and shifts of capital inflows to flows not subject to the URR ».

« Coverage of the URR has been partial in Chile, which may have undermined its effectiveness by allowing substitution possibilities with uncovered flows. Important potentially volatile short-term flows such as trade credits and other non-debt creating capital flows were excluded from the scope of the URR. This was either for constitutional (...) or practical reasons (difficulty of directly controlling informal flows as only formal market transactions are notified to the monetary authorities). »

« (...) while the URR may initially have been effective in reducing capital inflows, participants may soon have found ways to circumvent the restrictions over time (...) ».

« Once the rules on FDI [Foreign Direct Investment] were tightened in 1996 to exclude speculative capital, again another flow, trade credits, started to increase in 1998 as markets may have found a new channel for exempt inflows. »

« Figure 2 suggest that the amounts of net inflows, and net inflows adjusted for the above two government programs are quite different. In

¹⁹² Doc C131: LAURENS (B.)-CARDOSO (J.): Managing Capital Flows: Lessons from the Experience of Chile. IMF Working Paper. WP/98/168, December 1998, p. 14.

¹⁹³ Doc C132: NADAL-DESIMONE (F.)-SORSA (S.): A Review of Capital Account Restrictions in Chile in the 1990s. IMF Working Paper. WP/99/52, april 1999, páginas 1, 4, 6, 12, 14-16, 19-21, respectivamente.

several years the adjusted net inflow is only about half of the non-adjusted one. »

« Official statistics on short-term debt in Chile exclude trade credits, which by underestimating the amount of short-term debt may affect the results of studies on the effectiveness of the URR on the term structure of debt. Given that these credits have increased especially in recent years, when other short-term debt has declined, any analysis based on the evolution of the official stock of Chile's short-term debt with official data from the central bank that excludes trade credits is likely to overestimate the decline in short-term debt. The inclusion of trade credits in 1997, for example, increases the stock of short-term debt from US\$ 1..2 billion to US\$ 5.2 billion. »

Otro estudio del FMI constataba que

« In April 2001. Chile completed a long and careful process of capital account liberalization, and the country is now essentially free of capital account controls. »¹⁹⁴

El 16 de julio de 2001 D. Guillermo Le Fort, «Alternate Executive Director for Chile » del FMI, afirmaba que

« the decision of the Central bank to eliminate all outstanding restrictions on foreign exchange operations successfully culminated a process of gradual deregulation of the forex [foreign exchange] market ». ¹⁹⁵

V.6.7

Por consiguiente, la inversión realizada en 1972 por el Sr. Pey, en cuyos derechos ha sucedido la Fundación española es una inversión en el sentido del Convenio de Washington y del API hispano-chileno. El Tribunal de arbitraje es competente para pronunciarse sobre el tratamiento de que ha sido objeto esta inversión.

Nos remitimos a la exposición complementaria sobre el Fondo en lo que se refiere a la propiedad de las acciones, su estatuto en derecho chileno y la incidencia de la « Decisión N° 43 », de 28 de abril de 2000, del Ministerio de Bienes Nacionales.

¹⁹⁴ Doc C133: IMF. Chile:2001 Article IV Consultation-Staff Report: Public Information Notice; IMF Staff Statement; and Statement by the Executive Director for Chile. July 2001, IMF Country Report N° 01/116, página 16.

¹⁹⁵ Doc C134: IMF. Statement by Guillermo Le Fort, Alternate Executive Director for Chile, July 16, 2001, página 7.

**LOS INVERSORES Y SU NACIONALIDAD ESPAÑOLA
EXCLUSIVA EN LAS FECHAS ESTABLECIDAS EN EL
CONVENIO**

Preliminar :

- El Sr. Pey ha sido desnaturalizado *de facto* después del 11 de septiembre de 1973, sin que, por supuesto, ello haya sido inscrito en los archivos públicos. La calidad jurídica de nacional chileno le fue denegada en los términos del art. 2, párrafo 3° del Convenio de Doble Nacionalidad de 24.05.1958.
- El Sr. Pey ha perdido su domicilio en Chile *ex art.* 4 de la CDN de 1958.
- El 4 de junio de 1974 el Sr. Pey restableció oficialmente su nacionalidad original y exclusiva española, y fijó su domicilio y residencia habitual en España.
- A los efectos del art. 4, párrafo 2, de la CDN de 1958, su domicilio legal está desde entonces en España, con independencia de los cambios de residencia.
- Chile ha intentado imponerle su nacionalidad para desligarse del Convenio de Washington y del API España-Chile, atacar la competencia del Tribunal y privar al Sr. Pey de la legitimidad activa.

Estos puntos han sido desarrollados en nuestra Nota del 15 de octubre de 2001, presentada en respuesta a los 7 documentos remitidos por Chile el 5 de mayo de 2000, en la **Contestación** de 17 de marzo de 1999, en la **Réplica** de 7 de febrero de 2000 y en nuestras notas de vista. Agregaremos ahora algunas observaciones complementarias para responder a las observaciones planteadas por el Tribunal de Arbitraje en su Decisión de 8 de mayo de 2002.

Al igual que en 1975, tampoco el 9 de octubre de 1997 el Gobierno de Chile decía que el Sr. Pey fuera entonces chileno

Recordaremos, en primer lugar, que en el procedimiento seguido ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago en 1975, el Director del Servicio de Impuesto Internos calificaba ya al Sr. Pey de « *ciudadano español* »¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Ver la querrela judicial en el doc. C42, página 5 verso en español.

El 9 de octubre de 1997, veintinueve días antes de la interposición de la **Solicitud** de arbitraje el siguiente 7 de noviembre, el Gobierno de Chile dirigía al Sr. Pey una comunicación por conducto Notarial. El Gobierno respondía en ella a los ofrecimientos de acuerdo amistoso hechos por el Sr. Pey (de acuerdo con la Fundación española) el 30 de abril y 29 de mayo de 1997.¹⁹⁷

El Gobierno de Chile afirmaba « *luego de un cuidadoso análisis* » que « *las autoridades chilenas competentes han concluido* »

a) que el Sr. Pey tenía la nacionalidad chilena **al momento**

- **de su inversión,**
- de adquirir el patrimonio de las dos empresas confiscadas ;

b) sin atribuírsela en 1997, aunque el Sr. Pey se manifestó sin ambigüedad como español en sus comunicaciones del 30 de abril y 29 de mayo de 1997 dirigidas al Gobierno chileno, y que el art. 25 del Convenio de Washington impide el acceso al arbitraje a un doble nacional que sería ciudadano del Estado demandado en la fecha de su consentimiento al arbitraje.

No es sino después de la interposición de la **Demanda** de arbitraje el 7 de noviembre de 1997 cuando algunos funcionarios de la Administración chilena, a iniciativa del director de la delegación chilena en este procedimiento, iban a negar los hechos y cometer actos ilegales a manipular o modificar las tarjetas-índices del Sr. Pey en el Registro Civil¹⁹⁸, en el Registro electoral¹⁹⁹, en el Registro de la Policía de Fronteras²⁰⁰, y a deformar el sentido de los artículos 11 y 12 de la Constitución chilena en una dirección contraria a la Jurisprudencia de la Corte Suprema²⁰¹. El Sr. Brower llegó incluso a pretender que el Sr. Pey

¹⁹⁷ Docs. C142 y N° 11 y 12 anexos a la **Solicitud de** arbitraje del 7.11.1997.

¹⁹⁸ Ver la tarjeta índice del Sr. Pey. Su versión en francés obra anexa a nuestra comunicación de 3 de diciembre de 2001, la aportada por Chile está incompleta y su sentido alterado. La Ley chilena del Registro Civil prohíbe modificar la inscripción sobre la nacionalidad sin consentimiento del interesado o una resolución judicial (docs. C96 y C94).

¹⁹⁹ Ver el doc. N° 9 anexo al Memorial de Incompetencia. Las letras manuscritas “CH” no han sido escritas por el Sr. Pey. Esta fotocopia, no autenticada, ha sido objetada. Un ejemplo de letra manuscrita del Sr. Pey figura en el doc. C52.

²⁰⁰ Ver el doc. N° 9 anexo a la Réplica sobre la incompetencia, donde no figura que el Sr. Pey se hallaba en Chile durante el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, la fecha de su salida ha sido manipulada y adelantada al 27 de agosto de 1973.

²⁰¹ Ver en el doc. N° 14 anexo a la Réplica sobre la incompetencia el informe de los Sres. Cumplido y Ramirez, .

« posee la nacionalidad chilena (...) que nunca perdió y que [la] posee todavía en virtud de la Constitución política de la República de Chile » (alegato del Dr. Brower, audiencia de los días 3, 4 y 5 de mayo de 2002, transcrito en la página 39, citado en el punto 108 de la Decisión del Tribunal de arbitraje de 8 de mayo de 2002).

VI.1 El API

Ley aplicable a la nacionalidad

El art. 1.1 del API España-Chile define al inversor solamente según el criterio de su **nacionalidad**.

Por su parte, las normas legales chilenas que, en 1972, se referían a inversiones de capitales extranjeros²⁰², aún siendo de aplicación optativa no distinguían según la nacionalidad ni el lugar de residencia del inversor.

Según Schreurer²⁰³, para determinar la nacionalidad es necesario aplicar, primero, la ley de la nacionalidad de la que se reclama. Un tribunal internacional puede, sin embargo, ignorar las disposiciones de la Ley nacional, en particular en caso de nacionalidad no efectiva, o en ausencia de vínculo real entre el Estado y el individuo. Ocurre lo mismo cuando la nacionalidad es adquirida involuntariamente en violación del Derecho Internacional :

Así,

« Whether a person is a national of a particular State is determined, in first place, by the law of the State whose nationality is claimed. Questions of nationality are not ruled by the law applicable to the dispute in accordance with art. 42 unless, of course, that law happens to be also the law of the State whose nationality is at issue. But 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 ineffective nationality lacking a genuine link between the State and the individual. See the Nottebohm Case, in which the ICJ ruled : « (...) nationality is a legal bond having as its bases a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties », 1955 ICJ Reports, 23 ».

²⁰² Decreto N° 1.272, del 7 de septiembre de 1961, del Ministerio de Economía, y Decreto-Ley N° 258, de 30 de marzo de 1961, Docs. N° 16 y 17 anexos al Memorial de Incompetencia. Los extractos en francés aportados por la demandada han sido objetados porque la omisión del resto del texto altera el sentido de la parte presentada (art. 30 del Regto. Administrativo y Financiero).

²⁰³ « Commentary on the ICSID Convenio : Art. 25 », ICSID REVIEW, vol. 12, num. 1, Spring 1997. Interpretación del art. 25(2)(a), página 70, párrafo 429.

Schreurer agrega²⁰⁴ que los redactores del Convenio tomaron nota de la necesidad de aplicar el Derecho Internacional para determinar la nacionalidad del inversor, pues el Tribunal debía poder resolver los casos en que el Estado demandado impusiera su nacionalidad al inversor :

“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, pp. 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 (at pp. 582, 658, 705, 868, 874, 876/7).”

Prosigue²⁰⁵ indicando que cuando se redactó el Convenio fue discutido el problema de la imposición de la nacionalidad como un medio para que el Estado eludiera su obligación de someter el diferendo al CIADI, lo que no podía ser permitido por el Tribunal :

“The host state may not impose its nationality on a foreign investor for the purpose of withdrawing its consent. During the Convention’s drafting the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Center.” (History V.II pp. 658, 705, 876). But it was decided that this question could be left to the decision of the conciliation commission or arbitral tribunal (at pp. 868, 874, 877). »

VI.2

Ni el domicilio ni la residencia del inversor son criterios que haya retenido el API España-Chile a efectos de su aplicación

En contra de lo que pretende la demandada²⁰⁶, el API España-Chile no restringe ni condiciona la aplicación del principio de nacionalidad a la residencia o al domicilio. Es un principio compartido por la gran mayoría de los API :

*« la residencia, el domicilio o el lugar de establecimiento de los nacionales parecen indiferentes en relación con los Convenios [API]. Estos se aplican a los haberes de persona físicas situados en el territorio de la otra Parte ; importa poco que esas personas se hayan establecido en el territorio del Estado de acogida o que permanezcan en el territorio de su Estado nacional ».*²⁰⁷

²⁰⁴ Página 70, pár. 430.

²⁰⁵ Página 75, pár. 447.

²⁰⁶ Memorial de Incompetencia: p 1.2.5.2; Réplica pp. 1.1.8.1;1.1.17; 1.1.17.3.2.

²⁰⁷ J.P. LAVIEC: Protection et promotion des investissements, Paris, PUF, 1985, página 39.

El API España-Chile **tiene su eje en la sola nacionalidad del inversor, y no en su domicilio ni en su residencia**. El hecho de que el inversor tenga su domicilio o su residencia en el Estado de acogida es indiferente.

Sin embargo, los hechos en que se apoya la demandada para demostrar que el Sr. Pey habría tenido la nacionalidad convencional chilena a lo largo de los años 90²⁰⁸ son hechos relativos a actividades propias de una persona extranjera que se encuentra en Santiago –tales como la necesidad de servirse de un Rol único tributario (RUT), el derecho de inscribirse en el Registro electoral y votar en las elecciones municipales, etc.- Es decir, hechos y actividades perfectamente compatibles con la definición del término **inversor** ex art. 1.1. del API.

Aquellas no implican, en este caso, ninguna toma de posición por parte del Sr. Pey Casado en el sentido de reclamar, en manera alguna, anular la desnaturalización de la que fue objeto.

Recordaremos que la Ley interna de Chile concede a los extranjeros el derecho de voto en las elecciones municipales.

Una vez establecido que el Sr. Pey tiene la nacionalidad efectiva y exclusiva española en las dos fechas previstas en el art. 25 del Convenio del CIADI, los ejemplos aportados por la demandada, extraídos de sus estancias en Santiago, carecen de importancia para determinar la nacionalidad a los efectos del API y del Convenio de Washington.

En otros términos, si en la Ley chilena de 1972, las cuestiones de la residencia y del domicilio del inversor no determinaban la calidad « extranjera » de la inversión (art. 2.1 del API), aquellas no pueden trabar en 1997 el acceso al API de un inversor de nacionalidad española (art. 1.1 del API).

Para un Tribunal Internacional la cuestión de la nacionalidad es una cuestión de derecho, no de hechos. Como se afirma en el Caso **Pinson** :

*« ... pues en realidad el « hecho » de la nacionalidad (que, dicho sea incidentalmente, no es de modo alguno un « hecho » si no más bien una relación o una situación jurídica, que apenas es susceptible de pruebas directas) es mucho más complicada »*²⁰⁹

²⁰⁸ Es el 4 de mayo de 1989 cuando el Sr. Pey efectuó su 1^{er} viaje a Chile desde su partida, en 1973, vid. el doc. N° 9 de la Réplica de la demandada, del 27.12.1999.

²⁰⁹ P.C.I.J., Séries, A, No. 7, p. 19.

En la opinión del Tribunal Permanente Internacional de Justicia en el caso Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Merits) :

« The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such, but there is nothing to prevent the court's giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligation towards Germany under the Geneva Convention »²¹⁰.

En el caso de especie, las demandantes sostienen que Chile no ha obrado en conformidad con el CDN España-Chile respecto del Sr. Pey, ni después del 11 de septiembre de 1973 ni después de la interposición de la Solicitud de arbitraje el 7 de noviembre de 1997.

P. Weis agrega en Nationality and Statelessness in International Law, Sijthoff, 1979, p. 221-222 :

« An international tribunal is free to judge the relevance of such facts for the determination of nationality, but in doing so it may have to take into account municipal rules of evidence (e.g. the amount and nature of the evidence of nationality required for entry in the electoral register, under municipal law will be taken into account by an international tribunal in order to assess the relevance of the fact of voting for the purpose of determining the nationality of de cujus). »

El Tribunal del **caso Flegenheimer**²¹¹ había ya constatado que :

“Cuando una persona está investida de una sola nacionalidad que le es atribuida, sea iure sanguinis, sea iure soli²¹², sea por una naturalización válida²¹³ y que suponga la pérdida cierta de la nacionalidad anterior, la teoría de la nacionalidad efectiva no puede ser aplicada sin riesgo de confusión; carece de un fundamento suficientemente sólido para prevalecer sobre la nacionalidad que se apoya en un derecho estatal. No existe, en efecto, ningún criterio de eficacia demostrada para detectar la efectividad del vínculo a una colectividad política, y las personas que, habida cuenta de las facilidades de desplazamiento en el mundo moderno, tienen, por millares, la nacionalidad jurídicamente cierta de un Estado, pero viven en estados extranjeros donde se encuentran sus domicilios, el centro de su vida familiar y económica, estarían expuestas al desconocimiento, en el plano internacional,

²¹⁰ P.I.C.J., Séries A, N° 7, p. 19.

²¹¹ Decisión de 20 de septiembre de 1958 de la Comisión de Conciliación Italo-Americana, en Annuaire suisse de droit international, vol. XVIII, 1961, pp.155-228. La cita corresponde a pp. 213-214.

²¹² M. Pey es español *iure sanguinis* y *iure soli*, docs. N° 4, anexo a la **Solicitud**, y C10.

²¹³ Las autoridades de Chile han eyectado, *de facto*, al Sr. Pey del Convenio de doble nacionalidad tras el Golpe de Estado, privándole de todos los derechos que constituyen su contenido.

de la nacionalidad que poseen indiscutiblemente en virtud de las leyes de su Estado nacional²¹⁴, si esta doctrina estuviera generalizada”.

Más recientemente, el 17 de mayo de 2002, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha recordado, por unanimidad, que el principio del ejercicio habitual de los derechos civiles y políticos es el criterio para determinar la nacionalidad cuando una persona ostenta varias.²¹⁵ Según este principio, ¿cuál habría sido la nacionalidad del Sr. Pey después del 11 de septiembre de 1973? Parece evidente que no habría podido ser nombrado a un Tribunal Internacional en tanto que ciudadano chileno... contrariamente en lo que se obstina en repetir la parte adversa²¹⁶.

VI.3

Las objeciones de la demandada respecto de la nacionalidad exclusiva española del Sr. Pey

La demandada no ha cuestionado la nacionalidad exclusiva española de la Fundación demandante.

Por el contrario, la delegación de chilena ha pretendido a lo largo del procedimiento que la nacionalidad del Sr. Pey era la chilena en las fechas previstas en el art. 25 del Convenio de Washington.²¹⁷ Para sostenerlo ha planteado la demandada las objeciones siguientes :

1. que el Estado de Chile no habría desconocido jamás la nacionalidad convencional chilena del Sr. Pey,²¹⁸
2. que la nacionalidad chilena no se pierde por renuncia²¹⁹,
3. que la Constitución de Chile no autoriza la renuncia a la nacionalidad chilena a los ciudadanos chilenos naturalizados²²⁰,

²¹⁴ El Estado español ha proclamado la nacionalidad exclusiva española del Sr. Pey en las Notas Verbales dirigidas al Gobierno de Chile (docs. C24 a C26), en el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de febrero de 2001 (docs. anexos a las comunicaciones dirigidas al Centro el 14 de abril de 2000 y el 19 de febrero de 2001), en las declaraciones del Ministro de Asuntos Exteriores español ante la Cámara de Diputados de 16 y 25 de junio de 1999 (docs. C3 y C6). Chile ha pretendido excluir de este procedimiento el derecho del Estado español de interpretar la aplicación del Convenio bilateral hispano-chileno de 25 de mayo de 1958 a uno de sus nacionales en un caso flagrante de infracción al mismo por la otra Parte contratante.

²¹⁵ Resolución 1411 (2002) del Consejo de Seguridad, de 17 de mayo de 2002, Doc aquí anexo C145.

²¹⁶ Para la delegación de Chile el Sr. Pey no habría perdido jamás la nacionalidad chilena (Memorial de Incompetencia : pp. 1.1.2.3; 1.1.2.4; 1.1.2.5; 1.1.2.6; 1.1.2.7; 1.1.2.8; 1.2.4).

²¹⁷ Memorial de incompetencia pp. 1.1.2.3; 1.1.2.4; 1.1.2.5; 1.1.2.6; 1.1.2.7; 1.1.2.8; 1.2.4

²¹⁸ Réplica: pp. 1.1.3; 1.1.4; 1.1.5.4

²¹⁹ Memorial de Incompetencia: pp 1.1.4; 1.2.3.11; 1.2.3.12; 1.2.3.13; 1.2.3.14; 1.2.3.15; 1.2.3.16; 1.2.7.1; 1.2.7.2; Réplica: pp. 1.1.6; 1.1.12; 1.2.1; 1.2.1.3 ; 1.1.5.4;

²²⁰ Memorial de Incompetencia: p. 1.1.4.3. Réplica: pp. 1.1.9.3

4. que la fecha de inscripción en el Registro Civil de la pérdida de la nacionalidad chilena tendría, en todo caso, efectos constitutivos²²¹, y habría surtido efecto, por consiguiente, el 4 de agosto de 1998,
5. que esta inscripción en el Registro Civil puede ser anulada sin autorización previa del interesado o, en su defecto, sin que sea necesario una resolución Judicial²²², y que en este caso, la inscripción de la renuncia en los registros chilenos ha sido validamente modificada el 23 de junio de 1999 por Orden del Ministerio del Interior.²²³

Estas objeciones son todas contrarias al Derecho chileno y a los principios de Derecho Internacional en materia de nacionalidad, y así lo vamos a demostrar.

VI.4

El Estado de Chile ha desconocido la doble nacionalidad chilena del Sr. Pey después del 11 de septiembre de 1973

Punto 110 de la Decisión del Tribunal de arbitraje de 8 de mayo de 2002

Las autoridades militares de Chile han excluido al Sr. Pey del sistema de doble nacionalidad hispano-chileno por vías de hecho después del 11 de septiembre de 1973. Esta circunstancia guarda relación con el desconocimiento por el Estado de Chile de todos sus derechos civiles y políticos, que iba a desembocar en la confiscación, el 10 de febrero de 1975, de su inversión en la principal empresa periodística del país.

A partir del 11 de septiembre de 1973 no se puede contemplar el estatuto del Sr. Pey sin tener presente el hecho de que había sido privado, y de qué manera, de todos sus derechos civiles y políticos. Y ello conlleva consecuencias para determinar su nacionalidad.

El 14 de septiembre del 1973 el Sr. Pey se refugió en la Embajada de Venezuela en Santiago.²²⁴ El 27 de octubre siguiente salió de Chile con un salvoconducto²²⁵. El certificado que el Ministerio de Defensa

²²¹ Vid. audiencias de 29-30 de octubre de 2001.

²²² Vid. la transcripción de las audiencias de 3-5 de mayo de 2000 (2); Réplica: pp. 1.2.1

²²³ Ver la tarjeta índice del Sr. Pey. La versión francesa completa ha sido aportada al Centro por las demandantes el 3 de diciembre de 2001.

²²⁴ Docs. C137, C113

²²⁵ Docs. C14, C50 y C13.

Nacional había dirigido al Juez del 8º Juzgado del Crimen de Santiago, el 8 de octubre de 1975 afirma que²²⁶

“VÍCTOR PEY CASADO, abandonó el país con fecha 9 de diciembre de 1974 después de haberse asilado en la Embajada de Venezuela, dirigiéndose por vía aérea a esa misma República.”

En un certificado de 6 de diciembre de 1975 dirigido al mismo Juzgado se sitúa la fecha de salida del Sr. Pey de Chile en el 27 de octubre de 1973 (doc. C13).

En 1973 el Sr. Pey salió de Chile reducido a la condición de extranjero

El art. 1º del Decreto N° 676, de 15 de febrero de 1966, que reglamenta en Chile el régimen de Pasaportes vigente en 1973²²⁷, definía el pasaporte como

*“un documento público que el Gobierno otorga a sus nacionales por intermedio de sus organismos competentes cuando estos **deban** viajar o permanecer en el extranjero”.*

En 1973 el Sr. Pey tenía un pasaporte chileno válido²²⁸. No tenía necesidad de renovarlo en el Registro Civil, organismo competente a estos efectos según el art. 4(b) del Decreto N° 676, de 15 de febrero de 1966.

El art. 3º del Decreto exigía un pasaporte para entrar y salir del territorio de la República, o los documentos que en su reemplazo establecen las leyes, los reglamentos o los convenios internacionales.

La demandada no ha sido capaz de presentar, por supuesto, la prueba de que en 1973 el art. N° 6 del citado Decreto N° 676 de 1966 hubiera sido abrogado.

Según este último artículo los chilenos no podían salir de Chile si no era provistos del pasaporte chileno :

²²⁶ Doc. aquí anexo N° C137

²²⁷ Decreto N° 676, del 15 de febrero de 1966 (J.O. de 7 abril 1966), doc. anexo C143

²²⁸ Ver la Comunicación de la Dirección de la Policía de Chile del 10.11.1999, doc. N° 9 anexo a la Respuesta de la demandada. Esta Comunicación ha sido objetada porque oculta el hecho de que el Sr. Pey se hallaba en Chile el 11.9.1973 y su partida el 27.10.1973 sin documento de identidad alguno.

*« Los chilenos que necesitan salir del país y no estén premunidos de pasaportes diplomáticos u oficiales, **deberán** obtener pasaporte ordinario (...) ».*

En las horas que siguieron al 11 de septiembre de 1973 las nuevas Autoridades requisaron el pasaporte del Sr. Pey en su domicilio, así como sus otros documentos, bienes personales y patrimoniales.

Al extenderle un salvoconducto el 27 de octubre de 1973 para el trayecto entre la Embajada de Venezuela y el aeropuerto de Santiago y salir de Chile hacia Venezuela, vía Lima²²⁹, las Autoridades de Chile trataban al Sr. Pey no como chileno sino como extranjero. El art. N° 20 del Decreto N° 676, de 1966, preveía por lo demás :

“Los extranjeros que deseen salir del país deberán estar premunidos de un salvoconducto (...)”.

Es la única referencia hecha a un salvoconducto en este Decreto sobre los Pasaportes. Un chileno no hubiera podido, pues, acceder a ese tipo de documento.

En el **punto 110** de su Decisión de 8 de mayo de 2002, el Tribunal de arbitraje considera que las demandantes no han demostrado que el Sr. Pey haya sido privado de la nacionalidad *« a raíz de los acontecimientos posteriores al Golpe de Estado militar de 11 de septiembre de 1973 o a raíz de las disposiciones de carácter general o particular adoptadas por el Gobierno chileno ».*

Sin embargo, la entrega de un salvoconducto por las autoridades chilenas muestra que el Sr. Pey no era ya considerado como chileno por las autoridades de la época :

*« Para el derecho internacional general, un doble nacional que tiene las nacionalidades del Estado receptor y de otro Estado o Estados es considerado un nacional del Estado receptor a menos que éste acepte tratarlo de manera diferente ».*²³⁰

Lo anterior no es, por lo demás, si no una ilustración de la privación, puesto de Chile ha perseverado en ella.

²²⁹ Doc C49.

²³⁰ World Bank; Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Vol. II: Guidelines. Report to the Development Committee and Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. 1992, página 16, nota 17.

El hecho de rehusar el pasaporte constituye un « desconocimiento » de la nacionalidad chilena

Nos remitimos en este punto al art. 12 de la Constitución de Chile y a la doctrina de la Corte Suprema de Chile en la Sentencia del 31 de octubre de 1989²³¹, según la cual rehusar extender el pasaporte es asimilado a privación de nacionalidad.

Ocurre, sin embargo, que el Sr. Pey se enfrentó en septiembre-octubre de 1973 a un acto de denegación del pasaporte por parte de las Autoridades chilenas. Lo ha explicado personalmente al Tribunal de arbitraje el 29 de octubre de 2001 :

« El pasaporte chileno al que tenía derecho me fue negado por las autoridades chilenas en las siguientes tres oportunidades:

1.- cuando, semanalmente, el señor embajador de Venezuela en Chile, en cuya residencia me asilé, solicitaba su entrega del ministro de Relaciones Exteriores, durante toda mi permanencia en ella;

2.- al retirarme los agentes de policía del aeropuerto, en el momento de mi salida de Santiago, el único documento que acreditaba mi identidad: un salvoconducto entregado por el ministerio de RR.EE al señor embajador de Venezuela, dejándome absolutamente indocumentado;

3.- por el cónsul de Chile en Caracas cuando, al día siguiente de mi llegada a Venezuela, me presenté ante él solicitándole la entrega de mi pasaporte. El cónsul procedió así tras consultar con las autoridades superiores del ministerio de RR.EE de Chile.

*4.- a las autoridades venezolanas que se lo solicitaron a las chilenas, antes de otorgarme un documento de identidad definido como “pasaporte DE EMERGENCIA”.*²³²

Un acto semejante es asimilado en el art. 12 de la Constitución, en su premisa y en sus efectos, al « desconocimiento » y a la « privación » de la nacionalidad. Ver las Sentencias de la Corte Suprema de Chile de 31 de octubre de 1989; de 19 de enero de 2000; de 25 de julio de 1998; de 25 de julio de 1984; de 8 de enero de 1993.²³³

El art. 12 de la **Constitución vigente en Chile** desde 1981²³⁴ asimila, al igual que lo hacía la Ley 12.548 de 30 de septiembre de 1957, el acto administrativo de « **desconocimiento** » de la nacionalidad al de « **privación** » de ésta última. Un mismo recurso ante la Corte Suprema está previsto en ambos casos :

²³¹ Doc C92.

²³² El “pasaporte de emergencia para Extranjeros sin nacionalidad” figura en el doc. C15.

²³³ Docs. C92; C146; C147; C149 (votos particulares), respectivamente.

²³⁴ Doc. anexo n° 7 a nuestra comunicación al Centro del 28 de agosto de 1998.

*“La persona afectada por **acto** o resolución de autoridad administrativa que la prive de su nacionalidad chilena o se la desconozca, podrá recurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, dentro del plazo de 30 días, ante la Corte Suprema, la que conocerá como jurado y en tribunal pleno. La interposición del recurso suspenderá los efectos del acto o resolución recurridos.”*

La Decisión de la Corte Suprema de Chile de 31 de octubre de 1989²³⁵, ha considerado el caso del Sr. Vasques, a quien las Autoridades chilenas denegaron el 2 de marzo de 1989 un pasaporte después de que hubiera adquirido la nacionalidad alemana, en base al motivo de que el Sr. Vasques había **perdido** la nacionalidad chilena (al convertirse en alemán).

En base al art. 12 de la Constitución la Corte Suprema de Chile ha resuelto que : a) el Sr. Vasques continuaba teniendo la nacionalidad chilena, b) las autoridades administrativas debían concederle un pasaporte chileno.

VI.5

El Sr. Pey Casado fue reducido a la condición de apatridia

La tendencia a asimilar la apatridia *de facto* y la *de iure* está confirmada en el Informe del Secretario General de las N.U. sobre los apátridas, que comprende tanto a los *de iure* como a los *de facto* que « *no disfrutaban más de la protección y asistencia de sus autoridades nacionales* ». Así, en 1949 las N.U. ampliaron la definición de la apatridia (*statelessness*) para incluir también a los apátridas *de facto* (*stateless persons*), es decir aquellos que

*"having left the country of which they were nationals, no longer enjoy the protection and assistance of their national authorities, either because these authorities refuse to grant them assistance and protection, or because they themselves renounce the assistance and protection of the countries of which they are nationals."*²³⁶.

Lo anterior es confirmado, asimismo, por las legislaciones nacionales. Por ejemplo, la Ley federal Suiza sobre Derecho Internacional dispone :

“Una persona es considerada apátrida cuando es reconocida como tal en virtud del Convenio de Nueva York de 28 de septiembre de 1954 relativo al

²³⁵ Doc. C92, publicado en Fallos del mes, Santiago, N° 372, p. 698 y ss.

²³⁶ A Study on Statelessness, United Nations Publication 8-9, N° 1949, XIV.2

Estatuto de los Apatridas, o cuando las relaciones de esta persona con su Estado nacional están rotas hasta el extremo de que su situación equivale a la de un apátrida”

P. Weis sostenía en Nationality and Statelessness in International Law²³⁷.

“Sería más apropiado hablar de personas privadas de protección de facto, es decir refugiadas, y diferenciarlas de las personas privadas de protección de iure, es decir personas sin Estado”

Escribía igualmente :

*« a de facto stateless person is normally regarded as a person who does possess a nationality but does not possess the protection of his State of nationality and who resides outside the territory of the State, i.e., a person whose nationality is ineffective ».*²³⁸

Nguyen, Daillier et Pellet definían la apatridia coyuntural como:

*«situación de apatridia que resulta de la retirada de la nacionalidad de origen no seguida inmediatamente de una naturalización»*²³⁹.

En el 28 de septiembre de 1954 una Conferencia de Plenipotenciarios aprobó el Convenio Relativo al Estatus de las Personas sin Estado²⁴⁰, que admite también la apatridia *de facto* así como el Convenio sobre la Disminución de las Personas sin Estado²⁴¹. En 1995 el Comité Ejecutivo del Alto Comisario de las N.U. para los Refugiados reafirmó este aspecto dual de la definición de apatridia :

*«[Statelessness] . . . includes de jure stateless, which according to the 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons refers to a person who is not considered as a national by any State under the operation of its laws; also includes de facto stateless which refers to those persons with an ineffective nationality or those who cannot establish their nationality”.*²⁴²

Según Rachel Settlage, esta definición del apatridia *de facto* aplicada a las personas que tienen una sola nacionalidad justifica que la apatridia *de facto* conlleva la pérdida de una nacionalidad cuando en el

²³⁷ Sijthoff, 1979, p. 164.

²³⁸ Nationality and Statelessness in International Law, édition de 1962, 1086

²³⁹ Le droit international public, Paris, 1999, página 492.

²⁴⁰ 360 U.N.T.S. 117, en vigor desde el 6 de junio de 1960.

²⁴¹ 989 U.N.T.S. 175, en vigor desde el 13 de diciembre de 1975.

²⁴² EXCOM Conclusions No. 78, 1995, publicado en <http://unhcr.ch/refworld/index/stateless/stateless.htm>

momento inicial la persona tenía dos nacionalidades.²⁴³ En efecto, las condiciones de existencia de Convenio de Doble Nacionalidad fueron reducidas a la nada.

La Conferencia de 1961 de las N.U. sobre la Eliminación o la Reducción del Número de los Apátridas ha adoptado la resolución siguiente, con perspectiva de futuro :

« The Conference Recommends that persons who are stateless de facto, should as far as possible be treated as stateless de iure to enable them to acquire an effective nationality »

Venezuela aplicó esta resolución al extender al Sr. Pey el 8 de enero de 1974 un pasaporte para extranjeros sin nacionalidad y permitirle, así, conseguir un visado en la Embajada de España para ingresar en España durante 90 días y restablecer su nacionalidad exclusiva española.

El art. 8 del Convenio para la Reducción del Número de Apátridas, aprobado en Nueva York el 28 de agosto de 1961 (en vigor desde el 13.XII.1975), ha establecido que

"a contracting State shall not deprive a person of its nationality if such deprivation would render him stateless."

Su art. 9 dispone que los Estados miembros

"may not deprive any person or group of persons of [. . .] nationality on racial, ethnic, religious or political grounds."

Por último, el Convenio de las N.U. de 1951 sobre los refugiados y el Protocolo de 1967 relativo a la condición de refugiado, un refugiado es una persona que :

"owing to a well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable to or, owing to such fear, unwilling to avail himself of the protection of that country."

Todas las referencias se aplican a las circunstancias en las cuales se encontró el Sr. Pey después que el Estado de Chile le hubiera desconocido su nacionalidad convencional y cuando el Estado español estimaba que no podía todavía concederle su protección debido a que,

²⁴³ "No Place To Call Home Stateless Vietnamese Asylum-Seekers In Hong Kong," Georgetown Immigration Law Journal, Fall, 1997; 12 Immigr. L.J. 187.

suponiéndolo todavía dentro del marco de la CDN, su nacionalidad española no era efectiva en tanto no hubiera establecido su domicilio en España.

Entre el 11 de septiembre de 1973 y el 31 de mayo de 1974, fecha de su ingreso en España, el Sr. Pey fue privado *de facto* de la protección de Chile.

Venezuela no ha reconocido al Sr. Pey ninguna nacionalidad y le ha atribuido un pasaporte denominado « emergencia » para « extranjeros sin nacionalidad »²⁴⁴.

De hecho, no cabe ignorar el carácter unilateral, brutal, con el cual las Autoridades de Chile denegaron al Sr. Pey todos los derechos que dimanaban del Convenio de Doble Nacionalidad de 25 de mayo de 1958. El reflejo de ello ha sido denegarle el pasaporte, reduciéndole a la apatridia coyuntural²⁴⁵.

Para hacer valer el restablecimiento de su nacionalidad de origen debía viajar a España y establecer allí su domicilio, lo que hizo el 4 de junio de 1974 viajando con un pasaporte para apátridas, con un visado por tres meses extendido por la Embajada de España en Caracas²⁴⁶, e inscribiéndose en el Padrón del Ayuntamiento de Madrid el 4 de junio de 1974.²⁴⁷ Esta última inscripción era necesaria para obtener el Documento Nacional de Identidad español, cuyo número, el 2.703.339, figura en el certificado de dicho Padrón Municipal de 4 de junio de 1974²⁴⁸ y, asimismo, en su Documento Nacional de Identidad vigente actualmente²⁴⁹.

De lo anterior se desprende que la apatridia coyuntural del Sr. Pey fue el resultado del desconocimiento de su nacionalidad por naturalización antes de haber podido hacer valer su nacionalidad de origen.²⁵⁰

²⁴⁴ Doc. C15.

²⁴⁵ Las circunstancias de este hecho han sido explicadas al Tribunal por el Sr. Pey en el doc. C14 y durante la audiencia del 29 de octubre de 2001.

²⁴⁶ Doc. C15.

²⁴⁷ Ver el certificado de inscripción en el doc. N° 7 anexo a la **Solicitud de arbitraje** del 7.11.1997.

²⁴⁸ Doc. N° 6 anexo a la **Solicitud de arbitraje**. El Documento Nacional de Identidad prueba *iuris tantum* la nacionalidad española de su titular (Real Decreto 1245/85, del 17 de julio, 1ª Disposición adicional). La prueba *iure et de iure* es la establecida en el Registro Civil (art. N° 2 de la Ley del Registro Civil, Doc C97, y art. 327 del Código Civil).

²⁴⁹ Doc N° 5 anexo a la **Solicitud**.

²⁵⁰ Ver docs. C14 a C16.

La privación de la protección diplomática impuesta al Sr. Pey

El Sr. Pey estuvo privado de cualquier protección diplomática entre el 11 de septiembre de 1973 y el 31 de mayo de 1974 (llegada a España).

Según L. V. OPPENHEIM:

*"the rules of international law relating to diplomatic protection are based on the view that nationality is the essential condition for securing to the individual the protection of his rights in the international sphere."*²⁵¹

L.V. Oppenheim en el **caso Joyce** había resuelto que

*« by a universally recognized customary rule of the law of nations every State holds the right of protection over its citizens abroad (..) this rule thus recognized may be asserted by the holder of a passport which is for him the outward title of his rights. It is true that the measure in which the State will exercise its rights lies in its discretion »*²⁵² .

Violación de los derechos humanos del inversor Sr. Pey

Desde el 11 de septiembre de 1973 el Estado de Chile ha infringido respecto al Sr. Pey

- el Convenio de doble nacionalidad de 24 de mayo de 1958,
- la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, en sus artículos N° 15 (derecho a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad) ; N° 13 (derecho a abandonar Chile y a regresar a su país) ;
- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966²⁵³, en sus artículos N° 12.3 y 12.4 ;
- el Convenio Americano de Derechos del Hombre, de 22 de noviembre de 1969²⁵⁴, los arts. N° 20.3 (derecho a no ser privado arbitrariamente de su nacionalidad y de su derecho a cambiarla) ;

²⁵¹ International Law, Vol. I, 669, 1955.

²⁵² House of Lords, 1946, A.C. 347, p. 371.

²⁵³ Ratificado por Chile el 10 de mayo de 1972.

²⁵⁴ Ratificado por Chile el 21 de agosto de 1990.

- el Tratado de Cooperación y Amistad entre España y Chile, de 19 de octubre de 1990 (BOE de 17.09.1991), cuyo artículo 1(b) obliga a las partes a « *La defensa y respeto de los derechos humanos en el marco del estado de derecho, garantía de la dignidad y seguridad de los ciudadanos* » ;
- el Acuerdo-Marco de 21 de junio de 1996 de cooperación entre la Comunidad Económica Europea y Chile (BOE 9.06.2000), cuyo art. 1º obliga a

“El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.”

El Gobierno de Chile ha denegado al Sr. Pey esos derechos a partir del 11 de septiembre de 1973, y continúa denegándoselos. La retirada de su nacionalidad chilena en 1973, y la tentativa de imponérsela el 23 de julio de 1999²⁵⁵, no son sino una ilustración de ello, como vamos a demostrarlo a continuación.

En las relatadas condiciones, las demandantes han demostrado que las Autoridades chilenas privaron al Sr. Pey de su nacionalidad, tras el golpe de Estado el 11 de septiembre de 1973.

VI.6

Respuesta a las observaciones del Tribunal de 8 de mayo de 2002, puntos 52 y 55

En su **Decisión** de 8 de mayo de 2002, punto N° 52, el Tribunal de arbitraje afirma que

“Victor Pey Casado viajó, entonces a España, donde alega haber elegido domicilio y haber obtenido, el 10 de junio de 1974, documento nacional de identidad y un pasaporte español. En 1977 residió en Perú.”

Esta alegación está plenamente corroborada por las pruebas presentadas a las que nos vamos a referir acto seguido. La fecha en la cual el Sr. Pey estableció su domicilio legal y su residencia en Madrid es la del **4 de junio de 1974** (doc. C10 ; anexo N° 7 a la **Solicitud** de arbitraje).

²⁵⁵ Ver la tarjeta índice del Sr. Pey en el Registro Civil de Chile (la versión francesa completa figura en el anexo a la comunicación de las demandantes de 3 de diciembre de 2001).

Para obtener un pasaporte, un ciudadano español debe disponer de Documento Nacional de Identidad español. El pasaporte N° 64.066/74 ha sido entregado al Sr. Pey el **11 de junio de 1974** por la Dirección General de Seguridad, Sección de Pasaportes (Ministerio del Interior). Dicho pasaporte figura en el documento C48.²⁵⁶

-2-

El Tribunal de arbitraje ha afirmado, asimismo, en el **punto N° 55** de su **Decisión** de 8 de mayo de 2002 :

“Victor Pey Casado habría requerido y obtenido de la autoridad competente chilena (Ministerio de Defensa Nacional [sic]²⁵⁷), el 20 de febrero de 1991, una autorización para que se le expediera un Pasaporte chileno. (...) Para Víctor Pey Casado, “el pasaporte no implica la nacionalidad”, ya que, según su opinión, como los Consulados españoles en América Latina no estaban autorizados para expedir pasaportes a los españoles de doble nacionalidad en caso de pérdida o vencimiento, la única posibilidad con la que contaba era conseguir pasaporte chileno”

Esto es un hecho y hemos aportado las pruebas de ello.

Por un lado, lo que demuestra la nacionalidad en Chile y en España es el certificado del Registro Civil²⁵⁸ (y, en consecuencia, el Documento Nacional de Identidad), y no el pasaporte.

Por otro lado, en el doc. C54 figura la Orden Circular N° 3.171, de 30 de enero de 1992, del Ministerio español de AA.EE que reafirma las instrucciones en vigor desde la firma del primer Convenio de doble nacionalidad suscrito por España con un país de América Latina (el convenio con Chile de 24.05.1958), según la cual

« 1. (...) en el supuesto de que se solicite la recuperación de la nacionalidad española por personas que en su día se acogieron al Convenio de Doble Nacionalidad, dicha recuperación no es posible hacerla con arreglo al sistema establecido en el art. 26 del Código Civil (...), sino trasladando el

²⁵⁶ Ver en doc. C14 la declaración jurada del Sr. Pey y también su declaración ante el Tribunal de arbitraje durante la audiencia del 29 de octubre de 2001

²⁵⁷ El Ministerio chileno competente para extender los pasaportes es el de AA. EE.

²⁵⁸ Art. 327 du Código Civil español: “Las actas del registro serán la prueba del estado civil.” Art. 1° de la Ley chilena N° 4.808, del Registro Civil (D.O. del 10 de febrero de 1930): « Las inscripciones de los nacimientos, matrimonios, defunciones y demás actos y contratos relativos al estado civil de las personas se harán en el Registro Civil, por los funcionarios que determina esta ley. » Ver las leyes del Registro Civil en los docs. C96 y C97.

domicilio a España. *Mientras ello no ocurra no es posible obtener en el extranjero documentación como ciudadano español*”

Ahora bien, es evidente que el Consulado de España en Santiago no estaba habilitado –a diferencia de las autoridades españolas competentes- para evaluar la situación de privación de los derechos constitutivos de la doble nacionalidad por vías de hecho.

Nos remitimos, al cuadro sinóptico presentado por las demandantes : el domicilio legal²⁵⁹, la residencia, los Documentos Nacionales de Identidad y los pasaportes de D. Víctor Pey entre 1915 y 2002.

La *professio iuris* del Sr. Pey de julio de 1991 y mayo de 1997

En febrero de 1991 el Sr. Pey había extraviado su pasaporte español²⁶⁰, que era válido hasta el 16 de noviembre de 1993.²⁶¹ La interrupción súbita, *de facto*, en la aplicación del Convenio de Doble Nacionalidad que le fue infligida a partir del 11 de septiembre de 1973 por la República de Chile no había sido, evidentemente, transcrito en los registros administrativos. Al no haber tenido un motivo específico que le llevara a intervenir ante ese servicio, el Sr. Pey figuraba pues todavía en 1991 inscrito en el Registro Consular de Santiago igual que lo estaba antes del Golpe de Estado, entre los beneficiarios del Convenio de Doble Nacionalidad de 1958. No se había molestado en dirigirse ha ese Registro. Se comprenderá que, después de su experiencia de septiembre-octubre de 1973, no haya deseado encontrarse en Chile ni un sólo día sin un título de transporte al alcance de su mano. Solicitó uno a las autoridades de Chile.

¿Qué motivaba la urgencia del Sr. Pey por viajar precisamente en julio de de 1991? La respuesta se encuentra en el documento C48. Aquel mes, día 31 de julio, expiraba la Cédula de Identidad de Venezuela que acreditativa que la residencia del Sr. Pey se encontraba legalmente en esa República, y no en Chile.

²⁵⁹ Según la resolución del Juez del Registro Civil español, del 20 de noviembre de 1997, el Sr. Pey “*trasladó su residencia habitual a esta ciudad de Madrid, con fecha 4 de junio de 1974 (...) en los términos y con los efectos previstos en el artº 4º, párrafo segundo del referido Convenio de Doble Nacionalidad*» (Docs. C10, C93)

²⁶⁰ Esta circunstancia ha sido explicada por Sr. Pey personalmente ante el Tribunal durante la audiencia del 29 de octubre de 2001.

²⁶¹ Doc. C48.

Es, pues, con el título de transporte de Chile que el Sr. Pey viajó a Venezuela (vía EE.UU) el 5 de julio de 1991, en el transcurso del cual renovó su Documento de Identidad de Venezuela, en calidad de español residente.²⁶²

El mismo título de transporte chileno lo utilizó en otro viaje a Bolivia el 23 de octubre de 1994, su pasaporte español habiendo caducado el 16 de noviembre de 1993²⁶³. Efectuó un tercero y último viaje a España, el 25 de mayo de 1997, donde le fue extendido el pasaporte que figura en el documento C48.

La demandada atribuye al Sr. Pey a propósito de crear la Fundación en 1989-1990 para establecer una conexión con España y beneficiarse algún día del API (que no existía) y del Convenio de Washington (que no había sido ratificado). Esto carece de fundamento, por no decir de sentido.

-3-

La **Decisión** del Tribunal de arbitraje de 8 de mayo de 2002 prosigue en el **punto 55** :

“Al momento de la constitución de la Fundación “Presidente Allende” el 15 de enero de 1990, el demandante se habría presentado en el Acta de constitución de la misma como teniendo la doble nacionalidad española y chilena y del mismo modo se habría identificado en los Estatutos de la fundación (...). Asimismo, el demandante se habría inscrito en los padrones electorales con fecha 19 de julio de 1993 como nacional chileno, el 2 de enero de 1997, como se habría inscrito como nacional chileno al realizar el registro de una escritura pública para la constitución de la sociedad Diloma Servicios Aéreos Ltda.”

El Sr. Pey no se presentó ni se identificó en la escritura de 15 de enero de 1990 como teniendo doble nacionalidad. En el Poder que había otorgado, a estos efectos, el 5 de octubre de 1989 en Miami (Fl., EE.UU) compareció ante un Notario norteamericano en su condición de ciudadano español exclusivamente²⁶⁴.

La inscripción del Sr. Pey en el Registro electoral de Chile no es tampoco un acto de afirmación de la nacionalidad chilena. La

²⁶² Cf. en el doc. C48 el Documento de Identidad de Venezuela, válida entre el 18 de julio de 1991 y el 31 de agosto de 1996.

²⁶³ Copia de este pasaporte figura en el doc. C48.

²⁶⁴ Ver este Poder en el doc. C7, página 7.

Constitución y la Ley electoral de Chile reconocen el derecho de voto a los extranjeros en las elecciones municipales.

Las iniciales « CH » en el casillero « nacionalidad », en el documento presentado por Chile, no están escritas por el Sr. Pey²⁶⁵, quien ha explicado este hecho en su declaración ante Notario el 29 de julio de 1999²⁶⁶.

Las demandantes han objetado la copia del Registro electoral presentada por Chile. Este no ha aportado, por lo demás, ni el original ni una copia auténtica, contentándose con comunicar una fotocopia incompleta.

El Sr. Pey ha firmado las escrituras de constitución de la Sociedad Diloma utilizando una referencia fiscal, su Rol Único Tributario (RUT). Este hecho no significa declaración de nacionalidad. El RUT es de uso obligatorio, también, para los extranjeros en las circunstancias descritas en los puntos 2.7 a 2.7.2 de la Contestación de 18 de septiembre de 1999, y en los documentos C36 y C55. Utilizó, obviamente, el que disponía, nada más.

VI.7

La **Decisión** del Tribunal de arbitraje de 8 de mayo de 2002 afirma en el **punto 58** :

« 58. Con fecha 7 de enero de 1997, Víctor Pey Casado inquirió al Consulado General de España (Registro Civil) en Santiago si los datos que figuraban en su expediente guardaban relación con su situación real, es decir, que estaba domiciliado en España desde 1974 y ya no quedaba amparado por el Convenio Bilateral del 24 de mayo de 1958. Como respuesta, el 5 de febrero de 1997, el Consulado canceló la inscripción que hacía constar el domicilio chileno del demandante en el Registro de Inscripciones del Consulado, sin proceder, empero, a hacer ninguna anotación sobre la constitución de domicilio del demandante en España desde 1974».

Desearíamos aclarar este punto en la medida que

²⁶⁵ La objeción ha sido formulada en la Contestación del 18 de septiembre de 1999, punto 2.7.3.1, y de nuevo en las audiencias de 4 de mayo de 2002 y 29 de octubre de 2001, en conformidad con el art. 30(1) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.

²⁶⁶ Doc C52.

1. no corresponde al Registro de Inscripciones del Consulado en Santiago constatar que el domicilio del Sr. Pey quedó establecido en España desde el 4 de junio de 1974, y
2. que esta domiciliación quedó establecida a partir del 4 de junio de 1974 por la autoridades competentes españolas.

El Derecho español admite la pluralidad de residencias y un solo domicilio legal

El Código Civil español no ha seguido el criterio del Código Civil francés, cuyo art. 102 dispone que en caso de pluralidad de residencias “*el domicilio se encuentra en el lugar donde se haya el establecimiento principal*”. Para el Derecho español

*« es innegable la posibilidad de tener, a la vez, varias residencias habituales (por ejemplo : persona que, sin familia que se halle centrada en una, tiene asuntos y casa abierta en dos ciudades vecinas, viviendo indistintamente en cualquiera de ellas. Creo equivocado pensar que, entonces, se tiene alternativamente el domicilio en el punto en el que en cada momento se esté. Ello porque no se cesa de residir en un lugar por el solo hecho de ausentarse materialmente de él. En el ejemplo puesto más arriba lo exacto no es decir : la ciudad A es ahora la residencia habitual, y mañana ya no lo es ésta, sino la B ; por el contrario, sería exacto afirmar : son —ahora y en todo momento— residencias habituales las ciudades A y B, una que se utiliza unos días, y otra, otros. »*²⁶⁷

De acuerdo con la resolución del Juez del Registro Civil de Madrid, de 20 de noviembre de 1977, el domicilio legal del Sr. Pey se encuentra en España desde el 4 de junio de 1974 (doc. C10).

El Consulado de España en Santiago no tiene competencia para certificar que el Sr. Pey tiene su domicilio en España

Esto último no puede acreditarse si no a partir del Padrón Municipal de Habitantes español. El Consulado, por lo demás, ha tomado nota del certificado extendido por aquel, y el 5 de febrero de 1997 ha eliminado del Registro Civil del Consulado la inscripción según la cual desde 1947²⁶⁸ el Sr. Pey habría tenido su domicilio en Santiago.²⁶⁹

²⁶⁷ Alabadalejo: Comentarios al Código Civil, art. 40, Madrid, Ed. Revista de D. Privado, 1993, pp. 940-941.

²⁶⁸ Doc C88, Comunicación interna entre el Consulado en Santiago y el Ministerio español de AA.EE., del 27.11.1996.

²⁶⁹ Doc C22 *in fine*.

El documento N° 4 anexo a la **Solicitud** contiene un extracto del acta de nacimiento del Sr. Pey que obra en el Registro Civil de su lugar de nacimiento (Madrid). Antes del 20 de noviembre de 1997 no figuraba allí ninguna inscripción que dijera que su domicilio había sido establecido en Chile. Y, por otra parte, en el Registro del Consulado no figuraba el cambio de domicilio producido después del 11 de septiembre de 1973. Los Registros no habían puesto al día sus inscripciones.

El Sr. Pey llegó a España el 31 de mayo de 1974²⁷⁰ con un «*pasaporte de emergencia*» para apátridas deliberado por las Autoridades de Venezuela. Estableció su domicilio en España y recuperó el pleno uso de su nacionalidad española, en conformidad con el principio según el cual :

“En los casos regidos por Convenios, la nacionalidad española pasará a ser nacionalidad plenamente efectiva cuando así lo señale el Convenio respectivo. Y –aunque los términos de los Convenios no lo prevean directamente así– pasará a primer plano la nacionalidad española siempre que, por la razón que sea, deje de tener efecto la otra nacionalidad. Por resolución de 29 de noviembre de 1972 se estima “acertado” conceder protección y pasaporte a quien, al ganar la nacionalidad peruana, no perdió la española por acogerse al Convenio con Perú sobre doble nacionalidad, siempre que dicho país le niegue tal protección y pasaporte.”²⁷¹

Esta Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 29 de noviembre de 1972, figura en el documento C28.

El hecho de que el Sr. Pey no tenía el estatuto de residente en Chile cuando viajó a aquél país después de 1989 está acreditado por el Consulado de España en Santiago en una comunicación interna, de fecha 27 de noviembre de 1976 al Ministerio de AA.EE de España :

“Al parecer el Sr. Pey Casado fue expulsado de Chile tras la instauración del régimen militar el 11 de septiembre de 1973.

Este Consulado General tiene noticias de que el interesado ha efectuado una o más visitas a Chile en los últimos años.”²⁷²

²⁷⁰ Doc C48, Ver el sello con la fecha de 31 de mayo de 1974 en el «*pasaporte de emergencia*».

²⁷¹ Comentarios al Código Civil, bajo la dirección del profesor ALBADALEJO, art. 66 de la Ley española del *Registro Civil*, 1996, T. IV, Vol. 3, página 726.

²⁷² Doc C88. Subrayado nuestro.

El domicilio legal del Sr. Pey se encuentra en España desde 1974

El Sr. Pey escribía el 7 de enero de 1997 al Registro Civil del Consulado de España²⁷³ :

« El motivo de la presente es contrastar si mi situación registral en ese Consulado de España coincide con la real. Teniendo domicilio en Madrid desde comienzos de 1974 le ruego que tome nota, si ello fuera procedente, de mi dirección en la capital de España (...).

En el supuesto caso de que en el pertinente registro de ese Consulado no hubiera constancia de que quien suscribe NO ESTÁ acogido a los beneficios y goces del Convenio de 24 de mayo de 1958 entre España y Chile (...) le ruego que tenga la amabilidad de ajustar el registro a la realidad. »

Nueve meses antes de su consentimiento al arbitraje, mediante carta de 7 de enero de 1997²⁷⁴ el Sr. Pey comprobaba en el Consulado de España en Santiago si este tenía constancia de que había fijado su domicilio en Madrid desde comienzos de 1974. Acompañaba el certificado de inscripción en el Padrón Municipal de Habitantes de Madrid (distrito de Hortaleza)²⁷⁵, en el que figura su dirección en Madrid.

Es después de haber tomado nota de este certificado cuando el consulado de España ha procedido a eliminar al Sr. Pey del Registro Consular²⁷⁶ *« en fecha 5/2/1997 por traslado a España. »*

El Consulado Español en Santiago extendió el certificado el 5 de febrero de 1999 y, por este acto, aceptó la prueba aportada por el Sr. Pey de su domicilio legal en España.

La Ley del Registro Civil español dispone que las inscripciones efectuadas inicialmente en un Registro que no es el del lugar de nacimiento deben ser remitidas por vía administrativa, de oficio, al Registro Central de España. Se acompaña la Resolución de la Dirección

²⁷³ Doc C22

²⁷⁴ Doc C22.

²⁷⁵ Ver el doc. N° 8 anexo a la **Solicitud de arbitraje** del 7.11.1997.

²⁷⁶ El Registro Civil de los Consulados de España forma parte del Registro Civil español, en conformidad con los arts. N° 10 y 15 de la Ley del Registro Civil. **Art. 10** : « El Registro Civil está integrado : Primero. Por los Registros municipales, a cargo del Juez de Distrito, asistido del Secretario, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente. Segundo. Por los Registros consulares, a cargo de los Cónsules de España en el extranjero. Tercero. Por el Registro central, a cargo de un funcionario de la Dirección General ». **Art. 15** : « En el Registro constarán los hechos inscribibles que afecten a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros. En todo caso, se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones marginales exigidas por el Derecho español. »

General de Registros y del Notariado de 26 de febrero de 1999 (RJ 1999\10114 doc. C144).

La inscripción que indica que el Sr. Pey tiene su domicilio en España es la competencia del Padrón Municipal de Habitantes de la ciudad de su residencia (en la especie, Madrid). Así consta en la Resolución del Juez del Registro Civil de Madrid de 20 de noviembre de 1997, que ordena inscribir el traslado de la residencia a España en base a su inscripción en el censo municipal de habitantes de Madrid, presentado por el Sr. Pey en el Registro la víspera de interponer la Solicitud de arbitraje²⁷⁷.

Los certificados de estas inscripciones en el Censo Municipal de Habitantes de Madrid figuran en los documentos N° 7 y 8 anexos a la **Solicitud** de arbitraje de 7.11.1997.

En lo que se refiere a la adquisición del domicilio, el Registro competente para extender el **acta** correspondiente es el Padrón Municipal de Habitantes. Por el contrario, para la adquisición de la nacionalidad el competente es el Registro Civil.

A los efectos establecidos en el artículo 4, párrafo 2, del Convenio de Doble Nacionalidad, el traslado del domicilio del Sr. Pey a Madrid requiere la inscripción en el Registro Civil del **acta** que puede acreditar ese hecho. Así lo acredita la certificación²⁷⁸ extendida por el Padrón Municipal de Habitantes acreditando que habría sido inscrito en el mismo, por **acta** de fecha de 4 de junio de 1974, la voluntad (*animus*) del Sr. Pey de fijar su domicilio en Madrid.

Según el art. 5 del Convenio de Doble Nacionalidad hispano-chileno, el Registro Civil competente es el del lugar del nacimiento del Sr. Pey (Madrid)²⁷⁹. Efectivamente, el Juez tras estudiar las pruebas presentadas por el Sr. Pey el 6 de noviembre de 1997, ordenó que fuera inscrito en el margen de su certificado de nacimiento que

« El inscrito trasladó su residencia habitual a esta ciudad de Madrid con fecha 4 de junio de 1974; según se ha justificado con certificación y

²⁷⁷ Doc. C10

²⁷⁸ El certificado figura en los docs. N° 7 y 8 anexos a la **Solicitud de arbitraje** del 7.11.1997.

²⁷⁹ Art. 27 de la Ley española del Registro Civil: “El encargado del Registro competente calificará los hechos cuya inscripción se solicite por lo que resulte de las declaraciones y documentos presentados o del mismo Registro.”

empadronamiento. Y ello, en los términos y con los efectos previstos en el Art. 4º, párrafo 2º, del referido Convenio de Doble Nacionalidad »²⁸⁰

De este modo, según el CDN de 24.05.1958, el domicilio legal del Sr. Pey se encuentra por consiguiente en España desde el 4 de junio de 1974.

El profesor de Derecho Civil Español D. Federico de Castro confirmaba en 1970²⁸¹ el valor « *meramente informativo* » de una nota inscrita al margen de la inscripción de nacimiento según el art. 38 de la Ley española del Registro Civil²⁸². Y, en efecto, es precisamente por una « nota marginal » en la inscripción de nacimiento del Sr. Pey como el Juez del Registro Civil español ha ordenado, el 20 de noviembre de 1997, que procedía inscribir el hecho de que el Sr. Pey había fijado su domicilio en España el 4 de junio de 1974, a los efectos del art. 4, párrafo 2, del Convenio de Doble Nacionalidad entre España y Chile.²⁸³

El valor de la inscripción en el Registro Civil del cambio de domicilio es, pues, meramente informativa y en modo alguno constitutivo. Por el contrario la inscripción del cambio de domicilio tiene un valor constitutivo si se efectúa en el Padrón Municipal de Habitantes. Y es en la medida en que el Sr. Pey ha presentado la prueba de tal inscripción en el Padrón Municipal de Habitantes de Madrid, que el Cónsul de España ha inscrito, el 5 de febrero de 1997, en el Registro Civil Consular, el « *traslado a España* » del Sr. Pey

Las inscripciones constitutivas son la excepción en el Registro Civil español. Son exclusivamente las siguientes, según el experto D. Díez del Corral²⁸⁴ :

- la adquisición sobrevenida de la nacionalidad española²⁸⁵ ;

²⁸⁰ Ver Docs. C10 y C93.

²⁸¹ Compendio de Derecho Civil, Madrid 1970, pág. 315.

²⁸² **Art. 38:** “*A petición del Ministerio fiscal o de cualquier interesado, se anotará, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias: Primero. El procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del Registro. Segundo. El hecho cuya inscripción no pueda extenderse por no resultar en alguno de sus extremos legalmente acreditado. Tercero. El hecho relativo a españoles o acaecido en España que afecte al estado civil según la ley extranjeras. Cuarto. La sentencia o resolución extranjeras que afecte también al estado civil, en tanto no se obtenga el ‘exequátur’. Quinto. La sentencia o resolución canónica cuya ejecución en cuanto a efectos civiles no haya sido decretada aún por el Tribunal correspondiente. Sexto. Y aquellos otros hechos cuya anotación permitan la Ley o el Reglamento. En ningún caso las anotaciones constituirán la prueba que proporciona la inscripción”.*

²⁸³ Doc. C10.

²⁸⁴ DIEZ DEL CORRAL (J.): Lecciones prácticas sobre Registro Civil, Madrid, Colegios Notariales de España, 1993, p.18.

- las declaraciones sobre la pertenencia a una « vecindad » civil. En Derecho español la « *vecindad* » es un concepto distinto del de « domicilio »²⁸⁶, hasta tal punto que la « vecindad » tiene acceso al Registro Civil mientras que el « domicilio » no, sino es por la vía del mencionado art. 38 y, por consiguientes, a título « meramente informativo » :
- las autorizaciones gubernamentales para cambiar los nombres y apellidos.²⁸⁷

La inscripción en el Registro Civil del establecimiento del domicilio en Madrid tiene valor informativo y no constitutivo

La delegación chilena ha pretendido que si el Registro Civil no notificaba al Consulado de Chile el cambio de domicilio del Sr. Pey, ello significaba que tal cambio no había producido efectos legales.²⁸⁸ Está en un error, la inscripción en dicho Registro no tiene efectos constitutivos, ni en el marco del Convenio de 24.05.1956²⁸⁹ ni en general.

En el caso de especie la inscripción del acta de 4 de junio de 1974 en el Registro Civil del Consulado en Santiago lleva fecha de 5 de febrero de 1997²⁹⁰, y la del Registro Civil de Madrid de 20 de noviembre de 1997²⁹¹.

Fecha en que surten efecto las inscripciones en los Registros españoles

En el Registro Civil

¿Cuál es la fecha en que surte efecto la inscripción al Registro Civil Consular en Santiago, o en el de Madrid, del acta establecido el 4 de junio de 1974 en el Padrón Municipal de Habitantes ?

²⁸⁵ Arts. 330, 23 y 26 del Código Civil; arts. 224 y 226 del Reglamento del Registro Civil (R.R.C.)

²⁸⁶ Art. 14 del Código Civil y art. 226 del R.R.C.

²⁸⁷ Art. 62 de la Ley del Registro Civil y art. 218 del R.R.C.

²⁸⁸ Memorial de incompetencia : pp. 1.2.3.2; 1.2.3.3; Réplica: pp. 1.2.2

²⁸⁹ Cf. C91: Virgós Soriano (M.): “Nationality and Double Nationality Principles in Spanish Private International Law System”, in Nation und Staat im Internationalen Privatrecht, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990, página 248. El prof. Virgós constata, má adelante, que la solución puede ser diferente en el Convenio con Ecuador, Costa Rica y la República Dominicana. Vid. el Convenio de doble nacionalidad entre España y Ecuador en el doc. C91, *in fine*, art. 4.

²⁹⁰ Doc. C22.

²⁹¹ Doc. C10.

Puesto que la adquisición del « domicilio » no tiene acceso al Registro Civil, la respuesta a esta cuestión debe buscarse, por analogía, en el art. N° 64 de la Ley del Registro Civil (L.R.C.) español, de 8 de junio de 1957²⁹², que es la norma que rige los cambios de nacionalidad o de pertenencia a una « vecindad » (ver el doc. C150 aquí anexo, con la traducción de los artículos pertinentes) :

“A falta de disposición especial, es funcionario competente para recibir las declaraciones de conservación o modificación de nacionalidad o vecindad el mismo que determinan las reglas de opción de nacionalidad.

*“Cuando dicho funcionario no sea el Encargado del mismo Registro donde conste el nacimiento levantará **acta** con las circunstancias exigidas para la inscripción y la remitirá al Registro competente para la práctica de la inscripción marginal correspondiente.*

“Se considera fecha de la inscripción, a partir de la cual surten sus efectos tales declaraciones, la del Acta que constará en dicho asiento.”²⁹³

Por consiguiente, en conformidad con el art. 64 de la L.R.C., la fecha en que surte efecto la inscripción en el *Registro Civil* del establecimiento del domicilio es aquella en que quedó perfeccionada el **acta** por la cual el interesado ha cumplido con las formalidades requeridas para su validez (manifestar su « *animus* » de inscribirse en el Padrón Municipal de Habitantes de su nuevo domicilio) y el funcionario público competente ha extendido *el certificado de su inscripción en el censo*. Es decir, el 4 de junio de 1974. Tal es, en efecto, la fecha del acto de voluntad formulado por el Sr. Pey para establecer su domicilio en Madrid²⁹⁴ y del que levantó **acta** el funcionario del Padrón Municipal de Habitantes²⁹⁵.

Recordémoslo, la inscripción en el Registro Civil del establecimiento del domicilio legal tiene valor « meramente informativo » (art. 38 de la L.R.C.).

En el Padrón Municipal de Habitantes

Por el contrario, la inscripción en el Padrón Municipal de Habitantes del acto de voluntad de fijar domicilio, al que se refiere el **acta** de 4 de junio de 1974, tiene valor constitutivo. Es el acta del « *animus* »

²⁹² El texto de la Ley española figura en el doc. C97.

²⁹³ « *Se considera fecha de la inscripción, a partir de la cual surten sus efectos declaraciones, la del **acta** que constará en dicho asiento.* ».

²⁹⁴ Doc. C14.

²⁹⁵ Doc. C10.

la que produce efectos constitutivos, desde el momento que ha sido levantada **acta** de ello en el Registro competente.

En el caso de especie, se trata del acto de voluntad del Sr. Pey de fijar su domicilio en Madrid, del que levanta acta el Padrón Municipal de Habitantes, a efectos constitutivos el 4 de junio de 1974, y el Registro Civil consular el 5 de febrero de 1997 –a efectos informativos del domicilio legal- y el Registro Civil de Madrid, a los mismos efectos informativos, el 20 de noviembre de 1997.

Que la fecha en que surte efecto el acto de voluntad, expresado ante el Registro competente para fijar su domicilio, es la del **acta** inscrita, y que la fecha del **acta** es la sola que tiene efectos constitutivos, está confirmado por la Jurisprudencia sobre la adquisición de la « nacionalidad » (no hay Jurisprudencia en relación con el « domicilio », este último no tiene acceso al Registro Civil si no es a los efectos informativos indicados). Es indiscutible que la inscripción del **acta** de la adquisición de la nacionalidad en el Registro Civil tiene efectos constitutivos²⁹⁶.

La analogía con la adquisición de la nacionalidad

En efecto, esta adquisición de la nacionalidad tiene lugar en tres etapas²⁹⁷ :

- a) El acto de juramento de la nacionalidad española ante el funcionario establecido a estos efectos en la norma²⁹⁸,
- b) el examen de dicha acta por el Juez del *Registro* Civil, que debe resolver en conformidad con la Ley²⁹⁹,
- c) la inscripción de un asiento correspondiente a la etapa a) en el *Registro* Civil³⁰⁰ en ejecución de la Resolución del Juez del *Registro*.

El art. 229 del Reglamento del Registro Civil (R.R.G.) prevé que las etapas a), b) y c) pueden no ser inmediatas en el tiempo « *cuando por*

²⁹⁶ Ver los artículos 224 y 226 del Reglamento del Registro Civil, y los artículos 23, 26 y 300 del Código Civil.

²⁹⁷ Art. 64 L.R.C.

²⁹⁸ Art. 224 del *Reglamento* del Registro Civil, en adelante R.R.C.

²⁹⁹ Art. 27 L.C.R.

³⁰⁰ Art. 229 R.R.C.

estar en otro término el Registro competente, o por cualquier obstáculo de hecho ».

La jurisprudencia española es categórica a este respecto : una vez cumplimentada la etapa c) sus efectos se retrotraen hasta la fecha del acta a). Pues se considera que es cuando se ha manifestado la voluntad del acto a) que

« porque este es el momento en el que el adquirente ha agotado la actividad fundamental a él exigida y porque así se deduce sin esfuerzo de los art. 64 de la LRC y de los arts. 224 y 229 del Reglamento del R.C. »³⁰¹

La inscripción de un hecho imperativamente constitutivo como es la inscripción de la adquisición de la nacionalidad española, retrotrae sus efectos hasta la fecha de la manifestación de la voluntad de adquirir la nacionalidad (art. 64 de la L.R.C.)

Los arts. 64 y 66 de la L.R.C. figuran en el mismo subcapítulo de la ley del *Registro Civil* : « *Nacionalidad y vecindad* ».

El traslado del domicilio en conformidad con el art. 4 del Convenio de Doble Nacionalidad y el art. 64 de la Ley del Registro Civil se lleva a cabo en España también en tres etapas :

- a. el *certificado de inscripción en el censo* del Ayuntamiento pertinente,³⁰²
- b. la calificación para su aceptación por el Juez del *Registro Civil* del acto a) y del resto del expediente (art. 27 L.R.C.),
- c. la inscripción del asiento correspondiente en el acta a) en ejecución de la Resolución del Juez del Registro Civil³⁰³.

La inscripción en el Registro Civil del cambio de domicilio (art. 66 del L.R.C. y 4 del Convenio de Doble Nacionalidad) surte efectos, en conformidad con el art. 64 L.R.C. *in fine*, en la fecha en que el funcionario del Ayuntamiento de Madrid levantó acta de la manifestación de la voluntad del Sr. Pey de transferir allí su domicilio (esto es, el acta

³⁰¹ Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de septiembre de 1994 (RJ 1994\7646), doc. aquí anexo C151, y de 18 de septiembre de 1993 (RJ 1993\6680), doc. aquí anexo C152.

³⁰² Este certificado está reproducido en los docs. Nº 7 y 8 de la *Solicitud*

³⁰³ Estos documentos han sido aportados en los documentos nº C22 y C10.

de 4 de junio de 1974 de inscripción en el Padrón Municipal de Habitantes de Madrid).

Analogía con la declaración de opción de adquirir la nacionalidad española

Otro ejemplo del efecto retroactivo de una inscripción es aportado por la **declaración de opción para adquirir la nacionalidad española**. El art. 230 del Reglamento del Registro Civil dispone :

« En los lugares extranjeros en que no exista Agente Diplomático o Consular español, la declaración de opción podrá formularse en documento debidamente autenticado dirigida al Ministerio español de Asuntos Exteriores, quién, con informe sobre la fecha de remisión a dicho Ministerio, dará traslado, a través del Ministerio de Justicia, al Registro competente para la inscripción.

« Se considerará fecha de la inscripción, a partir de la cual surte sus efectos la opción, la de remisión al Ministerio de Asuntos Exteriores, que constará en dicho asiento. »

Se acompañan las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 3 de enero de 1997 (doc. C153) y de 9 de junio de 1999 (doc. C154).

La Jurisprudencia y Doctrina españolas

En lo que se refiere a la Jurisprudencia y doctrina española respecto del art. 64.3 del L.R.C. podemos comprobar, por ejemplo en los conocidos Comentarios del Código Civil bajo la dirección del Profesor ALBALADEJO³⁰⁴, que las circunstancias en las cuales se aplica el art. 64 de la L.R.C. son, igualmente, las procedentes para determinar el estatuto personal que se desprende la inscripción del acta de cambio de domicilio prevista en el art. 66 de la L.R.C. y en el art. 4 del Convenio de Doble Nacionalidad de 24 de mayo de 1958 :

“¿Puede el interesado formular las declaraciones también en el Registro en cuyo término o demarcación tiene una “simple” residencia (aunque sea otro el lugar de su domicilio)?

Los términos del art. 2 del R.R.C. no excluyen esta posibilidad; tampoco la excluía el art. 18 del C.c., en la versión vigente al tiempo de entrar en vigor la L.R.C. (cf. R. De 31 de agosto de 1972). Desde la Ley 51/1982 si se exigía que la declaración de opción se formulara “ante el encargado del Registro Civil del domicilio del interesado” (cf. Art. 20.1, C.c., según la versión de la Ley 51/1982). Suprimida del Código toda referencia al

³⁰⁴ *Op. cit.*, vid el capítulo sobre el art. 64 de la L.R.C. 1996, T.IV, Vol. 3º, pp. 706-707.

encargado competente, debe prevalecer la solución permisiva. No deben ponerse obstáculos formales que, sin razón proporcionada, signifiquen privar de eficacia a una decisión de tanta trascendencia en el estado civil de la persona y que quizá ha sido adoptada cuando la persona está a punto de fallecer (y quiere morir siendo español o sujeto a determinado estatuto personal a que tiene derecho), o cuando el plazo para la declaración está a punto de caducar. Expresamente se acepta esta solución en Rs. De 12 de enero y de 11 de junio de 1996 (...).

“III. FECHA EN QUE PRODUCE SUS EFECTOS LA DECLARACIÓN Y LA INSCRIPCIÓN

*En los casos en que la declaración provoca la declaración (o readquisición) de la nacionalidad española (ejercicio del derecho de opción, ejercicio del derecho de adquirir que confiere la concesión por residencia, o la carta de naturaleza, ejercicio de la facultad de recuperación), o en que provoca la adquisición de una vecindad civil, la nacionalidad o la vecindad civil solo se adquieren si se produce la inscripción. Los efectos -obstativos de la adquisición automática de otra vecindad civil por residencia- que produce la declaración de querer conservar la vecindad civil que ya se tiene se producen, también, si se practica la inscripción. Pero en todos los casos referidos en que se produce el desdoblamiento de la formalización de la respectiva declaración en dos momentos, **acta** e inscripción, los efectos de la adquisición, o de la declaración de conservación, se retrotraen a una hora y fecha anterior: la hora y fecha del **acta** o de la remisión del documento autenticado (cf. Arts. 64.III L.R.C. y 227 y 230 R.R.C.).*

*La retroacción de efectos opera en tales casos aunque el interesado hubiere fallecido entre el momento del **acta** y el de la práctica de la inscripción. Y opera a todos los efectos, y, por tanto, también en favor de los hijos del declarante: nacionalidad originaria y vecindad civil de los hijos que nacen durante el período de retroacción; derechos de opción de los hijos que salen de la patria potestad durante el período de retroacción. Entre la fecha del **acta** o de la remisión y la práctica de la inscripción media un período de incerteza que solo se resuelve si por el encargado competente (el del Registro de Nacimiento) –o en vía de recurso- se estima procedente la inscripción y en efecto se practica. En la medida en que hay retroacción de efectos ha habido una adquisición de nacionalidad que no ha conestado en el Registro (como ocurre con frecuencia con otros hechos modificativos del estado civil), con los efectos que ello tenga respecto del tercero.”*

La Resolución del Juez del Registro Civil único de Madrid de 20 de noviembre de 1997

En el caso de especie el Juez del Registro Civil único de Madrid ha actuado en conformidad con el art. 64.3 de la Ley del Registro Civil en fecha 20 de noviembre de 1997, al decidir la inscripción en *el Libro de la Sección Nacionalidad*, del certificado de inscripción en el censo de la Ciudad de Madrid de fecha 4 de junio de 1974, por medio del cual el Sr. Pey ha fijado su domicilio legal en España “a los efectos previstos en el art. 4, párrafo segundo, del referido Convenio de Doble Nacionalidad”,

así como que esta inscripción sea efectuada simultáneamente con la inscripción de su adhesión al CDN en fecha 11 de diciembre de 1958:

“Visto el contenido de la petición formulada, así como el conjunto de documentos aportados, en el trámite de calificación registral, previsto en el artículo 27 de la Ley del Registro Civil, se acuerda:

- a) *registrar el inscrito y documentos en el Libro correspondiente de la Sección de Nacionalidad de este Registro Civil Único de Madrid.*
- b) *extender en el Acta de Nacimiento de don Víctor Pey Casado obrante en este Registro Civil Único de Madrid asiento marginal referido a la adquisición por él inscrito de la nacionalidad chilena, en virtud de Carta de Naturalización, al haberse acreditado suficientemente que tal circunstancia se produjo, con fecha 11 de diciembre de 1958, al amparo del Convenio de Doble Nacionalidad entre España y Chile, de fecha 24 de mayo, ratificado por Instrumento de fecha 28 de octubre de 1958.*
- c) *extender de forma marginal en la misma inscripción de nacimiento, nota relativa a que el inscrito trasladó su residencia habitual a esta ciudad de Madrid, con fecha 4 de junio de 1974; según se ha justificado con certificación de empadronamiento. Y ello, en los términos y con los efectos previstos en el Artículo 4º, párrafo segundo al referido Convenio de Doble Nacionalidad”.*

Los efectos de esta inscripción retrotraen hasta la fecha del **acta** de inscripción de D. Víctor Pey en el Padrón de Habitantes de la Ciudad de Madrid (arts. 64 y 66 de la Ley del Registro Civil).

La solución de 20 de noviembre de 1997 del Juez del Registro español indica que el Sr. Pey ha fijado su domicilio legal en España desde el 4 de junio de 1974. Por consiguiente, el Sr. Pey, que ingresó en España por razones y en circunstancias incompatibles con los derechos de los que era beneficiario según el CDN, se vio forzado a hacer valer su nacionalidad española fuera del marco de las condiciones establecidas por el citado Convenio.

VII

EL SR. PEY HA RENUNCIADO A LA NACIONALIDAD CHILENA

A título subsidiario, para en el supuesto caso de que el Tribunal considerara que el Sr. Pey ha podido conservar después del 11 de septiembre, sin saberlo, los beneficios del Convenio de Doble Nacionalidad, aquél había renunciado a los mismos en fecha anterior a la establecida en el art. 25 del Convenio de Washington.

La **Decisión** del Tribunal de Arbitral de 8 de mayo de 2002 afirma en el **punto 63** :

“63. Según el demandante, los hechos enumerados estarían demostrando que Chile habría reconocido su renuncia a la nacionalidad chilena, con fecha 10 de diciembre de 1996. Contrariamente, la parte demandada sostiene que no puede concluirse sobre la base de dichos documentos que don Víctor Pey Casado haya dejado de ser chileno, pues “la nacionalidad chilena no se pierde por renuncia”, y que una renuncia de ese tipo, aun cuando fuera probada y aceptada resultaría inconstitucional, nula y sin efectos” [Subrayado nuestro]

Por otro lado, el Tribunal de Arbitraje se interrogaba en el **punto 110** acerca de la posibilidad de tal reconocimiento.

VII.1

La renuncia a la nacionalidad chilena es conforme a la Constitución de Chile, y puede dimanar de la libre elección del interesado, según la Corte Suprema de Chile

Todo nacional chileno, ya lo sea de origen o por naturalización, tiene derecho a renunciar a la nacionalidad chilena, en conformidad con el Derecho interno y el Derecho Internacional. Esta renuncia es una práctica normal y usual en Chile, reconocida de manera constante por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile, como vamos a demostrar a continuación.

La demandada confunde la noción de « pérdida », contemplada en el art. N° 11 de la Constitución chilena³⁰⁵, tomada en el sentido de una ruptura del vínculo jurídico que es la nacionalidad que supone una intervención de las Autoridades, o el efecto automático de determinadas

³⁰⁵ Doc. anexo N° 6 a la Comunicación dirigida por las demandantes al Centro el 28.08.1998.

disposiciones legales, con la noción de abandono completamente voluntario, que no depende sino del libre albedrío del interesado y que se rige por otras consideraciones.

Tamaña confusión es, muy precisamente, la que estigmatiza la Sentencia de la Corte Suprema de 13 de junio de 2001 (que confirma la de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 2 de abril de 2001) ³⁰⁶. La Corte se dirige en términos categóricos a las Autoridades que, manteniendo dicha confusión, se habían negado a reconocer la renuncia a la nacionalidad chilena efectuada por un chileno naturalizado.

Las objeciones de la República de Chile no tienen pues, estrictamente nada que ver con la renuncia del Sr. Pey, llevada a cabo por su propia voluntad. En el caso del Sr. Pey, esa renuncia no operaba sino respecto de las referencias administrativas. Se trataba, en efecto, de la sola manera a su alcance para que aquellas referencias –simple histeresia, si se nos permite la expresión- pudieran ingresar en el proceso legal existente a efectos de su eliminación.

Tal renuncia no podría en caso alguno constituir una reivindicación de la nacionalidad chilena...a los solos fines de deshacerse de ella, como lo desfigura la República de Chile al afirmar con cinismo: “*sólo cabe renunciar a lo que se posee*”. Debe entender aquella que una nacionalidad es algo muy distinto a unas meras referencias administrativas mantenidas por inercia y que, por el contrario, **es indispensable efectuar un acto de renuncia a lo que ya no se posee cuando es la sola manera de desembarazarse de marcas sobrepasadas que esa inercia mantiene**, en particular si estas últimas se convierten en instrumento de compulsión que pervierten su alcance. Tales son el sentido y la razón de ser, a juicio del Sr. Pey, de las diversas declaraciones a estos efectos. No habrá necesidad de repetirlos cada vez que se haga alusión a la renuncia a la doble nacionalidad.

En conformidad con la Constitución chilena, pueden renunciar voluntariamente a la nacionalidad chilena :

- los chilenos de origen :

ver las Sentencia de la Corte Suprema de 19 de enero de 2001 (doc. C94) y de 31 de octubre de 1989 (doc. C92) ;

³⁰⁶ Doc. C95.

- los chilenos por naturalización :

ver las Sentencias de la Corte Suprema de

1. 19 de marzo de 1993 : un ciudadano alemán de origen y chileno por naturalización desde el 28 de agosto de 1951, recuperaba en 1973 su nacionalidad de origen manifestando formalmente, que no renunciaba sin embargo a la nacionalidad chilena. El Registro Civil chileno ha inscrito que había perdido la nacionalidad chilena por haber adquirido otra nacionalidad. En 1993 le denegaron el pasaporte chileno. La Corte Suprema ordenó que le fuera extendido después que hubiera demostrado que no había renunciado a la nacionalidad chilena en 1973 (doc. Anexo C155) ;
2. 13 de junio de 2001 (doc. C95), que confirma la de 2 de abril de 2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso ;

- los chilenos que adquieren la nacionalidad de otro Estado :

ver la Sentencia de la Corte Suprema de 19 de enero de 2001 (doc. C94), 13 de junio de 2001 (doc. C95), que confirman la de 2 de abril de 2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y de 31 de octubre de 1989 (doc. C92) ;

- los chilenos naturalizados que desean al pleno goce de su nacionalidad de origen:

ver las Sentencias de la Corte Suprema de 13 de junio de 2001 (doc. C95), que confirma la de 2 de abril de 2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y a que nos referimos después, al igual que a la Sentencia de 19 de marzo de 1993 (doc. anexo C155).

Obsérvese que en esta Sentencia el Tribunal ha debido resolver las mismas tesis que la demanda está sosteniendo en este procedimiento de arbitraje, a saber, que un chileno por naturalización no podía renunciar a la nacionalidad chilena. La Corte ha rechazado tal pretensión de manera categórica.

Por consiguiente, un ciudadano chileno, tanto si es de origen como naturalizado:

1. no está obligado a conservar la nacionalidad chilena cuando adquiere otra:

ver la Sentencia de la Corte Suprema de 19 de enero de 2001 (doc. C94); 31 de octubre de 1989 (doc. anexo C92); 13 de junio de 2001 (doc. C95), que confirma la de 2 de abril de 2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso; y la de 8 de enero de 1993 (doc. anexo C149): en la cual el Sr. Schidlowski había renunciado a la nacionalidad chilena antes de adquirir la nacionalidad de EE.UU.

no está obligado a renunciar a la nacionalidad chilena cuando adquiere otra:

ver la Sentencia de la Corte Suprema de 19 de marzo de 1993 (doc. C149); 31 de octubre de 1989 (doc. C92); y 25 de julio de 1998 (doc. anexo C147).

1. es libre de escoger si renuncia o no renuncia a la nacionalidad chilena cuando adquiere otra:

ver las Sentencia de la Corte Suprema de

- a. 19 de enero de 2001: un chileno de origen toma la nacionalidad argentina el 17 de marzo de 1994, sin renunciar a la chilena. Las Autoridades de Chile inscriben al margen de su acta de nacimiento que ha perdido la nacionalidad chilena al haber adquirido la de Argentina. La Corte ordena al Registro Civil anotar que no ha perdido la nacionalidad chilena por haber adquirido la de Argentina (doc. C94);
 - b. 13 de junio de 2001 (doc. C95), que confirma la de la Corte de Apelaciones de Valparaíso;
 - c. 31 de octubre de 1989 (doc. C92).
2. no pierde automáticamente la nacionalidad chilena cuando adquiere la nacionalidad de otro país si no renuncia a la nacionalidad chilena. Esta renuncia a la nacionalidad chilena es optativa:

ver la Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 19 de enero de 2001 (doc. C94).

VII.2

La renuncia del Sr. Pey antes de consentir al arbitraje es conforme con el artículo 5 del Convenio de Doble Nacionalidad

La **Decisión** del Tribunal de arbitraje de 8 de mayo de 2002 afirma en el **punto 59**:

“59. El 18 de abril de 1997, el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores de España envió escrito al representante de Víctor Pey Casado a efectos de saber si el demandante había perdido o no la nacionalidad chilena. En su respuesta del 7 de mayo de 1997, su representante indicó que don Víctor Pey Casado había perdido la nacionalidad “efectiva o preponderante” chilena el 11 de septiembre de 1973, en razón de que Chile había adoptado medidas tendientes a privar de efectos su nacionalidad chilena. En una comunicación del 22 de mayo de 1997, el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores de España respondió que la Dirección General no tenía “ninguna objeción por formular” y que se daría un tratamiento confidencial a dicha información. El demandante se basó en esta comunicación para concluir que, a partir de esa fecha, las autoridades españolas habían tomado conocimiento de que don Víctor Pey Casado poseía la nacionalidad española, exclusivamente”.

Es este un hecho del que las autoridades españolas, al igual que las chilenas, han tomado nota, en virtud de la decisión del Director de Asunto Jurídicos y Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores de 22 de mayo de 1997.

La prueba está aportada en los documentos C24 a C26. Es en virtud de la citada decisión de 22 de mayo de 1997 que la Dirección de Asuntos Jurídicos y Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores ha ordenado a la Embajada de España en Santiago dirigir la Nota Verbal de 7 de julio de 1998 al Ministro chileno de AA.EE. *“se comunique a la parte Chilena la “perdida de la nacionalidad chilena” del Sr. Pey Casado (...) a fin de que las Autoridades correspondientes tomen nota de lo expuesto y se den por notificadas”*.³⁰⁷

Dos semanas después, el 24 de julio de 1998 el Ministerio chileno de AA.EE. comunicaba al Registro Civil de Chile que *“el Sr. Víctor Pey Casado ha renunciado a la nacionalidad chilena en virtud de la norma*

³⁰⁷ Doc. C24.

enunciada en el encabezamiento (...) art. 5 del Convenio de Doble Nacionalidad suscrito entre Chile y España”³⁰⁸. El 4 de agosto de 1998 el Registro ha inscrito en la tarjeta índice del Sr. Pey el asiento siguiente:

“El Sr. Víctor Pey Casado ha renunciado a la nacionalidad chilena, en consecuencia la nacionalidad del Sr. Pey es extranjera”.³⁰⁹

El 16 de septiembre de 1997 el Sr. Pey había manifestado ante el Cónsul de España en Mendoza (Argentina) :

“Para que no quepa duda al respecto, manifiesto que la comunicación del 10 de diciembre de 1996 (...) debe entenderse del modo que mejor en derecho procede para el fin con el que fue presentada, inclusive como constancia de mi renuncia expresa y solemne a la nacionalidad chilena en el caso de que la Administración chilena requiriera la renuncia formal. Renuncia a los beneficios del Convenio de 24 de mayo de 1958 y a la nacionalidad chilena en la que de nuevo me afirmo y ratifico en este acto, a todos los efectos legales procedentes”.³¹⁰

VII.3

La renuncia es conforme con el Convenio de 24 de mayo de 1958

La renuncia del Sr. Pey a la doble nacionalidad chilena fue notificada por la Autoridades españolas a la de Chile en Nota Verbal el 7 de julio de 1998.³¹¹ El 24 de julio de 1998 el Ministerio chileno de AA.EE dictó la Orden N° 013797 que se transcribe a continuación (ver el documento N° 11 anexo a la Réplica de la demandada de 27.12.1999) :

“REPUBLICA DE CHILE

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

RR.EE. (DISPOC-ASELEC) OF. ORD. N°613797

OBJ: Renuncia a la nacionalidad chilena

REF: Art. 5° del Convenio de Doble

Nacionalidad suscrito entre Chile y España

SANTIAGO, 24 JULIO

DEL : DIRECTOR DE POLÍTICA CONSULAR E INMIGRACIÓN

A : SRA. DIRECTORA DEL REGISTRO CIVIL E IDENTIFICACIÓN

1. De la Nota Verbal que se acompaña emanada de la Embajada de España en Chile y los antecedentes que se anexan, se desprende que el señor

³⁰⁸ Doc. N° 11 anexo a la Réplica de la demandada de 27.12.1999.

³⁰⁹ La tarjeta índice del Sr. Pey no ha sido aportada por Chile sino después de concluidos los procedimientos escrito y oral, el 5 de mayo de 2000, a pesar de la petición reiterada de las demandantes para que la presentara antes del término del procedimiento para permitirle conocer su contenido (**Réplica** de 7.02.2000, punto I.2.3.(b) ; Comunicación al Centro del 16 de mayo de 2000.)

³¹⁰ Doc C40

³¹¹ Ver los Docs. C23 a C26.

VÍCTOR PEY CASADO ha renunciado a la nacionalidad chilena en virtud de la norma enunciada en el encabezamiento.

2. En consecuencia, salvo mejor parecer de US. Procedería disponer se practiquen las inscripciones a que haya lugar y que den cuenta de la referida renuncia.

Saluda a US.,

MARIO CADEMÁRTORI INVERNIZZI

Ministro Consejero

Director de Política Consular e Inmigración

JVS/psh

DISTRIBUCIÓN

1.- REGISTRO CIVIL c/anexos

2.- RR.EE. (ARCHIGRAL)

3.- RR.EE (DISPOC-ASELEC), arch”

Obsérvese que las Autoridades de Chile y de España aplican el Convenio de Doble Nacionalidad de 24 de mayo de 1958 en los mismos términos, es decir, que este permite renunciar a la nacionalidad convencional.³¹²

Cuatro días después el Registro Civil de Chile inscribía en la tarjeta índice del Sr. Pey que este

“HA RENUNCIADO A LA NACIONALIDAD CHILENA, EN CONSECUENCIA LA NACIONALIDAD DEL SR. PEY, ES EXTRANJERA”.³¹³

La competencia de la Dirección de Política Consular del Ministerio de AA. EE. está confirmada por la Corte Suprema

No cabe duda de que la Dirección de Política Consular y de Inmigración del Ministerio de AA.EE ha actuado en este caso en conformidad con la Constitución chilena y su competencia funcional. Ver a este respecto

- el Considerando 5(a) de la Sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 1989 (doc. C92),
- el Considerando de la Sentencia de la Corte suprema de 25 de julio de 1988 (doc, aquí anexo C147),

³¹² Ver en doc. C29 la Decisión de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 27 de febrero de 1979.

³¹³ La versión francesa de la tarjeta índice figura en anexo a la Comunicación al Centro de 3 de diciembre de 2001. La aportada por la demandada está incompleta y altera el sentido de la parte presentada.

- el Considerando 1° (e) de la Sentencia de la Corte Suprema de 8 de enero de 1993 (doc. aquí anexo C149),
- el considerando 3° de la Sentencia de la Corte Suprema de 19 de enero de 2001 (doc. C94).

VII.4

La renuncia a la nacionalidad chilena surte efecto en la fecha en que tuvo lugar la manifestación de voluntad de renunciar a ella

La inscripción de la pérdida de la nacionalidad en el Registro Civil tiene efectos meramente informativos. En ningún caso constitutivos.

La fecha de efecto de la renuncia o de la pérdida de la nacionalidad chilena es la del hecho generador exterior al Registro, y no la de su inscripción en este último.

La Jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Chile demuestra que lo que la delegación chilena está afirmando desde hace cinco años aquí está equivocado. Así resulta de las Sentencias de la Corte Suprema de Chile de

- a. 13 de junio de 2001: (doc. C95), que confirma la de 2 de abril de 2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso: un ciudadano chileno por naturalización había renunciado a la nacionalidad chilena el 2 de mayo de 1994 y había recuperado su nacionalidad de origen el 21 de octubre de 1994; el 28 de marzo de 2001 las Autoridades chilenas denegaron inscribir la pérdida de la nacionalidad chilena, pretendiendo que la Constitución prohíbe a un chileno por naturalización renunciar a la nacionalidad chilena. La Corte Suprema ordenó inscribir en el Registro la pérdida de la nacionalidad chilena con efecto en una fecha anterior a aquella en que será inscrita en el Registro Civil;
- b. 25 de julio de 1998: la pérdida de la nacionalidad se produjo sin renuncia a esta última (no confirmación de la nacionalidad), este hecho no fue inscrito en el Registro Civil. La Sentencia declara que la pérdida de la nacionalidad tuvo lugar el día 27 de julio de 1976, en la fecha en que el ciudadano chileno tomó otra nacionalidad y no en la fecha de la inscripción de este hecho en el Registro chileno (documento aquí anexo C147);

- c. **31 de octubre de 1989: la pérdida de la nacionalidad tuvo lugar como consecuencia de la denegación del pasaporte chileno el 12 de diciembre de 1978, la inscripción en el Registro lleva fecha de 17 de marzo de 1989, la Sentencia declara que el efecto legal de la pérdida de la nacionalidad retroactúa al 12 de diciembre de 1978 (doc. C92);**
- d. 8 de enero de 1993: el acta de la pérdida de la nacionalidad, por desconocimiento (denegación de potestad diplomática) tuvo lugar el 27 de enero de 1977, la inscripción en el Registro de la pérdida de la nacionalidad lleva fecha de 18 de marzo de 1992, y la Sentencia afirma que el efecto legal retroactúa al 27 de enero de 1977 (doc. anexo C149).

En síntesis:

LA NACIONALIDAD CHILENA

Sentencia Corte Supre.	Pérdida con renuncia	Pérdida sin renuncia	Inscripción en el Registro	Efecto legal	Desconocimiento denunciado
25.07.1998 doc. C147		27.07.1976		27.07.1976	No confirmación de la nacionalidad
31.10.1989 doc. C 92		12.12.1978	17.03.1989	12.12.1978	Denegación de pasaporte
8.01.1993 doc. C149	27.01.1977		18.03.1992	27.01.1977	Denegación de protección diplomática
13.06.2001 doc. C95	21.10.1994		Después del 13.06.2001	21.10.1994	Denegación del derecho a renunciar a la nacionalidad a un naturalizado
19.01.2001 doc. C 94		8.07.1992	17.03.1994	8.07.1992	Denegación de Documento Nacional de Identidad

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile arriba comentada es comparable a la de España, según la cual la pérdida de la nacionalidad se produce en la fecha en que tuvo lugar la renuncia, y la fecha de inscripción de ésta última al Registro Civil no es constitutiva.³¹⁴

La diferenciación creada entre la situación real del Sr. Pey y la que figuraba en los Registro chilenos obligaron a aquél a presentar varias declaraciones escritas a efectos de que se inscribiera su renuncia a la nacionalidad convencional. Lo hizo ante el

- Registro de Cartas de Naturalización del Ministerio del Interior de Chile, el 10 de diciembre de 1996³¹⁵,
- Registro Civil del Consulado de España en Santiago, el 7 de enero de 1997³¹⁶,
- Cónsul de España en Mendoza (Argentina), el 16 de septiembre de 1997 (doc. C40),
- Registro Civil Único de Madrid, el 6 de noviembre de 1997 (doc. C10),
- Registro Civil de Chile a partir de 22 de mayo de 1997 (docs. C23 a C26).

Según la Jurisprudencia de la Corte Suprema chilena, la pérdida de la nacionalidad chilena del Sr. Pey surtió efecto bien sea en el momento en que le fueron negados por el Estado chileno los beneficios del CDN después del 11 de septiembre de 1973³¹⁷, bien en el momento de su instalación en España y su pleno goce de la nacionalidad española, el 4 de junio de 1974³¹⁸, bien, por último en el momento en que el Sr. Pey manifestó su « *animus* » de que no se presumiera que se beneficiaba de las ventajas de la doble nacionalidad y renunciaba a estos efectos a la nacionalidad convencional (el 10 de diciembre de 1996³¹⁹, 7 de enero de 1977³²⁰, 16 de septiembre de 1997³²¹).

³¹⁴ Vid las Decisiones de 19-6-1996 (RJ 1996\6236) y 6-3-1990 (RJ 1990\2294) de la Dirección General de Registros y del Notariado, anexos C199 y C200.

³¹⁵ Doc. C21.

³¹⁶ Doc. N° C22.

³¹⁷ Docs. C50, C14, C15.

³¹⁸ C10 y doc. N° 7 de la **Solicitud**.

³¹⁹ Doc. C21.

³²⁰ Doc. C22.

³²¹ Doc C40

Por su parte, el Ministerio chileno de Asuntos Exteriores ha aceptado el 24 de julio de 1998³²², después de recibir la Nota Verbal del Gobierno español de 7 de julio anterior³²³, que el Sr. Pey había renunciado a la nacionalidad chilena, y el Registro Civil ha inscrito el 4 de agosto de 1998 que aquél era « extranjero »³²⁴.

VII.5

Chile ha buscado imponer al Sr. Pey la doble nacionalidad para sustraerse al Convenio de Washington y al API España-Chile

En el **punto 109** de la Decisión de 8 de mayo de 2002 el Tribunal anota que durante los trabajos preparatorios del Convenio de Washington

« 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...but it was decided that the question could be left to the decision of the Conciliation Commission or Arbitral Tribunal »(n° 447).

Desde que el 7 de noviembre de 1997 el Sr. Pey ha interpuesto ante el CIADI su **Solicitud** de arbitraje el Estado de Chile intenta imponerle su nacionalidad.

Mientras que el Ministerio chileno de Asunto Exteriores –el 24 de julio de 1998- y el Registro Civil de Chile –el 4 de agosto de 1998- habían tomado nota de que, en conformidad con el CDN de 24 de mayo de 1958, el Sr. Pey había renunciado a la nacionalidad convencional chilena, el Ministerio del Interior ordenó al Registro Civil, el 23 de julio de 1999, anular dicha inscripción.³²⁵

El Decreto del Ministerio del Interior es perfectamente ilegal, tan solo una decisión judicial podría anular la inscripción de la declaración del Sr. Pey, después de darle audiencia, como lo demuestra la jurisprudencia establecida en torno del art. 12 de la Constitución de Chile. Ver en este sentido la Sentencia de 25 de julio de 1988, de 8 de enero de 1993 y de 19 de enero de 2001 (documentos anexos C147, C149 y C146).

³²² Doc N° 11 anexo a la Réplica de la demandada de 27.12.1999.

³²³ Docs. N° C 25 y C26.

³²⁴ Vid. la tarjeta índice aportada por la representación de la demandada después de la clausura del procedimiento el 5 de mayo de 2000, y su versión francesa en nuestra comunicación al Centro de 3 de diciembre de 2001.

³²⁵ Vid. la tarjeta índice del Sr. Pey y los docs. adjuntos (comunicación de la demandada de 29.11.01), las manifestaciones de los representantes de Chile en las audiencias de 2-5 de mayo de 2000, Docs. C96 y C94.

El Presidente de la Corte Suprema de Chile ha reiterado en la Sentencia de 19 de enero de 2001 que el Registro Civil no puede modificar una inscripción que afecta a la nacionalidad (contra la voluntad del interesado) si no es en ejecución de una decisión judicial³²⁶ :

“Asímismo, fue de opinión de representar [el Presidente de la Corte Suprema] al Ministerio de Relaciones Exteriores el hecho que de oficio haya comunicado al Servicio de Registro Civil y de Identificación que el recurrente se nacionalizó argentino, sin previamente analizar la situación particular de aquél y, a este último servicio, el que haya practicado la subinscripción a que se alude en este fallo, no obstante que no existía una resolución judicial que así lo decretare, más aún si está afectando la nacionalidad.”

Chile ha buscado, mientras el arbitraje estaba desarrollándose, imponer su nacionalidad al Sr. Pey.³²⁷

Así se desprende de :

1. la ocultación de la tarjeta índice del Sr. Pey, hasta que el procedimiento fuera declarado concluido y las demandantes no pudieran ejercitar el derecho de contradicción³²⁸,
2. la orden de 24 de junio de 1999 del Ministerio del Interior a la Directora del Registro chileno de alterar la citada tarjeta índice, sin el consentimiento del interesado y en ausencia de una resolución judicial³²⁹,
3. la presentación de la versión francesa de estos documentos tan solo después de que el Tribunal de arbitraje lo ordenara el 30 de octubre del 2001, y la manipulación de la versión francesa efectuada en la comunicación del 29 de noviembre de 2001.³³⁰
4. En agosto de 2002 personalidades muy próximas al Gobierno desencadenaron una amplia campaña mediática dirigida a desacreditar a D. Víctor Pey acusándole de haber recurrido al fraude en relación con este documento. Acusaban al Sr. Pey de haber « adulterado » su tarjeta índice en el Registro Civil a efectos

³²⁶ Doc. C146.

³²⁷ Memorial de Incompetencia: pp. 1.1.4; 1.1.4.3;1.2.3.11; 1.2.3.12; 1.2.3.13; 1.2.3.14; 1.2.3.15; 1.2.3.16; 1.2.7.1; 1.2.7.2; **Réplica**: pp. 1.1.6; 1.1.12;1.2.1.

³²⁸ Las demandantes habían solicitado la presentación de la tarjeta índice el 7 de febrero 2000 - ver **Dúplica**, punto 1.2.3. Sólo la recibieron el 12 de mayo de 2000, después de las audiencias del 3 a 5 de mayo 2000. La traducción francesa no fue presentada en aquella fecha.

³²⁹ La versión francesa fue presentada el 29 de noviembre de 2001, la española después del cierre del procedimiento el 5 de mayo de 2000.

³³⁰ Ver nuestra comunicación de 3 de diciembre de 2001.

de hacer inscribir que era «extranjero»³³¹, incluso de haber sustraído una copia por medios ilícitos para hacerla llegar al Tribunal. Nos remitimos al documento C207 anexo para que el Tribunal pueda darse cuenta por sí mismo. El Tribunal recordará, sin duda, que esa petición del Gobierno español (documento C24 a C26) cuando el Gobierno de Chile, por el cauce del Ministro competente, comunicó al mencionado Registro la renuncia del Sr. Pey a los beneficios del Convenio de Doble Nacionalidad, y esa a petición del Tribunal de arbitraje que la demandada presentó una copia de la tarjeta índice en este procedimiento.

Los hechos demuestran sin ambigüedad la voluntad de imponer al Sr. Pey la nacionalidad chilena con objeto de cuestionar la competencia del Tribunal de arbitraje.

Corresponde, por consiguiente, al Tribunal de arbitraje extraer las consecuencias legítimas en cuanto a la nacionalidad española exclusiva del Sr. Pey en las fechas críticas previstas en el artículo 25 del Convenio.

VII.6

España ha reconocido también que el Sr. Pey había renunciado válidamente a la nacionalidad convencional

El inversor español ha presentado las pruebas de que, para las autoridades españolas **competentes**, en las fechas establecidas en el art. 25 del convenio CIADI su sola nacionalidad es la española.

I. La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia declara, en fecha de 27 de febrero de 1979³³², que un español puede renunciar a la doble nacionalidad chilena.

En Derecho español la resoluciones de esta Dirección General crean jurisprudencia en materia de nacionalidad.

II. El 5 de febrero de 1977 el Cónsul de España en Santiago borró al Sr. Pey del Registro de Residentes españoles que gozan de los beneficios del Convenio de Doble Nacionalidad de 1958.³³³

³³¹ Declaraciones del Senador Rafael Moreno, Diario La Segunda, 21 de agosto de 2002, artículo “La D[emocracia] C[rristiana] categórica : Intervención del C[onsejo de] D[efensa del] E[stado] en el caso ‘Clarín’ es intransable”, página 3..

³³² Doc C29.

³³³ Doc C22

III. Desde el 22 de mayo de 1997 las Autoridades españolas han decidido, después de haber examinado el expediente del Sr. Pey, dar a conocer a las Autoridades chilenas que este último ha hecho valer su derecho a tener la sola nacionalidad española.³³⁴

Para la Ley española la competencia se encuentra radicada en el Ministerio de AA.EE. La facultad para pronunciarse en materia de nacionalidad incumbe a la Dirección de Asuntos Jurídicos y Consulares. Es inconcebible que los representantes competentes del Estado Español hubieran aceptado enviar las citadas Notas Verbales a las Autoridades de Chile sin estar seguros de que el Sr. Pey tenía solamente la nacionalidad española.

IV. En el doc. anexo a la comunicación enviada al CIADI el 14 de abril de 2000, el Abogado del Estado³³⁵ reconocía ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que el Sr. Pey

- había fijado su domicilio en España después de 1973,
- había renunciado a la doble nacionalidad chilena,
- poseía como su única nacionalidad **efectiva y exclusiva** la **nacionalidad española** en la fecha del 15 de abril de 1997 (fecha de la decisión administrativa del Secretario de Estado de Cooperación Económica impugnada ante el Tribunal),³³⁶
- tiene el derecho de recurrir a la aplicación del Tratado bilateral de 2 de octubre de 1991 entre España y Chile.

Las declaraciones del representante del Estado Español en el procedimiento judicial comprometen al Estado, tienen valor de reconocimiento ante la autoridad judicial competente, quien las ha confirmado en el Auto de 5 de febrero de 2001 (documento anexo a la comunicación dirigida al Centro el 19.02.01).

Estos cuatro documentos prueban, por consiguiente, que las Autoridades competentes españolas consideran que el Sr. Pey tiene solamente la nacionalidad española.

³³⁴ Docs.. C23 à C26

³³⁵ La « Abogacía del Estado » española tiene una función que admite ser comparada con la del Consejo de Defensa del Estado de Chile.

³³⁶ Doc C4.

El Sr. Pey está inscrito en el Consulado de España en Santiago como « transeúnte ».

Es importante llamar la atención sobre la importancia de la decisión de fecha 3 de julio de 1997 adoptada por el Cónsul de España en Santiago, de inscribir al Sr. Pey en el Registro de españoles « transeúntes » en Chile (ver la anotación y el sello del Consulado de España en prueba de ello, puestos en la página nº 6 del Pasaporte español extendido en fecha 28 de mayo de 1997 al Sr. Pey).³³⁷ Esta nota dice :

*CONSULADO GENERAL DE ESPAÑA
SANTIAGO-CHILE
PRESENTACIÓN DE TRANSEÚNTE
El titular de este Pasaporte está inscrito en este Consulado General
con fecha 03-07-97 como transeúnte, con el N° 4700252”*

La demandada ha sostenido que el Sr. Pey ha residido en Chile durante numerosos meses desde 1990 (aunque, a los efectos del API lo que importa es la nacionalidad y no el domicilio ni la residencia del inversor (art. 1.1)).

Ahora bien, la anotación del Consulado de España de 28 de mayo de 1997 prueba, por un lado, que cuando el Sr. Pey se encuentra en Chile lo es como « transeúnte ».

La condición de « *transeúnte* » equivale, asimismo, a la afirmación por parte del Cónsul de España de reconocer que el Sr. Pey no tenía la nacionalidad convencional chilena. Pues en caso contrario, desde el momento en que el Sr. Pey se encontraba en territorio chileno, debía gozar automáticamente de todos los beneficios de la doble nacionalidad convencional y el Cónsul de España habría rehusado inscribirle en el **Registro de los « Españoles transeúntes »**; habría debido inscribirle, más bien, en el Registro de los españoles residentes que gozan de los beneficios del Convenio de doble nacionalidad de 1958.

No es posible encontrarse en territorio chileno gozando del Convenio de doble nacionalidad de 1958 y, al mismo tiempo, estar inscrito en el Consulado de España en el Registro de Españoles transeúntes. Esto sería incoherente.

¿Cuál es el valor, desde el punto de vista de la demostración de la nacionalidad, de esta certificación de inscripción en el Consulado de

³³⁷ Doc C48

España de Santiago, que la demandada, por lo demás, no ha cuestionado en este arbitraje ?

Un certificado consular ha sido admitido como prueba de nacionalidad por la Comisión Hispano-Venezolana de Reclamaciones de 1903.³³⁸

En el **caso Robert John Lynch** la Comisión de Reclamaciones Británico-Americanas de 1920 ha estimado que la nacionalidad del demandante estaba suficientemente probada por la presentación de una certificación consular y de un certificado de bautismo. La mayoría de la Comisión ha declarado que

*« ...when, as in this case, nothing is alleged which raises the slightest doubt as to the accuracy or bona fides of the entries in the register, a consular certificate ought to be accepted as prima facie evidence which does not in any way lose its force from the general objections taken by the respondent government ».*³³⁹

El Dr. F. K. Nielsen, en su condición de miembro de la Comisión de Reclamaciones del **caso Turkish Claims Settlement**, entre Turquía y los Estados Unidos en 1934, ha atribuido un valor probatorio considerable a una certificación consular, al afirmar :

*« When a consular officer is required by the law of his country to examine into the question of citizenship before registering an applicant, and when his action is subject to review by authorities of his government, it can probably be said that the determination of the question of nationality is made by the best expert authority with respect to the law on that subject. Authorities dealing with the matter may be said to act in a quasi-judicial capacity, even though of course judicial authorities may in any given case have the last word in such matters. When a consular certificate –one not made solely for the purpose of the presentation of the claim- is presented to a commission, the commission assuredly has before it a very authoritative pronouncement of a judicial character »*³⁴⁰.

Así, los expertos competentes, legítimamente autorizados por las Autoridades españolas en materia de nacionalidad, han declarado, en decisiones sucesivas y concordantes, que el Sr. Pey no gozaba de los beneficios del CDN, que tenía la nacionalidad efectiva y exclusiva

³³⁸ **Affaire Esteves**, Ralston, Report, p. 922, p. 923.

³³⁹ Decisions and Opinions, p. 20.

³⁴⁰ **Claim of Levenson** : Opinions and Report by Dr. F.K. Nielsen, Washington, 1937, p.

española en las fechas previstas en el art. 25 de la Convención de Washington. Esto no puede ser negado.

VIII

LA LEGITIMIDAD ACTIVA DE LOS DEMANDANTES

VIII.1

Admisibilidad de la Solicitud

La legitimidad activa de los demandantes, en este caso los propietarios de las acciones de CPP S.A., está reconocida por la ley interna de Chile y por la jurisprudencia del CIADI, que extiende el *ius standi* a los accionistas de las personas jurídicas afectadas por las medidas litigiosas.³⁴¹

La Ley chilena N° 19.568 (D.O. de 23 de julio de 1998), sobre restitución de bienes confiscados, el art. 1° dispone³⁴²

“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 No. 12, 77³⁴³ y 133 de 1973; 1697 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. Igual derecho tendrán sus sucesores (...).”

La Sentencia pronunciada por el Tribunal de Arbitraje en el asunto Antoine Goetz c. República de Burundi concluía que :

« 89 (...) Lo que es cierto de un inversor extranjero persona jurídica que posee el control de una sociedad de derecho local debe serlo de un inversor extranjero persona física que posee el control de la sociedad de derecho local. »

³⁴¹ Vid. las Sentencias en los casos **Robert Azianin et altri v. Unites States of Mexico** (ICSID Case ARB(AF)/97/2), **Metalcad Corporation v. United States of Mexico** (ICSID Case ARB (AF)/97/1) y **Waste Management v. United States of Mexico** (ICSID Case ARB(AF)/98/2)³⁴¹, citées; **AGIP c. Republique Populaire du Congo** (1979), in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXIV, 1981, pp.863 y ss.; **AAPL v. Sri Lanka** (1990); **AMT c. Zaïre** (1997); **Antoine Goetz c. Republique du Burundi** (ICSID Case N° ARB/95/3, Decisión del 10 de febrero de 1999, punto 89), *ICSID Rev.*, F.I.L.J., 2000, vol. 15, N°2..

³⁴² La versión francesa de la Ley N° 19.568 ha sido aportada por la demandada después de la audiencia de 30 de octubre de 2001.

³⁴³ Doc N° 19 anexo a la Memoria de 17 de marzo de 1999.

VIII.2

Consultas amistosas

En su **Decisión** de 8 de mayo de 2002, punto N° 72, el Tribunal de arbitraje afirma que :

« Con fecha 30 de abril y 29 de mayo de 1997, el demandante Pey Casado invocó el artículo 10, inciso 2 del Convenio entre el Reino de España y la República de Chile para la protección y fomento recíproco de inversiones, celebrado en Santiago el 2 de octubre de 1991, vigente a partir del 28 de marzo de 1994. El Gobierno de Chile rechazó la propuesta de resolver el litigio de manera amigable dentro del plazo de 6 meses previsto en el art. 10, inciso 2 del Convenio. » (el subrayado es nuestro).

En el punto 128, se pregunta, sin embargo, acerca de la realidad de las consultas amistosas.

Las propuestas de acuerdo amistoso fueron realizadas por los titulares de la totalidad de las acciones de CPP S.A., esta última habiendo sido disuelta por el Decreto N° 165, de 10 de febrero de 1975.³⁴⁴ No cabe hacer reposar todo el efecto de la gestión en la identidad del interlocutor.

El Sr. Pey, con el acuerdo de la Fundación, ha dejado claro en todas las propuestas de acuerdo amistoso que ha dirigido al Gobierno de Chile, que lo hacía por la totalidad de derechos de CPP S.A., y las respuestas que ha recibido de las Autoridades chilenas lo confirman³⁴⁵, en contra de lo que afirma la parte demandada.³⁴⁶

De hecho, en conformidad con el art. 10.1 del API España-Chile, las demandantes han intentado resolver la controversia sobre la totalidad de los derechos de CPP S.A. mediante conversaciones amistosas entre ambas partes. Han sido hechas propuestas al Gobierno de Chile el 6 de noviembre de 1995³⁴⁷, y de nuevo el 10 de enero de 1996³⁴⁸, el 30 de abril y el 29 de mayo de 1997³⁴⁹, sin resultado. El 7 de noviembre de 1997 ambos titulares que representan el conjunto del 100% de los derechos y

³⁴⁴ Docs. N° 22, 23, 11, 12 anexos a la **Solicitud de arbitraje**

³⁴⁵ Ver Doc. N° 23, anexo a la **Solicitud de arbitraje** (respuesta de la Ministra de Bienes Nacionales, du 20.11.1995), y la respuesta del Gobierno de Chile de 9 de octubre de 1997 (doc aquí anexo C142), en respuesta a las comunicaciones del Sr. Pey (con el acuerdo de la Fundación) de 30 de abril y 29 de mayo de 1997 (Docs. N° 11 y 12 anexos a la **Solicitud**).

³⁴⁶ **Memorial** 4.1; 4.2, 4.3; 4.4; 6.3.5. **Réplica**: pp. 4.1; 4.3; 4.4; 4.5; 4.8.

³⁴⁷ Doc N° 22 anexo a la **Solicitud de arbitraje**

³⁴⁸ Doc N° 23 anexo a la **Solicitud de arbitraje**

³⁴⁹ Docs. N° 11 y 12 anexos a la **Solicitud de arbitraje**

créditos de CPP S.A., sometieron el diferendo al CIADI en conformidad con el art. 10.2 del API.

En su respuesta negativa de 20 de noviembre de 1995 la Ministra de Bienes Nacionales sabía que la reclamación se refería a la totalidad de los bienes confiscados.³⁵⁰

En efecto, la comunicación del Gobierno de Chile de 9 de octubre de 1997 aquí unida (doc. C142) acredita que el Gobierno de Chile tenía conocimiento de que

- a) la consulta previa a la interposición de la **Solicitud** de arbitraje fue efectuada en conformidad con el art. 10.2 del API España-Chile,
- b) y se refería a la totalidad de los derechos de las empresas confiscadas.

Observemos que el Gobierno de Chile conocía perfectamente, desde mucho antes que fuera interpuesta la **Solicitud** de arbitraje, la existencia de la Fundación española y sus actividades humanitarias y filantrópicas, en particular, en virtud de que esta última había interpuesto en la Audiencia Nacional de España, el 5 de mayo de 1996, la primera querrela criminal contra el General Pinochet por delitos de genocidio, terrorismo y torturas, al amparo de los principios de competencia universal. El Gobierno de Chile sabía que la Fundación dirigía este caso judicial ante el Tribunal español, que el 5 de noviembre de 1998 declara su competencia por unanimidad.³⁵¹

El Gobierno de Chile estaba, asimismo, al corriente del programa de “Becas Fundación Presidente Allende”. Que cada año son concedidas a ciudadanos chilenos para estudios de Doctorado en la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de Alcalá de Henares.³⁵²

Es, también un hecho notorio que el Sr. Pey (con el apoyo de la Fundación española) desea restablecer la actividad de las empresas periodísticas y publicar el diario.³⁵³ Así lo había manifestado el propio Sr.

³⁵⁰ Docs. Nº 22 y 23 anexos a la **Solicitud de arbitraje**.

³⁵¹ Doc. aquí anexo C141.

³⁵² Doc aquí anexo C179.

³⁵³ Docs. C173

Pey al Presidente de Chile en el requerimiento de 6 de septiembre de 1995 de acuerdo amistoso.³⁵⁴

Chile no ignoraba, pues, los derechos y la postura de la Fundación.

Por el contrario, hoy es un hecho notorio que las Autoridades de Chile siempre han seguido una estrategia que buscaba excluir, o hacer imposible, la negociación amistosa con las demandantes, lo que el abogado Sr. Mayorga ha recordado públicamente al Presidente de Chile y al Ministro de Economía en julio de 2002.³⁵⁵

En el reciente caso Salinic c. Marruecos³⁵⁶, el Tribunal de arbitraje se pronunciaba el 23 de julio de 2001 acerca del carácter prematuro o no de una solicitud y sobre la existencia de consultas previas, indicando :

por una parte :

« 19. El Tribunal precisa que el art. 8.2 del Acuerdo no fija ningún procedimiento a seguir en relación con la obtención de un arreglo amistoso del diferendo entre las dos parte. Este artículo se limita a establecer un plazo de seis meses durante el cual las Partes deberán intentar resolver sus diferencias de manera amistosa. El Tribunal no tiene por misión fijar las reglas rígidas que las Partes hubieran debido seguir, sino que se contenta en buscar si es posible deducir del conjunto de las acciones de las Partes que, mediante el respeto de un plazo de seis meses, las demandadas han hecho, efectivamente, las gestiones necesarias y oportunas ante las autoridades correspondientes para obtener un acuerdo que pusiera fin al diferendo. »,

y por otro lado :

*« 20. El Tribunal estima que la tentativa de arreglo amistoso debe esencialmente conllevar la existencia de quejas y la voluntad de encontrar una solución no jurisdiccional. No requiere que sea completa ni detallada.
21. El Tribunal considera que la condición antes citada concurre en la especie : en efecto, los diferentes documentos tienen el valor de « solicitud de acuerdo amistoso del diferendo » y se refieren a las quejas invocadas en este procedimiento ; por lo demás, esos documentos permiten o, al menos, debían permitir al Reino de Marruecos **tener conocimiento del diferendo** y poner en ejecución los medios para resolver el contencioso. »*

Por consiguiente, la República de Chile tenía conocimiento del diferendo y la Fundación ha respetado en forma correcta los términos del API.

³⁵⁴ Doc N° 22 anexo a la **Solicitud** de arbitraje.

³⁵⁵ Ver en los Docs. C162 y C163 la carta del Sr. Mayorga de 9 de julio de 2002.

³⁵⁶ JDI 2002, 196.

Además, en el caso **Antoine Goetz c. República de Burundi**, la propuesta de acuerdo amistoso había sido dirigida al Gobierno por una persona jurídica, la sociedad AFFIMET, mientras que la solicitud de arbitraje había sido interpuesta posteriormente por personas físicas, los accionarios de AFFIMET. El Tribunal del CIADI ha considerado que la **Solicitud** había sido interpuesta de manera correcta (punto 91).

Agregaremos aquí que en el **caso SPP v. Egipto**, procedimiento iniciado en diciembre de 1984 por SPP (ME) Ltda., es en una fase tan avanzada como la de las audiencias sobre competencia (julio de 1985) cuando las partes informaron al Tribunal de que la subsidiaria, SPP Ltda., iba a intervenir como demandante, lo que el Tribunal aceptó.

He aquí tres ejemplos de la flexibilidad con la cual los Tribunales del CIADI han tratado a los sucesores en derechos de los interesados iniciales para reconocerles el estatuto de parte en el procedimiento.

VIII.3

Legitimidad activa de la Fundación

Antes³⁵⁷ y durante las audiencias del 3 de mayo de 2000³⁵⁸ y de 30 de octubre de 2001 la delegación de Chile ha atacado la legitimidad activa del Sr. Pey y de la Fundación cesionaria de las acciones de CPP S.A.

La legitimidad activa de las demandantes, titulares del 100% de los derechos de CPP S.A., dimana del API España-Chile, en particular de los artículos 10.3, 6 y 5, y no de un contrato de inversiones.

En el art. 6 del API Chile ha consentido en conceder

*« a los inversionistas de la otra Parte, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la posibilidad de **transferir** libremente las rentas de sus inversiones y otros pagos relacionados con las mismas, y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes : (...) El producto de la venta o de la liquidación total o parcial de la inversión. »*

³⁵⁷ Ver el Memorial de Incompetencia, pp. 1.2.3.12; 1.2.3.13; 1.2.3.14; 1.2.3.15; 1.2.3.16; 1.2.7.1; 1.2.7.2; **Réplica**; pp. 1.1.6.

³⁵⁸ Intervención del Sr. Charles Brower.

Si la venta o la liquidación de una inversión son posibles, lo es también la transferencia de la propiedad, de los derechos y créditos que de la misma dimanen mediante una donación.

En la mayoría de los casos, la operación de liquidar una inversión se subdivide en una cesión, y en una transferencia del capital liquidado. Las cláusulas de « transferencia » de los Convenios parecen aplicarse a la segunda fase de la operación, y no a la primera ; la venta y la liquidación propiamente dicha (incluida la donación) forma más bien parte del campo de las cláusulas relativas al tratamiento.

El API España-Chile dispone en el artículo 4 :

« Artículo 4. Tratamiento

1. 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. »

Este reenvío a la legislación chilena se refiere a la adquisición y cesión de una propiedad por inversores chilenos, al igual que eso a la mutación de derechos y créditos mediante la donación. Volveremos más adelante sobre este punto. Pero es claro que las Autoridades de Chile no pueden imponer restricciones a la cesión de derechos efectuada por el Sr. Pey en favor de la Fundación española, que no fueran aplicables a inversores chilenos. Permítannos un ejemplo paradójico : aquellas no han hecho objeción a la pretendida cesión de los (inexistentes) derechos de la sucesión de D. Emilio González en favor de ASINSA S.A. ... (doc. C58).

Acerca de la Ley que rige la cesión del 90% de los derechos sobre la inversión en CPP S.A.

El contrato de cesión de 6 de febrero de 1990³⁵⁹:

- a) fue firmado por el Sr. Pey ante un Notario Público, “*con pasaporte español*”, mientras se encontraba “*de paso*” en la ciudad de Miami (Fl., EE.UU.);
- b) la cláusula N° 10 de contrato dispone:

“Las partes, con renuncia a su fuero propio si lo tuvieren, se someten al de los Juzgados y Tribunales de Madrid”;

³⁵⁹ Doc N° 18 anexo a la Memoria de 17 de marzo de 1999.

- c) el contrato fue legalizado ante el Cónsul de España en Miami el 6 de febrero de 1990;
- d) el art. 10.7³⁶⁰ del Código Civil español dispone: “*Las donaciones se registrarán, en todo caso, por la ley nacional del donante.*”

Podemos, pues, concluir que es la Ley española la que rige el contrato de transferencia de la inversión.

En el documento anexo C170 se encuentran las disposiciones pertinentes en Derecho chileno respecto de la transferencia de derechos y créditos.

La sucesión de la sociedad disuelta en derecho chileno

El art. 2.115 del Código Civil chileno dispone:

Art. 2.115 : « Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber.

Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este título. » [Libro III del Código Civil].³⁶¹

La Fundación ha adquirido válidamente el 90% de los derechos sobre la inversión

El Sr. Pey firmó el contrato de cesión de derechos a la Fundación española el 6 de febrero de 1990 ante un Notario Público, dejando constancia que lo hacía en su condición de “*español de paso*” en Miami (Fl., EE.UU.).³⁶²

La legislación personal del donante y la del donatario era la española.

Este contrato fue legalizado, acto seguido, ante el Consulado de España y el Ministerio español de Asuntos Exteriores, antes de ser

³⁶⁰ Código Civil español, art. 10.7 : « *Las donaciones se registrarán, en todo caso, por la ley nacional del donante.* ».

³⁶¹ Art. 2.115 : « *Disuelta la sociedad se procederá a la división de los objetos que componen su haber. Las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones de este título. »*

³⁶² Docs. N° 17 y 18 anexos a la Memoria de 17 de marzo de 1999.

inscrito el 27 de abril de 1990 en el Registro de Fundaciones del Ministerio español de Cultura.³⁶³

La escritura de cesión a la Fundación española del 90% de los derechos sobre la inversión es de fecha 6 de octubre de 1989 y 16 de enero de 1990.³⁶⁴ Son el resultado de un período de preparación que se extendió durante varios meses. En aquellas fechas, ninguno de los dos países habían firmado el Convenio CIADI, y el API entre España y Chile no existía. España firmó el Convenio de Washington el 21 de marzo de 1994.

La alegación de la demandada de una situación de “*claims agency*”, o de cesión fraudulenta, no tiene fundamento.

Naturaleza jurídica de la cesión realizada en 1989 en favor de la Fundación española del 90% de las acciones, derechos y créditos de CPP S.A.³⁶⁵

En la fecha de su donación en favor de la Fundación española, en la escritura pública hecha en Miami (Fl., EE.UU.) los días 6 de octubre de 1989 y 6 de febrero de 1990³⁶⁶, el Sr. Pey tenía la nacionalidad española. Firmó los contratos de donación en su calidad de ciudadano español. Su legislación era, pues, la española, que era también la legislación de la Fundación cesionaria.

La cesión de créditos en derecho chileno y su oponibilidad

La cesión del 90% de los derechos de la inversión a la Fundación española fue formalmente notificada al Presidente de Chile el 7 de noviembre de 1997 en ocasión de interponer la **Solicitud** de arbitraje.

Una de las razones por las cuales la Fundación española aceptó que el Sr. Pey formulara, entre 1995 y el 7 de noviembre de 1997, peticiones de restitución y de compensación por el 100% de los derechos sobre CPP S.A. se encuentra en el art. 1.527 del Código Civil español :

*Art. 1.527: “El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación.”*³⁶⁷

³⁶³ Docs. Nº 9 anexo a la **Solicitud de arbitraje** y C7.

³⁶⁴ Docs. Nº 17 y 18 anexos a la Memoria de 17 de marzo de 1999 y C7.

³⁶⁵ Docs. C17 y C18.

³⁶⁶ Docs. num. 17 y 18 anexos a la Memoria de 17 de marzo de 1999.

³⁶⁷ C. Civil español, art. 1.528: “La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.”

Y en el art. 1.905 del Código Civil chileno :

*Art. 1.905 : « No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas, podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente ; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros. »*³⁶⁸

La cesión de un crédito, derecho o acción produce en principio, en ambos sistemas jurídicos, los mismos efectos que el contrato de compraventa de bienes corporales. Para el efecto inmediato del contrato, la calidad de titular del crédito, derecho o acción es transferida al cesionario en el mismo estado y condiciones en que se encontraba cuando se efectuó la operación, y adquiere los derechos que ostentaba el cedente.

Código Civil español :

*Art. 1.528 : “La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.”*³⁶⁹

Código Civil chileno :

*Art. 1.906 : “La cesión de un crédito [personal] comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”.*³⁷⁰

Los artículos 113 y 114 del Código de Comercio de Chile permiten vender en el extranjero bienes que se encuentran en territorio chileno, al igual que pagarlos o recibir su pago en divisas extranjeras.

En la tradición del Código Civil francés, tanto en el derecho chileno como en el español, la cesión de créditos es tratada como un derecho patrimonial, el derecho del acreedor de la prestación presenta un valor patrimonial que abre la posibilidad de que pueda disponer del mismo.

La cesión de créditos es un caso de sucesión jurídica entre vivos sobre la relación que subyace en la obligación, en virtud de la cual se opera el cambio de acreedor de esta última.

³⁶⁸ Art. 1.905 : « No interviniendo la notificación o aceptación sobredichas, podrá el deudor pagar al cedente, o embargarse el crédito por acreedores del cedente ; y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros».

³⁶⁹ C. Civil español, art. 1.528: “La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.”

³⁷⁰ C. Civil du Chile, art. 1.906: “La cesión de un crédito [personal] comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”.

La transmisión del crédito tiene lugar por mero consentimiento sin otra formalidad que la que impone la naturaleza de las operaciones que le sirven de causa.

Puede hacerse válidamente sin que el deudor tenga conocimiento previo de ello, e inclusive contra su voluntad.

La notificación de la cesión del crédito al deudor no tiene otro alcance sino el de obligarle respecto del nuevo acreedor (art. 1.527 del C.C. español ; art. 1.902 del Código Civil chileno) :

Art. 1902 del Código Civil chileno³⁷¹:

“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 este”.

Chile no ha objetado la cesión de derechos de CPP S.A. a favor de la Fundación española

En lo que se refiere a la fecha en cual la invocación por la Fundación Presidente Allende, del Convenio bilateral fue puesta en conocimiento de la República de Chile [el 7 de noviembre de 1997], el Código de Procedimiento Civil chileno precisa en su art. 55:

*« Aunque no se haya verificado notificación alguna o se haya efectuado en otra forma que la legal, se tendrá por notificada una resolución desde que la parte a quien afecte haga en el juicio cualquier gestión que suponga conocimiento de dicha resolución, sin haber antes reclamado la falta o nulidad de la notificación ».*³⁷²

Y el art. 1.904 del C. Civil chileno³⁷³ :

« La aceptación [de la cesión de derechos en créditos personales] consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc. ».

³⁷¹ Art. 1.902 del C.Civil chileno : *“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 este”.*

³⁷² Ver los arts. 345 y 346 del Código de Procedimiento Civil, cit.

³⁷³ Art. 1.904 del C.C. chileno: *« La aceptación [de la cesión de derechos en créditos personales] consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc. ».*

Durante más de cuatro años después de la notificación de la **Solicitud de arbitraje**, la República de Chile ha realizado actuaciones que no han cuestionado la cesión del 90% de los derechos de CPP S.A. a la Fundación española. De hecho, a lo largo del procedimiento escrito y oral la República de Chile no ha planteado objeción a dicha cesión. Solamente en la audiencia del 3 de mayo de 2000 la Delegación de Chile hizo saber que existía la “Decisión N° 43”, de 28 de abril de 2000, del Ministerio de Bienes Nacionales, que desconocía la inversión del Sr. Pey de 1972 en CPP S.A. y, por consiguiente, la cesión del 90% de sus derechos a la Fundación en 1989-1990.

La cesión es oponible a la parte demandada

Normalmente el sistema jurídico interno determina la sustancia de la legislación aplicable a la transferencia del derecho, así como las modalidades de esta transferencia.

Si el derecho en cuestión es cedido a un extranjero (en la especie a un no chileno, como es el caso de la Fundación española), el derecho internacional privado del Estado —en la especie el de Chile (es su legislación interna la que determina la existencia y la amplitud de los derechos adquiridos)—puede designar la ley de otro país. Por ejemplo, en derecho suizo, la validez de una cesión efectuada en 1972 era determinada, en cuanto al fondo, por la ley que regía el crédito cedido y, en cuanto a la forma, por el derecho del lugar de la cesión.³⁷⁴

En 1972 el Sr. Pey no tenía obligación de convenir un contrato con el Estado chileno para que su inversión de 1.280.000 US\$ tuviera la calidad de inversión extranjera.

Es en su condición de inversor de capitales internacionales en una empresa situada en territorio de Chile que el Sr. Pey transfirió, entre octubre de 1989 y enero de 1990, la mayor parte de su inversión a la Fundación.

Observar, a este respecto, la jurisprudencia en el Irán-U.S. Claims Tribunal para los casos **Phelps DODGE**³⁷⁵ y **Foremost**³⁷⁶.

³⁷⁴ Cf. VISSCHER, *Traité de droit privé suisse*, t. I, *Droit international privé*, Fribourg, Ed. Universitaires, 1974, vol. 4, pp. 219 y 194.

³⁷⁵ Phelps Dodge Corp. and Islamic Republic of Iran, Award N° 217-99-2 (Mar. 19, 1986), 25 ILM 619, 623-24 (1986).

En el caso Amco c. Indonesia (Sentencia sobre la competencia de 25 de septiembre de 1983) el Tribunal ha considerado la cesión de acciones de P.T. Amco a favor de Pan American como una expresión de la condición de inversor de Amco a la que estaba vinculado el beneficio de la cláusula compromisoria. Esta cláusula formaba parte de un contrato de inversión convenido entre Amco y el Estado, siendo así que en el caso de especie le legitimidad activa del Sr. Pey dimana del API España-Chile propiamente dicho.

Ahora bien, en toda cesión de contrato el cedido no puede estar obligado por la cláusula compromisoria si no a condición de haberla aceptado expresamente, pero el cedente está en principio obligado por ella.³⁷⁷ En el **caso Amco**, en efecto, la Sentencia del Tribunal del CIADI ha exigido el consentimiento del cedido para que la cesión le sea oponible (Sentencia, nº 31), y no admite la liberación automática del cedente al que reconoce la posibilidad de recurrir en arbitraje junto con el cesionario (Sentencia, nº 33).

Sin embargo, en el caso de la Fundación española, Chile ha consentido al arbitraje cuando ratificó el API con España. La cláusula compromisoria forma parte de este último (art. 10.3).

El 28 de abril de 1994, al entrar en vigor la cláusula compromisoria del API, Chile ha consentido respecto de todos y cada uno de los inversores españoles el derecho de acceder al arbitraje de un Tribunal del CIADI, lo que incluye también a la Fundación Presidente Allende, en la medida que se encuentran reunidas las condiciones establecidas en el art. 25(2)(b) del Convenio de Washington (« *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* »).

La pretensión de la demandada de excluir de este derecho a la Fundación es tanto más inconcebible si se consideran los precedentes establecidos en el reciente caso **Mihaly International Corporation v.**

³⁷⁶ Foremost Tehran, Inc. and Government of the Islamic Republic of Iran, AwardNº 220-37/231-1 (April 11, 1986), unpublished decision. Ver Seidl-Hohenveldern (I.) : « Subrogation under the MIGA Convenio », ICSID Review, v. 2, nº 1, Spring, 1987, pp.114-116. Chile y España son miembros del Convenio que crea la Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), cf. SHIHATA (I.F.I.) : MIGA and Foreign Investment, Dordrecht, Martinus Nijhoff Pub., 1988, pp. 384-389 .

³⁷⁷ Cf. DOMKE (Martin) : The Law and Practice of Commercial Arbitration, Callaghan, 1968, p. 84-86).

República Socialista Democrática de Sri Lanka³⁷⁸. El demandante era el cesionario de derechos dimanantes de un **contrato de inversión** convenido entre el titular de los derechos (una empresa de Canadá, país no miembro del Convenio CIADI) y el Gobierno de Sri Lanka. Si no el Tribunal del CIADI

- a) la cesión de los derechos de una sociedad a un tercero conlleva la legitimidad activa ante el CIADI en la medida en que el cedente y el cesionario son nacionales de un Estado miembro del Convenio de Washington en las fechas establecidas en el art. 25 y están reunidas las restantes condiciones (párrafo N° 24 *a contrario sensu*, cuya aplicación aquí es inequívoca)³⁷⁹.

Recordemos a este respecto que es el artículo 10.3 del API España-Chile de 2 de octubre de 1991 el que abre el acceso al CIADI a los españoles titulares de inversiones en Chile, a condición que ambos Estados contratantes se hayan adherido al Convenio de Washington.³⁸⁰ Ahora bien, este último no entró en vigor en Chile sino el 24 de octubre de 1991, y en España en el 17 de septiembre de 1994. Es pues, en esta última fecha cuando y precisamente en virtud de los mencionados tratados, que la legitimidad activa del Sr. Pey y de la Fundación española nació.

³⁷⁸ ICSID Case N° ARB/00/2, Award of March 15, 2002, par. 18-26.

³⁷⁹ *Ibid.*: “24. It follows that as neither Canada nor Mihaly (Canada) could bring any claim under the ICSID Convenio, whatever rights Mihaly (Canada) had or did not have against Sri Lanka could not have been improved by the process of assignment with or without, and especially without, the express consent of Sri Lanka, on the ground that nemo dat quod non habet or nemo potiore potest transferre quam ipse habet. That is, no one could transfer a better title than what he really has. Thus, if Mihaly (Canada) had a claim which was procedurally defective against Sri Lanka before ICSID because of Mihaly (Canada)'s inability to invoke the ICSID Convenio, 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 Convenio 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 invoke before ICSID could not have been admissible or able to be entertained under the guise of its assignment to a US Claimant. A claim under the ICSID Convenio with its carefully structured system is not a readily assignable chose in action as shares in the stock-exchange market or other types of negotiable instruments, such as promissory notes or letters of credit. The rights of shareholders or entitlements of negotiable instruments holders are given different types of protection which are not an issue in this case before the Tribunal. This finding is without prejudice to the right of Mihaly (Canada) to pursue its claims, if any, before another otherwise competent forum.”

³⁸⁰ « 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 Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados’ (...) cuando cada Estado parte en el presente Tratado haya adherido a aquél.”

b) Los cesionarios de una inversión (**Mihaly International Corporation, USA**) tiene la legitimidad activa *ratione personae*, en su propio nombre, en relación con dicha inversión, ante el Tribunal del CIADI en la medida que, en la fecha de la interposición de la Demanda de arbitraje, es ciudadano de un Estado miembro del Convenio de Washington y defiende sus propios intereses. Y ello incluso si el cedente (**Mihaly, Canadá**) no tenía legitimidad activa ante el CIADI (en la especie, no era ciudadano de un Estado miembro en la fecha de interponerse la Solicitud de arbitraje).³⁸¹

En el mismo sentido se han pronunciado los Tribunales CIADI en los casos

- **Robert Azianin y altri v. United States of Mexico**³⁸² (ICSID Case ARB(AF)/97/2), en el que los demandantes teniendo la nacionalidad de EE.UU. son accionistas de la empresa norteamericana Global Waste Industries Inc., accionarios asimismo de la empresa mejicana DESONA ;
- **Waste Management v. United States of Mexico**³⁸³ (ICSID Case ARB(AF)/98/2), el demandante tenía la nacionalidad de EE.UU., e interviene en su condición de accionista de la empresa mejicana ACAVERDE S.A. ;
- **Metalcad Corporation v. United States of Mexico**³⁸⁴ (ICSID Case ARB (AF)/97/1), la empresa tiene la nacionalidad de EE.UU. y Metalcar Co., es el demandante en su condición de accionista de la empresa mejicana Coterin S.A. ;
- **Klöckner v. Cameroon** (ICSID Case ARB/81/2), en el que los accionistas alemanes, belgas y holandeses de Klöckner eran los codemandantes, y los tres Estados eran miembros del Convenio del CIADI ;
- **AMT v. Zaire** (ICSID Case /ARB/93/1), en el que la empresa que tenía la nacionalidad de EE.UU., no litigaba sino en nombre de aquellos accionistas que eran ciudadanos de un Estado miembro del Convenio del CIADI.

³⁸¹ Punto 24, cite, y punto 26: “*The Tribunal finds, nonetheless, that Mihaly International Corporation (USA) is entitled to file a claim in its own name against Sri Lanka in respect of the rights and interests it may be able subsequently to establish (...)*”.

³⁸² La Decisión de arbitraje, de 1 noviembre de 1999, ha sido publicada en la página web del CIADI

³⁸³ La Decisión de arbitraje, de 2 de junio de 2000, ha sido publicada en la página web del CIADI.

³⁸⁴ Vid. la Decisión de 30 de agosto de 2000, publicada en la página web del CIADI www.worldbank.org/ICSID/cases

La conclusión del tribunal del caso **Mihaly International Corporation v. República Socialista Democrática de Sri Lanka** es de interés, con mayor motivo, en este procedimiento, pues la competencia del CIADI, y por consecuencia la del Tribunal de arbitraje, se fundamenta no en un acuerdo o contrato concluido entre el Estado de acogida y el inversor extranjero sino directamente en el Tratado internacional concluido entre la República de Chile y España, donde el cedente del 90% de los derechos sobre CPP S.A. así como que la Fundación cesionaria son nacionales españoles, Estado miembro del Convenio del CIADI.

La llamada regla de la continuidad de identidad del titular del derecho en cuestión ha sido descartada por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 y el API España-Chile de 2 de octubre de 1991

I. Antecedentes
Tratados multilaterales. Tratado de Versalles

El art. 297(e) del Tratado de Versalles, de 28 de junio de 1919 daba a los ciudadanos de los Estados vencedores la facultad de reclamar reparación a la Alemania vencida por motivo de daños « ... causados a sus bienes, derechos o intereses... ».³⁸⁵

Según Blühdorn : «... la nacionalidad en cuestión debía haber sido adquirida a más tardar en el momento en que la medida excepcional había sido adoptada ». ³⁸⁶ [El Sr. Pey era exclusivamente español en la fecha del Decreto Supremo N° 176, de 19 de febrero de 1975, sobre confiscación de CPP S.A. y EPC Ltda.]

Correspondía a los Tribunales Mixtos de Arbitraje (TMA) establecidos interpretar esas disposiciones, así como los arts. 296 y 304(e)(2).

En el caso Sociedad por acciones **Odra c. Estado alemán**³⁸⁷, el TMA germano-checoslovaco juzgó en un caso de cesión del derecho a reclamar restitución de bienes confiscados durante la guerra, la demanda era inadmisibile por falta de competencia. El cesionario, una sociedad

³⁸⁵ Martens : Nouveau Recueil Général des Traités y autres actes relatifs aux rapports de droit international, Leipzig, Lib. Theodor Weicher, 1922, 3^{ème} série, vol. 11, pp. 559-560.

³⁸⁶ Blühdorn : « Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes créés par les Traités de Paris », RCADI, vol. 41, 1932-III, pp. 202-210.

³⁸⁷ Rec TAM, vol. VI, pp. 580-585)

checoslovaca, había adquirido el derecho de reclamación en una fecha posterior a la de la entrada en vigor del Tratado de Versalles.³⁸⁸ El Tribunal precisaba que si la cesión hubiera tenido lugar antes de aquella fecha la demanda habría sido admisible. [La cesión de los derechos de la inversión del Sr. Pey tuvo lugar antes de la fecha en que fue firmado el API España-Chile].

II. El art. 78(9)(a) del Tratado de Paz de 10 de febrero de 1947 entre los Estados Aliados e Italia

En el marco de esos Tratados fueron los « ciudadanos de las Naciones Unidas » quienes obtuvieron el derecho a reclamar a los países vencidos la restitución de sus bienes inmuebles. El término « ciudadanos de la Nación »

*« ... se aplica a las personas que son nacionales de cualquiera de las Naciones Unidas, así como a las sociedades o a sus asociaciones constituidas bajo el régimen legal de una de las Naciones Unidas, en el momento de entrada en vigor del presente Tratado, a condición de que dichas personas ...hayan poseído ya ese estatuto en la fecha del armisticio... ».*³⁸⁹

Observaremos que ni el Convenio del CIADI ni el API España-Chile establecen una condición semejante para determinar la nacionalidad de las personas susceptibles de tener acceso a un arbitraje del CIADI.

Son, también, ciudadanos de las Naciones Unidas las personas físicas y las sociedades o asociaciones que fueron tratadas como enemigos durante la guerra. [Las Autoridades de Chile han desconocido de facto al Sr. Pey los beneficios de la doble nacional chilena después del 11.09.1973 ; lo han tratado como « enemigo », ordenando su detención, con las consecuencias consabidas, mediante un bando militar público³⁹⁰].

Una naturalización efectuada entre la fecha del armisticio y la de la entrada en vigor del Tratado de Paz el 10 de febrero de 1947 no tenía consecuencias si confería al interesado la nacionalidad de otro país aliado.

Otro punto importante es la ausencia de la condición relativa a la nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio.

³⁸⁸ La Fundación cesionaria española ha adquirido los derechos sobre CPP S.A. en 1989-90, antes que entrara en vigor el API España-Chile (28 de marzo de 1994).

³⁸⁹ Art. 78(9)(a) del Tratado (NN.UU., Recueil des Traités, vol. 49, 1950, p. 45).

³⁹⁰ Doc C50.

III. El art. 5 del Acuerdo de 14 de agosto de 1947 entre Estados Unidos e Italia

El art. V estableció una Comisión de conciliación que debía resolver sobre « *determinadas reclamaciones en tiempos de guerra y materias relacionadas* », y disponía que :

*« ...nationals means individuals who are nationals of the USA, or Italy ...at the time of the coming into force of this Memorandum of Understanding, provided that,.. [they] also have held this status either at the time at which their property was damaged or on September 3, 1943, the date of the Armistice with Italy. »*³⁹¹

La exigencia de una continuidad de la nacionalidad entre las fechas prescritas no está realmente establecida. Para FREIDBERG, el sistema de los tratados de paz en su conjunto

*« ...was a slight softening of the strict rule of continuous nationality, inasmuch as protection was extended to claimants who were not nationals of the spousing state on the date of the loss, but acquired such nationality before the armistice was signed. »*³⁹²

¿Qué decir en cuanto a la titularidad del derecho ? En el Tratado de paz, en primer lugar, constatamos que para el art. 78 (4)(a) :

*« Cuando un bien no podrá ser restituido o, como consecuencia de un acto de guerra, el ciudadano de una Nación Unida ha sufrido una pérdida como consecuencia de una tentativa o de un daño causado en Italia, el Gobierno italiano indemnizará al propietario ... hasta los dos tercios de la cantidad... ».*³⁹³

« Propietario », nos dice la letra c) del apartado 9 del mismo artículo, designa a aquel

*« ...que tiene un título legítimo al bien en cuestión, y se aplica al sucesor del propietario, a condición de que ese sucesor sea también ciudadano de una de las Naciones Unidas en el sentido del párrafo a). »*³⁹⁴

³⁹¹ RSA, vol. XIV, p. 68.

³⁹² FREIDBERG : « *Unjust and Outmoded –The Doctrine of Continuous Nationality in International Claims* », *The International Lawyer*, vol. 4, 1970, p. 839. En el mismo sentido, BLASER, op. cit. infra, página 32.

³⁹³ MARTENS, op. cit., nota 17, p. 43.

³⁹⁴ *Ibid.*.

El término « sucesor » debe ser entendido en un sentido amplio, que incluye también al cesionario (ver la continuación de la letra c) de apartado 9 del mismo artículo).

Vemos que la transferencia del derecho en cuestión intervenida entre personas de nacionalidades pero « ciudadanos de las Naciones Unidas » no afecta a la continuidad.

El artículo III del Acuerdo de 14 de agosto establecido entre los Estados Unidos-Italia³⁹⁵, en la medida que da algunas precisiones relativas al daño, no nos ilustra mayormente sobre la cuestión de la titularidad del derecho.

IV. El Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965

El Convenio de Washington que estableció el CIADI, en su art. 25(2)(b) no ha retomado la condición de la nacionalidad « de origen », y de una exigencia de continuidad en sentido estricto.

BLASER había ya observado en La nacionalidad y la protección internacional del individuo³⁹⁶ :

« La flexibilidad de los principios tradicionales de que hacen prueba los tratados de paz parece ser la característica de las tendencias actuales hacia una mayor protección de los derechos del individuo en el orden internacional ».

La transmisión de los derechos al arbitraje y el Convenio CIADI

El Convenio CIADI y el API España-Chile se sitúan al margen del sistema de protección diplomática :

« Art. 27 del Convenio :

(1) Ningún estado contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado contratante no haya acatado el Laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. »

En igual sentido, el art. 10.6 del API España-Chile dispone :

³⁹⁵ Ver art. III, cifra 16, letra a, RSA, vol. XIV, p. 67.

³⁹⁶ Thèse Lausanne, Imprimerie Rencontre, 1962, p. 32.

« 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 de arbitraje o la sentencia del Tribunal ordinario, según los términos de cumplimiento establecidos en el laudo o en la sentencia. »

La razón de ser del sistema CIADI-API es la protección internacional de los derechos de la persona, en tanto que « inversor », la cuestión del interés nacional ha pasado a un segundo plano. La consecuencia de ello es la desaparición de las dos reglas de la continuidad, la de la nacionalidad y la de la identidad del titular del derecho, que encuentran su origen en una época en la que el individuo no tenía ninguna significación jurídica en la escena internacional, y era, por consiguiente, a través del Estado y según la discreción de éste que podía hacer valer sus derechos, a condición de poseer su nacionalidad.

Esta premisa es conforme con la evolución del derecho internacional, en el sentido de una disminución del papel jugado por el Estado nacional, y se dirige hacia un reconocimiento cada vez más acentuado de los derechos del hombre, independientemente de la nacionalidad. Por esta razón, la protección diplomática se convierte en subsidiaria dentro del sistema CIADI-API.

Más en particular, la exclusión de la regla de la continuidad de la identidad del titular en derecho al arbitraje está contemplada en el Convenio de Washington

Según Aron BROCHES, es posible, siempre que el sucesor sea nacional de un Estado miembro del Convenio :

“The convention is silent as to the assignability of ICSID arbitration agreements and there is no reason to consider that assignment is not permitted. In order to be effective under the Convention, however, the assignee or successor must have the status required by the Convention, i.e., must be a national of another Contracting State That is to say that assignment to an entity which does not have that status would destroy the arbitration clause. The question might be asked whether, in addition, the successor or assignee must itself consent in writing in order to come within the jurisdiction of the Centre. The answer to this would seem to be in the negative if the clause is so drafted as to make clear that it is binding not only on the original parties to the agreement but also on successors or assignees.”³⁹⁷

³⁹⁷ Broches— “Arbitration Clauses and Institutional Arbitration. ICSID: A Special Case,” (1974) in Broches (A.), Selected Essays, World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p. 247.

La Jurisprudencia del CIADI

En el caso Holiday Inn (H.I.) (fundado en un contrato de inversiones y no en un API) el Gobierno demandado ha alegado que jamás había consentido de manera expresa y por escrito al arbitraje en lo que se refería a H.I. de América y OPC. El Prof. Pierre Lalive comenta :

“This formalistic argument ran counter to both the letter and the spirit of the Washington Convention, which does indeed require ‘consent in writing’ to arbitration of a ‘legal dispute arising directly out of an investment’, but does not require that the other party be identified in writing at the outset and specifically. The fundamental condition of jurisdiction is the consent (in writing) of the ‘parties to the dispute’. But this condition may well be fulfilled, e.g. in case of subrogation, succession, etc., although not all the parties have been or could be named in the original contract.

A contrary interpretation would result in paralysing in practice any transfer or assignment of contracts or contractual rights and duties. It would be unrealistic to expect that, throughout the life of a contract containing an arbitration clause, any succession to or transfer of rights and duties would only be fully effective if the original consent to arbitration was each time renewed or confirmed in writing. What is indeed essential under the Convention is (1) that the actual dispute be shown clearly to fall within the scope of the arbitration clause and (2) that each claimant (or each defendant) be shown to be, in the particular case, a ‘party to the dispute’ -whether or not such party happens to be named or identified as signatory to the original contract.”³⁹⁸

Con motivo de la cesión en 1989-1990 del 90% de los derechos sobre CPP S.A. a la Fundación española, ni España ni Chile habían ratificado el Convenio del CIADI. El API entre España y Chile no existía siquiera. El inversor español no tenía, pues, la capacidad de iniciar una acción internacional contra la República de Chile. Debe ser excluida cualquier aproximación a una situación de “*claims agency* ».

En lo que se refiera a Holiday Inn S.A., Marruecos alegaba que las partes no tenían capacidad de aceptar el arbitraje del CIADI porque, al celebrar su acuerdo de 1966, ni Marruecos ni Suiza formaban parte del Convenio del CIADI, más aún, la compañía no tenían aún personalidad legal según la Ley Suiza. El Tribunal, sin embargo, resolvió:

“The Tribunal is of the opinion that the Convention allows parties to subordinate the entry into force of an arbitration clause to the subsequent

³⁹⁸ LALIVE (Pierre): “*The first ‘World Bank’ arbitration (Holiday Inns v. Morocco) –some legal problems*”, in The British Year Book of International Law 1980, 1982, página 150.

*fulfilment of certain conditions, such as the adherence of the States concerned to the Convention, or the incorporation of a company envisaged by the agreement. On this assumption, it is the date when these conditions are definitely satisfied, as regards one of the parties involved, which constitutes in the sense of the Convention the date of consent by that party.”*³⁹⁹

En lo que se refiere a Holiday Inn y Occidental, Marruecos sostenía que no tenían derecho a ser parte en el arbitraje porque no habían firmado el acuerdo que contenía la cláusula CIADI. El Tribunal resolvió, sin embargo

*“that any party on whom rights and obligations under the Agreement have devolved is entitled to the benefits and subject to the burdens of the arbitration clause.”*⁴⁰⁰

Si reemplazamos a “Agreement of Investment” por Acuerdo Bilateral de Inversiones, los mismos principios se aplican a la transferencia de los créditos del Sr. Pey a la Fundación Española en 1989-1990, y al derecho de esta última al arbitraje del CIADI *ex art.* 10 del API España-Chile de 2.10.1991.

En el presente caso la obligación para la República de Chile de respetar su derecho nacional, y también las disposiciones del Convenio concluido con España, no es otra cosa sino la expresión de su soberanía estatal en el sentido amplio del término. Como había enunciado la Corte permanente de Justicia Internacional en el caso del Vapor Wimbledon:

*“La Corte se niega a ver en la conclusión de un Tratado cualquiera, por el cual un Estado se compromete hacer o no hacer alguna cosa, un abandono de su soberanía (...). La facultad de contraer compromisos internacionales es precisamente un atributo de la soberanía del Estado.”*⁴⁰¹

Caso AMCO ASIA c. Indonesia

En este caso se trataba de un Convenio de Inversiones y no de un API. La doctrina establecida en la Sentencia AMCO (ver en particular los puntos 369 y 373) es, sin embargo, transponible a una inversión regida

³⁹⁹ Transcript, p. 11. Citado en TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, página 818.

⁴⁰⁰ Transcript, p. 14. Citado en TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, página 818.

⁴⁰¹ C.P.J.I., série A n° 1, p. 25.

por un API, y, en consecuencia, a la transferencia de los derechos del Sr. Pey a la Fundación española.⁴⁰²

El Convenio entre P.T. AMCO y la República de Indonesia era *intuitu personae*, única razón de ser de la aprobación de la transferencia de las acciones por el Estado receptor. El API entre España y Chile no lo es, la transferencia de acciones del inversor español a una Fundación igualmente española no requiere la aprobación del Estado receptor de la inversión.

La cesión del derecho en que se funda la reclamación internacional

En el **caso Camy** (MCC franco-americano, el Convenio de 15 de enero de 1880), el abogado del reclamante había alegado la no cesibilidad de los derechos que poseía este último, en referencia al derecho anglo-sajón.⁴⁰³ Sin tener en cuenta el derecho interno, la Comisión declaró que el derecho de ceder la reclamación estaba reconocido y citaba la jurisprudencia de comisiones anteriores. La facultad de ceder la reclamación no vendría, pues, directamente del derecho internacional, en la medida que podemos confiarnos en una decisión adoptada principalmente en base a la equidad.⁴⁰⁴

Asimismo, en el **caso Landreau**⁴⁰⁵ (comisión arbitral americano-peruana creada por el Protocolo de 21 de mayo de 1921), el Tribunal rehusó examinar un argumento basado en la violación de las reglas del derecho peruano relativa a la validez formal de la cesión efectuada. A modo de justificación, afirmó :

« It is not necessary for this purpose to decide what may be the municipal law of Peru as to assignment of contract rights... We are not embarrassed by any

⁴⁰² Cfr. TUPMAN (W.Michael): "Case studies in the jurisdiction of the International Centro for Settlement of Investment Disputes", International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986.

⁴⁰³ El demandante había sostenido que : « *This claim was not a right, or, if a right, did not belong to the class of assignable rights...* (MOORE, International Arbitrations, vol. III, p. 2399).

En aquella época el derecho anglo-sajón prohibía la cesión des 'choses in action' basadas en una responsabilidad delictiva, lo que explica el argumento presentado. Como subraya BORCHARD (Diplomatic Protection of Citizens Abroad, N. York, The Banks Law Pub. Co., 1927, p. 637, esta regla fue modificada ulteriormente, y los derechos y acciones dimanantes de esta responsabilidad fueron cedibles..

⁴⁰⁴ El art. 4 del Convenio exigía a los comisarios juzgar « *...according to public law, justice and equity...* » (texto in PARRY, The Consolidated Treaty Series, col. 156, p. 184).

⁴⁰⁵ Decisión de 26 oct. 1922, RSA, vol. I, pp. 349-367.

*technicalities of municipal law. It is clear that in all justice and fairness, Peru was bound to pay... ».*⁴⁰⁶

Vemos, a través de estos ejemplos, que no fue siempre en función del derecho estatal como el juez internacional reconoció la cesibilidad de los derechos individuales. El **caso Camy**, indicaría, más bien, que esta facultad fue considerada por el Juez como dimanante directamente del derecho internacional.

Derecho Procesal

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

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

La jurisprudencia del CIADI

I

Caso FEDAX NV c. República de Venezuela

En este caso se trataba de la puesta en aplicación de un API.

El texto íntegro de la Decisión del Tribunal sobre la competencia, de 11 de julio de 1997, ha sido aportada en el doc. N° D5.

Los puntos 38 a 43 asumen la exclusión de la regla de la continuidad de la identidad del titular del derecho en causa. El Tribunal se declara competente.

⁴⁰⁶ Ibid, p. 367. Si la independencia de estos principios fue afirmada de este modo es porque el Juez tenía la obligación de juzgar según la equidad, de acuerdo con el art. 1° del Protocolo firmado el 21 de mayo de 1921.

II

Caso AMCO ASIA c. Indonesia

Habiéndose considerado competente en las disputas entre P.T. Amco e Indonesia, el Tribunal proseguía decidiendo que el Centro era, asimismo, competente en relación con Amco Asia y Pan American. Aunque la cláusula de arbitraje no hacía referencia a Amco Asia, el Convenio no requería que un consentimiento escrito « *sea expresado en una fórmula solemne, ritual y única* » [punto 369]. El inversor extranjero era Amco Asia, P.T. Amco siendo « *solamente un dispositivo instrumental a través del cual Amco Asia preveía realizar la inversión* » [p. 369]. Como el Convenio estaba destinado a proteger a los inversores y a promover la inversión privada extranjera, la cláusula de arbitraje en la demanda de inversión de Amco Asia debía ser interpretada de manera que aportara la protección del CIADI a Amco Asia, la verdadera parte interesada.⁴⁰⁷

El Tribunal consideró, igualmente, que Pan American podía ser parte en el procedimiento de arbitraje del CIADI. El razonamiento del tribunal era que los derechos de AMCO ASIA para acceder al CIADI estaban “*ligados a su inversión, representada por sus acciones en PT Amco*”; en consecuencia, una transferencia de estas acciones transfería el derecho a acceder al CIADI [p. 373]. La aprobación dada por el Gobierno 1972 a la transferencia de las acciones a Pan American, aunque no mencionaba el arbitraje del CIADI, tenía, sin embargo, como consecuencia que el Gobierno consentía

‘to the transferee acquiring all rights attached to the shares, including the right to arbitrate, unless this later right would be expressly excluded in the approval decision.’ (p. 373)⁴⁰⁸

El Convenio entre P.T. AMCO y la República de Indonesia era *intuitu personae*, la única razón de ser de la aprobación por el Estado anfitrión de la transferencia de las acciones. El API entre España y Chile no lo es, la transferencia de las acciones del inversor español Sr. Pey a

⁴⁰⁷ Citado en TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, part 4, oct. 1986, página 829.

⁴⁰⁸ Citado en TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, part 4, oct. 1986, página 829.

una Fundación igualmente española no requiere la aprobación del Estado receptor.

El Tribunal ha considerado no pertinente que Amco Asia haya transferido un conjunto de acciones que aseguraban el control de P.T. Amco a Pan American. Los derechos de Amco Asia en relación al CIADI dimanaban del hecho de que era el inversor inicial y no de que fuera el accionario que disponía del control sobre P.T. Amco:

*“Consequently, 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.” [punto 373]*⁴⁰⁹

El Tribunal del caso *Amco* ha dado a entender que incluso si Amco Asia había transferido todas sus acciones a Pan American, hubiera podido todavía conservar la legitimidad activa para un arbitraje ante el CIADI *“en tanto que inversor inicial”*.⁴¹⁰

De acuerdo con la decisión sobre la competencia del tribunal del caso Amco, esos derechos al arbitraje pueden ser transferidos a otras compañías, dando así origen a un número indeterminado de demandantes potenciales. En fin de cuentas, el resultado sería que el Estado perdería su derecho soberano para decidir qué compañías extranjeras deben ser autorizadas a invertir y a tener derecho al arbitraje del CIADI.⁴¹¹

En algunas circunstancias el hecho de que los derechos al arbitraje del CIADI sean inducidos por compañías relacionadas o afiliadas puede estar justificado para dar sentido a una cláusula CIADI en un acuerdo escrito. En el caso Amco, por el contrario, una vez que el tribunal había decidido que el Centro era competente en relación con la compañía local, no había ninguna razón imperativa de ir más allá e inducir para sus accionistas derechos respecto del CIADI; estos se habrían beneficiado de cualquier sentencia a favor de la compañía local independientemente de

⁴⁰⁹ Citado en TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, página 829.

⁴¹⁰ (1984) XXIII I.L.M., 351, 373. Citado en TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, página 836.

⁴¹¹ Citado en TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, página 837-38.

que hubieran sido, de manera formal, parte en el procedimiento de arbitraje.⁴¹²

Por consiguiente el Centro, y por tanto el Tribunal, tiene competencia para conocer el diferendo y resolver sobre el fondo.

⁴¹² Citado en TUPMAN (W.Michael): “Case studies in the jurisdiction of the International Centro for Settlement of Investment Disputes”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, part 4, oct. 1986, página 838.

IX

Respuestas a las preguntas del Tribunal de 8 de mayo de 2002

IX.1

En su **Decisión** de 8 de mayo de 2002, punto N° 64, el Tribunal de arbitraje afirma que

“N° 64. (...) El contrato indica asimismo en su inciso 3° (sic) [4°]: (...)”.

En efecto, en la versión francesa del contrato de cesión de las acciones de CPP S.A. de 6 de febrero de 1990⁴¹³, falta el 3° punto. El mismo dice :

« 3ª : La cesión es a título gratuito, incondicional e irrevocable, siempre que la inscripción de la carta Fundacional del CESIONARIO en el Registro de Fundaciones tenga lugar antes del seis de octubre de mil novecientos noventa ». ⁴¹⁴

IX.2

Nacimiento del Diferendo. No retroactividad del API

En la Decisión de 8 de mayo de 2002, **puntos 123 y 124**, el Tribunal constata que

“siguiendo el argumento de la Parte demandada de que dicho Tratado no tiene efectos retroactivos, el desacuerdo entre las Partes atañe aquí a saber si dicho Tratado ha sido celebrado o no para resolver situaciones o alguna controversia suscitada antes de su entrada en vigor (es decir, antes del 28 de marzo de 1994).”

La expresión “resolver situaciones” no figura en el API España-Chile. Aquella no es equivalente ni asimilable a las nociones de “controversia” o “reclamación”, que implican la presencia de dos versiones contrapuestas. ⁴¹⁵

Cuando Chile ha deseado que las expresiones « situaciones », o « hechos » sean incluidas en un API lo ha hecho constar en la parte dispositiva del Tratado. Por ejemplo, en el Tratado convenido entre Chile

⁴¹³ Doc N° 18 anexo a la Memoria de 17 marzo 1999.

⁴¹⁴ Doc C7.

⁴¹⁵ Ver la **Respuesta** de 18 de septiembre de 1999, puntos 3 à 3.5.

y Argentina (en vigor desde el 27 de febrero de 1995), cuyo art. N° 8 dispone :

“Ámbito de aplicación

1. *El presente Tratado (...) también beneficiará a las inversiones realizadas*

con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva

Parte Contratante, estuvieren registradas como inversión extranjera.

2. *No se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor, o relacionadas con hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia o referidas a la mera permanencia de tales situaciones preexistentes”⁴¹⁶;*

en el API Chile-Chequia (D.O. de 2.12.1996)

“Artículo 2

Ambito de Aplicación

Las disposiciones de este Acuerdo (...) sin embargo, no será aplicable a las controversias que hubieren surgido con anterioridad a su entrada en vigencia o a las controversias directamente relacionadas con acontecimientos que ocurrieron antes de su entrada en vigor”,

en el API Chile-Filipinas (D.O. de 6.11.1997)⁴¹⁷:

“ARTICULO II

Ambito de Aplicación

El presente Acuerdo (...) Sin embargo, no se aplicará a las diferencias que hubieren surgido con anterioridad a su entrada en vigor o a diferencias directamente relacionadas con hechos que hubieren ocurrido con anterioridad a su entrada en vigor”;

en el API Chile-Italia (D.O. 23.06.1996)⁴¹⁸

“ARTICULO 13

Ambito de aplicación del Acuerdo

1. *El presente Acuerdo (...)*

2. *En todo caso, no se aplicará a las controversias ya iniciadas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor ni a las reclamaciones pendientes o surgidas antes de tal fecha, ni tampoco por hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia ni por la mera permanencia de tales situaciones preexistentes”;*

⁴¹⁶ C115. Subrayado nuestro.

⁴¹⁷ C126.

⁴¹⁸ C201

o en los API que Chile ha firmado con Croacia, Ucrania, Paraguay, Panamá y Venezuela.⁴¹⁹

Se observará que en todos esos API la República de Chile hace una diferencia entre, por un lado, los conceptos “controversia” y “reclamación”, y por otra parte las nociones de **“hechos”**, **“acontecimientos”** y **“situaciones preexistentes”**.

Ahora bien el API España-Chile sigue otro modelo, el de los API convenidos con Chile con Francia, el Reino Unido, Finlandia, Dinamarca, Malasia, Noruega, Portugal, o Suecia⁴²⁰, donde las nociones de, “hechos”, “acontecimientos” y “*continuidad de situaciones preexistentes*” son desconocidos. Así, el art. 1.2 del API Chile-Reino Unido (D.O. de 23.06.1997):⁴²¹

“2) El presente Acuerdo regirá para las inversiones efectuadas (...) antes o después de la entrada en vigencia de este Acuerdo. Sin embargo, no regirá para las diferencias o divergencias que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigencia”,

o el art. 12 del API Chile-Francia de 14.07.1992:

“El presente Acuerdo se aplicará a todas las inversiones realizadas por los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes en el territorio o la zona marítima de la otra, pero no se aplicará a aquellos diferendos relativos a inversiones que hayan surgido antes de la vigencia del acuerdo”,

e igualmente el art. N° 2 del API España-Chile:

“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.”

El Tratado bilateral España-Chile de 1991 utiliza, igualmente, la noción de “*controversia*” en los artículos 9 y 10 (que tratan del arreglo de los diferendos), y asocia esta noción a un conflicto entre las dos partes. Se admitirá, al menos, que la Parte que se estime perjudicada debe hacer

⁴¹⁹ Los API convenidos por Chile están publicados en la página web del Comité de Inversiones Extranjeras : <http://www.cinver.cl/>

⁴²⁰ Doc unido a la comunicación dirigida al Centro el 5 de noviembre de 2001

⁴²¹ Doc C124.

conocer el punto de desacuerdo, y sus pretensiones, por el conducto oficial adaptado a la Parte Contratante implicada.

De los hechos que concurren en la especie resulta que ninguna “*reclamación*” ni “*controversia*” ha surgido antes del 28 de marzo de 1994 entre los inversores españoles y la República de Chile. En todo caso, ningún conflicto ha surgido el 10 de febrero de 1975, contrariamente a lo que afirma Chile⁴²², entre el Sr. Pey y las Autoridades de Chile.

La primera « *controversia* » sobrevino después que el 29 de mayo de 1995 el Juez del 8º Juzgado del Crimen de Santiago hubiera ordenado que el inversor español fuera restituido en la posesión de los títulos de propiedad de CPP S.A., de los contratos de su compra y de los justificantes de pago del precio⁴²³, y que el Gobierno de Chile no hubiera accedido a la primera « *reclamación* » de restitución de los bienes y de compensación de los daños.⁴²⁴

La demandada no ha presentado el menor rastro de una **controversia** con el Estado de Chile, ni directa ni indirectamente, ni en Chile ni en el extranjero, ni tampoco, de una **reclamación**, en relación con la confiscación de su inversión en la principal empresa periodística de Chile.

Los Decretos confiscatorios encontraban su razón de ser en el Decreto-Ley Nº 77, de 1973, sobre confiscación de bienes de los Partidos Políticos. La carta de 22 de febrero de 1974 anunciando represalias había sido dirigida al Sr. Sainte-Marie para estimularle a colaborar con la Dictadura (doc. C9). Los decretos confiscatorios que siguieron, en la propaganda de la Junta Militar que los acompañaba iban dirigidos contra el Gobierno y la persona del Presidente Allende. Los interrogatorios efectuados por el Servicio Nacional de Impuestos Internos, en el procedimiento judicial de acompañamiento, buscaba probar un hecho que la Junta Militar sabía que era inexistente pero que interesaba a su campaña contra el Presidente asesinado.

Las empresas CPP S.A. y EPC Ltda., al igual que el Sr. Pey, habían estado totalmente ausentes del procedimiento judicial ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago.

⁴²² N°2.1.3, Memorial de la demandada de 27 diciembre 1999.

⁴²³ Doc N° 21 anexo a la **Solicitud de arbitraje**.

⁴²⁴ Docs. N° 22, 23, 11 y 12 anexos a la Solicitud de arbitraje, y la comunicación del Gobierno de Chile de 9 de octubre de 1997, doc aquí anexo C142.

Nadie tomó en Chile la representación ni la defensa de las empresas CPP S.A. ni EPC Ltda., ni tampoco del Sr. Pey. Nadie ha formulado una reclamación al respecto, ni cuando fueron confiscadas por el Decreto de 10 de febrero de 1975, ni cuando el Servicio Nacional de Impuestos Internos interpuso su querrela judicial el 15 de septiembre de 1975, ni cuando « *la totalidad de los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones* » del Sr. Pey fueron confiscados por el Decreto N° 580 de 1977.

El 1° de septiembre de 1976 el Juez había declarado al Sr. Pey *en rebeldía*, como está probado en el documento C197. Antes, el 11 de diciembre de 1975 el Director Nacional de Impuestos Internos había ya renunciado a imputar cualquier infracción al Sr. Pey, como está acreditado en los documentos C189, C191.

El vendedor de CPP S.A., D. Darío Sainte-Marie, había estado asimismo ausente del citado procedimiento judicial.

Por consiguiente, en lo que se refiere a la inversión del Sr. Pey en CPP S.A. y EPC Ltda., y a la confiscación de estas últimas por el Decreto Supremo N° 167, de 10 de febrero de 1975, no hubo controversia ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago.

Habiéndole sido negado todos sus derechos, el Sr. Pey y sus empresas periodísticas fueron reducidas a una situación de indefensión.

Después de largas y difíciles investigaciones, el Sr. Pey logró localizar los títulos de propiedad. El 1° de febrero de 1995 compareció ante el 8° Juzgado del Crimen de Santiago y los reclamó. El Juez transmitió la demanda a la representación del Estado, la que se allanó. El Juez exigió, después, al Sr. Pey « *acredítese previamente el dominio de las acciones sobre las cuales se pide devolución* ». ⁴²⁵ Tras haber sido demostrado, el Juez se consideró satisfecho y ordenó su restitución al Sr. Pey. El 6 de noviembre de 1995 este último dirigió al Presidente de Chile el requerimiento que figura en el anexo a la **Solicitud** de arbitraje (doc. N° 22).

El Tribunal conoce lo que ha ocurrido después. El 28 de abril de 2000, seis años después de la entrada en vigor del API, los derechos de los inversores españoles fueron objeto del acto de desposesión

⁴²⁵ Doc N° 21 anexo a la **Solicitud de arbitraje**.

caracterizado que supone la « Decisión N° 43 », firmada por el Ministro Orrego.

Esta Decisión constituye, en todo caso, y si fuera necesario, un nuevo elemento constitutivo del diferendo.

Sobre las consecuencias de esta Decisión y de su ilegalidad, el Tribunal es remitido a la exposición complementaria sobre el Fondo.

IX.3 Elección de foro

3.1

En su **Decisión** de 8 de mayo de 2002, **punto N° 71**, el Tribunal de Arbitraje afirma que

« Cabe notar en esta etapa que la Parte demandante se basa en la existencia de estos procedimientos para fundamentar el argumento según el cual la Parte demandante optó por la jurisdicción nacional chilena, con lo que quedaría excluida la competencia del Tribunal de arbitraje del CIADI. »

Esta objeción ha sido considerada en la Nota de 15 de octubre de 2001 (página última), en las audiencias del 29 y 30 de octubre de 2001 (punto V.2 de la nota de vista), en la Contestación de 18 de septiembre de 1999 (punto 6 y ss.), y en la Dúplica de 7 de febrero de 2000 (Sección I.III.3).

Los bienes y activos que son objeto del procedimiento sometido al Tribunal de arbitraje son los que figuran en el informe del experto económico anexo, D-18.

La demandada no ha presentado la menor prueba de que los inversores españoles hayan presentado jamás ante la justicia chilena una petición de restitución de los mismos derechos y créditos reclamados en este procedimiento arbitral.

La pretensión de la demandada es paradójica. En el orden interno afirma que ha adoptado la « Decisión N°43 » porque ni el Sr. Pey ni la

Fundación española habían alegado derecho alguno sobre CPP S.A.⁴²⁶, en circunstancias que sus portavoces, personalidades diversas que se expresan en nombre del Gobierno se explayan precisamente a este respecto en invectivas y anatemas contra los demandantes⁴²⁷, mejor aún, sus representantes alegan ante el Tribunal Arbitral que, en la especie, los demandantes han optado por el foro interno.

Es pertinente invocar a este respecto el precedente del caso **Eudoro A. Olguin c. República de Paraguay**⁴²⁸, en el que el Tribunal del CIADI ha hecho una constatación similar al caso de especie :

« No existe ninguna demostración en el expediente de que el señor Olguín hubiera presentado un reclamo judicial contra la República de Paraguay para cobrar las obligaciones que busca cobrar en este proceso arbitral. »

En su respuesta de 9 de octubre de 1997, el Gobierno de Chile no ha planteado esta objeción (doc. C142). En su comunicación de 7 de junio de 2002 parecía más bien admitir que los procedimientos en Chile eran extraños al procedimiento arbitral, y afirmaba (página 2) :

- a) en lo que se refiere al procedimiento ante el 21º Juzgado Civil de Santiago (Caso 2) (Sentencia de la Corte Suprema de 14.05.2002 declarando la nulidad de derecho público de la confiscación de los derechos y acciones del Sr. Pey)⁴²⁹ :

« (...) las Partes demandantes tratan de un tema que, según admiten ellas mismas, es « un caso independiente del arbitraje en curso ». (...) » ;

- b) en lo que se refiere al procedimiento ante el 1º Juzgado Civil de Santiago (Caso GOSS), la demandada agregaba :

*« (...) las Partes demandadas vuelven otra vez a la Decisión N° 43! Esta vez, declaran sin embargo que se refieren a la restitución de la rotativa Goss, **asunto no sometido al Tribunal de Arbitraje (!)** ».*⁴³⁰

⁴²⁶ Ver las cartas que el Ministro de Bienes Nacionales, el 14 de julio de 2000, y el Contralor, el 27 de noviembre de 2000, han dirigido a las demandantes (docs. anexos a las comunicaciones de 27 de abril y 4 de enero de 2001).

⁴²⁷ Docs. C207, C205, C172, C169, C163, C162, C176.

⁴²⁸ ICSID Case N° ARB/98/5, Decisión sobre la excepción de jurisdicción de 8 de agosto de 2000, punto 30.

⁴²⁹ Ver la Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 14 de mayo de 2002, doc C138, y la Sentencia de 1ª Instancia de 13 de enero de 1997 (comunicación al Centro del 19.XII.1997).

⁴³⁰ Subrayado por la demandada.

En todo caso, los hechos hablan por si mismos. Por un lado, el Decreto 1200 de 1977 habiendo confiscado « *todos los derechos y acciones* » del Sr. Pey, comprendía también las acciones de CPP S.A. adquiridas en 1972 y que eran la *soi-disant* razón por la cual le había sido aplicado el Decreto Ley N° 77 de 1973⁴³¹. Sin embargo, el Sr. Pey no había incluido las acciones de CPP S.A. en el contencioso concluido en la Sentencia de la Corte Suprema de 14 de mayo de 2002. Ninguna mención se hace en la misma a las acciones de CPP S.A., ni al Decreto Supremo N° 165, de 10 de febrero de 1975, que confiscaba los bienes de CPP S.A. y de EPC Ltda.⁴³²

En su consentimiento al arbitraje las demandantes han excluido expresamente la “restitución” de la rotativa GOSS o su valor de sustitución⁴³³. Es decir, el solo y único objeto de la demanda judicial sobre la rotativa GOSS, del que conoce, desde 1995, el 1° Juzgado Civil de Santiago de Chile⁴³⁴.

En el caso Olguin c. República de Paraguay, el Tribunal del CIADI había constatado que :

*« La solicitud que aparentemente hizo (la prueba al respecto no es concluyente) para que se declarara judicialmente la quiebra y liquidación mercantil no puede tener las mismas consecuencias jurídicas que un reclamo contra la República de Paraguay ».*⁴³⁵

3.2

En su **punto N° 124** la Decisión del Tribunal de arbitraje se refiere a la objeción de la Parte demandada según la cual el Estado de Chile no habría dado su consentimiento a que la presente controversia pudiera ser llevada ante un Tribunal del CIADI.

El Tribunal de arbitraje habrá constatado que en el documento anexo C142 que el 9 de octubre de 1997 el Gobierno de Chile había ofrecido a los inversores españoles recurrir a los beneficios de lo que, unos meses después, sería la Ley N° 19.518, arguyendo que el acceso al CIADI les estaba vedado en virtud de la nacionalidad del Sr. Pey « *en el momento de efectuar las operaciones comerciales destinadas a adquirir*

⁴³¹ Doc N° 19 anexo a la **Memoria** de 19 marzo 1999.

⁴³² Doc N° 1 anexo a la **Memoria** de 17 marzo 1999.

⁴³³ Ver les Docs. N°2 y 10 anexos à la **Solicitud de arbitraje** de 7.11.1997

⁴³⁴ Ver el doc. C105, los anexos b) y c) a la comunicación dirigida al Centro por las demandantes el 11 de mayo de 2000 y los Docs. N° 2 y 10 anexos à **Solicitud** de arbitraje de 7.11.1997.

⁴³⁵ Punto N° 30 de la Decisión de 8 de agosto de 2000 en el caso CIADI/ARB/98/5.

el patrimonio cuya confiscación es objeto de su reclamación », y que « *dichas operaciones no constituyen una « inversión extranjera* », según el régimen jurídico vigente entonces ».

Resulta pues, claro que el 9 de octubre de 1997 la República de Chile reconocía implícitamente que el Convenio de Washington (art. 25.1) le prohibía revocar unilateralmente la cláusula CIADI en el API España-Chile (art. 10.3). En otros términos, al ratificar el API el Estado de Chile había renunciado a su inmunidad de jurisdicción en la medida en que se encontraban reunidas las condiciones establecidas en el API España-Chile y en el Convenio de Washington que define la competencia del Tribunal.

En la medida que hemos visto que concurren todas las condiciones necesarias, el Tribunal del CIADI puede conocer del diferendo de naturaleza jurídica surgido entre las demandantes y la República de Chile a partir de la respuesta negativa del Presidente de Chile a la solicitud de acuerdo amistoso de 6 de noviembre de 1995.⁴³⁶

Esta conclusión ha sido confirmada por las actuaciones de la parte demandada que se han sucedido después que la **Solicitud** de arbitraje fuera interpuesta, el 7 de noviembre de 1997, dirigidas a trabar la acción de las demandantes: obstrucción a la constitución del Tribunal; nombramiento de un co-árbitro en julio de 1998 cuyo currículum vitae ocultaba el nombre de su país de origen⁴³⁷; la Nota Verbal dirigida al Gobierno español en agosto de 1998, para que el Jefe de la delegación de Chile en este procedimiento propusiera una interpretación « *ad hoc* » de los artículos del API entorno a los cuales gira el arbitraje y su presentación posterior (ocultando la firma de aquél en la copia del acta)⁴³⁸; la puesta en ejecución del Plan Testa, elaborado en diciembre de 1998 a petición del Comité de Inversiones Extranjeras por quien iba a crear, el 22 de abril de 1999, por interpósita persona, ASINSA S.A.⁴³⁹; la voluntad de imponer la nacionalidad chilena al Sr. Pey el 23 de junio de 1999⁴⁴⁰; la operación dirigida a fabricar falsos propietarios después que las demandantes hubieran presentado los 40.000 títulos de propiedad de

⁴³⁶ Docs. N° 22 y 23 anexos a la **Solicitud** de arbitraje de 7 noviembre de 1997.

⁴³⁷ Ver las comunicaciones dirigidas al Centro por las demandantes el 12, 13, 28 agosto, el 3, 7 y 22 de octubre y el 5 de octubre de 1998.

⁴³⁸ Docs. C4 a C7, C53. La copia del «acta» figura en el doc. anexo N° 15 al Memorial de Incompetencia.

⁴³⁹ Docs. C58 a C60, C77, C209.

⁴⁴⁰ Ver la tarjeta índice del Sr. Pey y las comunicaciones anexas presentadas en español después de terminadas las audiencias del 5 de mayo de 2000, la versión francesa (incompleta) presentada por Chile el 29 de noviembre de 2001 y la versión completa comunicada por las demandantes el siguiente 3 de diciembre.

las acciones de CPP S.A. el 17 de marzo de 1999 (**Memoria**, anexos 6 a 9), una operación organizada por la sociedad ASINSA S.A. en la que han participado consultores como el abogado Testa, contratado por Chile en este procedimiento arbitral⁴⁴¹ ; la desposesión de los derechos de las demandantes por medio de la « Decisión N° 43 », de 28 de abril de 2000 ; la utilización de esta última durante la audiencia oral de 3 y 5 de mayo de 2000 para atacar la competencia del Tribunal y tratar de reducir a las demandantes al silencio ; la negativa de aportar los documentos requisados ilícitamente a las demandadas, etc.

En conclusión,

las Demandantes han aportado la prueba de 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.

En lo que se refiere a las cuestiones de la propiedad de la inversión y de las violaciones cometidas por Chile que dan derecho a reparación a favor de las Demandantes, se ruega al Tribunal de arbitraje que dirija su atención a la exposición sobre el Fondo (doc. D16).

⁴⁴¹ Ver los Docs. C78, C77, C56 y C209.