

**Centro Internacional de
Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones**

DECISIÓN

en el caso CIADI/ARB/98/2

entre las partes:

Víctor Pey Casado

Fundación Presidente Allende

Demandantes

Y

La República de Chile

Demandada

pronunciada por el Tribunal de Arbitraje integrado por:

Profesor Pierre Lalive (Presidente),
Juez Mohammed Bedjaoui, (Árbitro),
Embajador Galo Leoro Franco (Árbitro)

1. Considerando la solicitud del 3 de noviembre de 1997 presentada por Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende contra la República de Chile en la que se peticionaba al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones que:

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

tenga a bien registrar ésta y, tras su substanciación,

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

condenar a la República de Chile a pagar daños y perjuicios por un monto mínimo de US\$ 505. 822. 969, así como al pago de los intereses a partir de la « fecha del laudo, de los honorarios y gastos del arbitraje, de los honorarios profesionales

y de todas aquellas otras condenas que el Centro estime justas».

2. Considerando los artículos 41, 42, 46, 48 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el Convenio) y los artículos 12, 15, 16, 41, 47 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (las Reglas de Arbitraje),

3. Considerando el escrito que la parte demandada dirigió el 18 de marzo de 1998 al Secretario General del CIADI, el señor Shihata, con el propósito de que se abstuviera de proceder al registro de la solicitud planteada por la parte demandante,

4. Considerando el registro que el Secretario General del CIADI efectuara de dicha solicitud el 20 de abril de 1998,

5. Considerando las actuaciones de la República de Chile del 1o y 2 de febrero de 1999 por las que objeta la competencia del Tribunal de Arbitraje.

6. Considerando la primera sesión del Tribunal, celebrada el 2 de febrero de 1999 en Washington, D.C.,

7. Considerando el memorial presentado por la parte demandante el 17 de marzo de 1999 y la documentación complementaria del 12 de abril de 1999.

8. Considerando el memorial relativo a las excepciones a la competencia presentado por la parte demandada el 20 de julio de 1999, en especial la tercera parte, en cuya conclusión se solicita que el Tribunal

«condene en costas a los demandantes y además y por lo pronto, se les exija una garantía suficiente para cubrirlas»,

9. Considerando la comunicación de la parte demandante con fecha 22 de julio de 1999, en la que se solicita al Tribunal que pida a la parte demandada la entrega a éste de los documentos enumerados en dicha comunicación, así como los mencionados en otra comunicación del 9 de febrero de 1999,

10. Considerando la comunicación de la parte demandada del 4 de agosto de 1999, mediante la cual solicita al Tribunal que rechace casi en su totalidad la solicitud de entrega de documentos presentada por la parte demandante,

11. Considerando la comunicación del 13 de septiembre de 1999 en la que la parte demandada solicita al Tribunal que adopte medidas provisionales con el fin de obtener garantías suficientes para cubrir las costas a las cuales la parte demandante pudiese, en su caso, ser condenada,

12. Considerando el memorial en respuesta sobre las excepciones a la competencia de la parte demandante de fecha 6 de octubre de 1999,

13. Considerando la réplica sobre las excepciones a la competencia presentada por la República de Chile el 27 de diciembre de 1999,

14. Considerando la súplica sobre las excepciones a la competencia presentada por la parte demandante el 7 de febrero de 2000,

15. Considerando la audiencia sobre competencia del Tribunal de Arbitraje, celebrada en la ciudad de Washington, D.C. los días 3, 4 y 5 de mayo de 2000,

16. Considerando las «Respuestas a las preguntas del Tribunal» de la parte demandada el 5 de mayo de 2000 y las de la parte demandante, presentadas el 17 de mayo de 2000,

17. Considerando la comunicación del 4 de enero de 2001 (de la parte demandante, por la que presentaron sus comunicaciones de fecha 6 de mayo de

2000 al Ministerio de Bienes Nacionales de Chile y al Contralor General de la República,

18. Considerando la solicitud de recusación del Presidente del Tribunal de Arbitraje presentada por la parte demandante el 12 de marzo de 2001, y la dimisión de éste presentada el 13 de marzo de 2001,

19. Considerando el nombramiento del Profesor Pierre Lalive en calidad de Árbitro y Presidente del Tribunal de Arbitraje efectuado el 11 de abril de 2001,

20. Considerando la comunicación de la demandante del 23 de abril de 2001, en la que solicita al Tribunal la recomendación de medidas provisionales tendientes a lograr que la demandada dejara en suspenso la ejecución de la Decisión No 43 tomada por el Ministro de Bienes Nacionales de Chile el 28 de abril de 2000,

21. Considerando la comunicación del 7 de mayo de 2001 en la que la parte demandante solicita al Tribunal tenga presente sus anteriores solicitudes de producción de documentos de fechas 9 de febrero y 22 de julio de 1999 y, en particular, el memorando leído por el Subsecretario del Ministerio del Interior y el Presidente del Consejo de Defensa de Chile durante una conferencia celebrada el 3 de febrero de 1975, y haciendo hincapié en la pertinencia de este documento en el contexto de la comunicación de la Decisión N° 43,

22. Considerando la Resolución Procesal N° I del 10 de mayo de 2001, notificada a las partes el 11 de mayo de 2001, mediante la cual el Tribunal de Arbitraje, habiendo constatado que aún no se había adoptado decisión alguna sobre las excepciones previas interpuestas por la demandada al momento de la dimisión del anterior Presidente del Tribunal, concedió a cada una de las partes un plazo de diez días para pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales requeridas por la otra parte,

23. Considerando la determinación de la parte demandante del 17 de mayo de 2001, en la que esta se pronuncia sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por la parte demandada, y concluye que ésta debe rechazarse,

24. Considerando la determinación de la parte demandada del 21 de mayo de 2001, en la que se pronuncia sobre la solicitud de medidas provisionales de la parte demandante, y concluye que ésta debe rechazarse,

25. Considerando la Resolución Procesal N° 2 del 13 de junio de 2001, mediante la cual el Tribunal, decidió, tras consultar a las partes, sus alegaciones respecto a las medidas provisionales y concederles la oportunidad de entregar, a

más tardar el lunes 18 de junio do 2001, documentos justificativos de los argumentos sobre las medidas provisionales,

26. Tras oír las alegaciones presentadas por las partes, durante la audiencia sobre medidas provisionales celebrada en Ginebra el 21 de junio de 2001, y habida cuenta de los documentos que en dicha oportunidad presentaron las partes,

27. Considerando, asimismo, la Resolución Procesal N° 3 del 22 de junio de 2001, notificado a las partes el 25 da junio de 2001, mediante, la cual el Tribunal de Arbitraje hizo constar que la Regla de Arbitraje N° 12 había sido cabalmente cumplida en este caso y declaró concluido el incidente planteado por la parte demandada, en sus comunicaciones del 26 de abril, del 9, 14 y 21 de mayo de 2001, en las que solicitaba al Tribunal que certificara el punto exacto en que se encontraba el procedimiento al momento de producirse la vacante del Presidente del Tribunal,

28. Considerando la Decisión adoptada el 25 de septiembre de 2001 sobre las medidas provisionales solicitadas por las partes, notificada a las mismas el 26 de septiembre de 2001.

29. Considerando la Resolución Procesal N° 4 del 25 de septiembre de 2001 mediante la cual el Tribunal de Arbitraje autorizó a las partes a presentar una nota escrita relativa a los documentos sobre la cuestión de la competencia y que han sido entregados al Secretariado del CIADI, de conformidad con la lista adjunta a dicha Resolución; invitó a la parte demandada a que diera a conocer su determinación definitiva sobre las solicitudes de producción de documentos presentadas por la parte demandante el 9 de febrero y 22 de julio de 1999 y reiteradas el 7 de mayo de 2001; no autorizó la producción de nuevos de documentos, y fijó la fecha para una audiencia de alegatos sobre la competencia para el 31 de octubre y el 10 de noviembre de 2001 en Washington, D.C.,

30. Considerando la decisión del Presidente del Tribunal del 1° de octubre de 2001 de celebrar la audiencia de alegatos sobre la competencia los días 29 y 30 de octubre de 2001 en respuesta a una petición realizada el 28 de septiembre de 2001 por la parte demandada,

31. Considerando las notas de cada una de las partes presentadas el 15 de octubre de 2001,

32. Considerando la solicitud de producción de nuevos documentos depositada por la parte demandante ese mismo día,

33. Considerando la invitación que el Presidente del Tribunal hizo a la demandada para que se pronunciase sobre dicha solicitud, en la medida en que los documentos objeto de la solicitud no habrían sido conocidos previamente por la parte demandada,

34. Considerando las observaciones de la parte demandada presentadas el 24 de octubre de 2001 respecto de dicha solicitud,

35. Considerando la audiencia del Tribunal sobre competencia de los días 29 y 30 de octubre de 2001, tras la cual la parte demandante remitió, una nota de alegatos en la que formulaba sus conclusiones en los siguientes términos:

«Solicito al Tribunal de Arbitraje:

Rechazar la excepción de falta de jurisdicción planteada por la República de Chile;

Declararse competente para conocer y resolver el diferendo que opone a D. Víctor Pey Casado y la Fundación española Presidente Allende a la República de Chile;

Condenar al Estado demandado a pagar a las demandantes los gastos de procedimiento de este incidente sobre la jurisdicción, incluidos los gastos y honorarios de los Miembros del Tribunal, los gastos de utilización de las instalaciones del CIADI, los gastos de traducción, así como los gastos y honorarios profesionales de esta parte, de los abogados, expertos y otras personas llamadas a comparecer ante el Tribunal - o, subsidiariamente, los gastos de procedimiento de esta parte».

36. Considerando el hecho de que la parte demandada, en la nota de alegatos remitida al término de la audiencia celebrada el 30 de octubre de 2001, mantuvo sus conclusiones respecto de que el Tribunal de Arbitraje se declarara incompetente para conocer del caso, recordando que correspondía a la parte demandante la carga de la prueba en relación con los hechos que fundamentaren la competencia del Tribunal de Arbitraje,

El Tribunal de Arbitraje, después de deliberar, considera lo siguiente:

HECHOS

37. Resultan de los escritos y las alegaciones de las partes los hechos que pueden resumirse de la siguiente manera al solo efecto de la presente Decisión,

sin perjuicio del reconocimiento de su prueba o su apreciación por parte del Tribunal de Arbitraje en una etapa ulterior del procedimiento:

38. Víctor Pey Casado nació en Madrid el 31 de agosto de 1915 y obtuvo por nacimiento la nacionalidad española. Emigró a Chile en 1939 y el 20 de marzo de 1947 se registro como residente permanente en Chile ante el Consulado General de España.

39. Por Decreto Supremo N° 8054 del 11 de diciembre de 1958, Víctor Pey Casado obtuvo la nacionalidad chilena, sin renunciar a la nacionalidad española, por aplicación del Convenio bilateral de doble nacionalidad entre el Reino de España y la República de Chile suscrito el 24 de mayo de 1958.

(A) LA INVERSIÓN DEL DEMANDANTE

40. El 3 de agosto de 1967 se constituyó en Santiago de Chile el Consorcio Publicitario y Periodístico SA (CPP SA). Esta sociedad, propiedad de Darío Sainte-Marie Soruco, era titular del 99% del capital social de la Empresa Periodística Clarín Limitada (EPC Ltda), editora del diario Clarín que existe desde 1955.

41. En mayo y octubre de 1972, Víctor Pey Casado, presidente en ese entonces de CPP SA, acordó con Darío Sainte-Marie, mediante sucesivos convenios celebrados en Estoril (Portugal) y en Ginebra (Suiza), los términos de, la compra del 100% del capital de CPP SA (esto es de 40.000 acciones).

42. El monto total del precio de adquisición fijado en US\$ 1.280.000, que no resulta de ninguno de los documentos presentados por las partes, habría sido saldado de la siguiente manera: Darío Sainte-Marie habría, recibido el 29 de marzo de 1972 en Madrid una primera transferencia por un monto de US\$ 500.000 de Manufacturers Trust Co, de Londres. Las modalidades de pago habrían sido fijadas, según la parte demandante, en un convenio posterior celebrado entre las partes el 13 de mayo de 1972 en Estoril, el cual estipula en su punto F que

«DMS (Dado Sainte-Marie) acepta que en sustitución de lo establecido en los puntos A-D se le depositen US\$ 500.000 (quinientos mil dólares 0/00) a su nombre en un Banco Suizo y se entregue a V,P, una letra de cambio a su orden con vencimiento a un año plazo, por US\$ (doscientos ochenta mil) US\$280.000, letra que deberá ser pagada en Suiza. En garantía de esto pago, DSM retendrá en su poder 12.000 (doce mil) acciones del Consorcio. De aceptarse, por V.P. esta opción, queda convertida la eliminación de las rentas vitalicias señaladas en el punto D».

El 2 de octubre de 1972, en Ginebra, Víctor Pey Casado habría firmado y entregado personalmente a Darlo Sainte-Marie un comprobante de la transferencia de 12.000 acciones de CPP SA. Al día siguiente, 3 de octubre de 1972, Víctor Pey Casado habría transferido por intermedio del Bank für Handel und Effekten de Zürich dos sumas de US\$ 500,000 y US\$ 250,000 respectivamente al «Cifico Bank AG» (inscripción manuscrita), en Ginebra, a favor de Darío Sainte-Marie. Finalmente, Víctor Pey Casado habría enviado el 3 de octubre de 1972 una orden de pago por US\$ 10.000 a esta misma cuenta, así como una letra de cambio por US\$ 20.000.

43. La parte demandante señala en su conclusión que Víctor Pey Casado, a mas tardar el 3 de octubre de 1972, adquirió la totalidad de las 40.000 acciones de CPP SA mediante la entrega de todos los correspondientes títulos al portador endosados en blanco.

44. En su nota de alegatos de la audiencia de los días 29 y 30 de octubre de 2001 (p. 54), la parte demandante indica que Víctor Pey Casado ha inscrito en los traspasos de acciones en blanco los nombres de Emilio González, Ramón Carrasco y Jorge Venegas, a quienes era su Intención transferir una parte de las acciones cuando estas personas (sus beneficiarios) estuvieren en condiciones de pagar el precio de las mismas, En virtud de que nunca se realizó pago alguno, Víctor Pey Casado alega ser el único propietario y poseedor de dichos títulos. Contrariamente, en su memorial del 17 de marzo de 1999 (Págs. 6 y ,7), la parte demandante señala que Víctor Pey Casado recibió del vendedor las acciones «firmadas en blanco». La documentación que adjunta la parte demandante parecería indicar, más bien, que la titularidad de las acciones correspondía a diferentes personas, y que éstas firmaron en blanco diferentes instrumentos de cesión de acciones, con lo que cabe preguntarse de quién, en definitiva, había adquirido las acciones el demandante.

45. La parte demandada, que niega la existencia misma de la inversión, habría reconocido, sin embargo, en varias oportunidades y públicamente, el derecho de propiedad del demandante, Víctor Pey Casado, especialmente en un memorando del Ministerio del Interior y del Presidente del Consejo de Defensa del Estado, hecho público el 3 de febrero de 1975, o en los decretos de confiscación cuyo objeto era la propiedad del demandante.

46. La parte demandada sostiene en sus escritos que el Convenio entre el Reino de España y la República de Chile para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones, suscrito en Santiago el 2 de octubre de 1991, en vigencia desde el 28 de marzo de 1994, resulta inaplicable en el caso de esta inversión, aduciendo, por un lado, que dicho Convenio se aplicada a las transferencias de capitales realizadas por inversores de cada una de las partes al

territorio de la otra parte, hecho éste que no habría tenido lugar en el presente caso, puesto que el precio de adquisición de las acciones no sólo fue pagado en el extranjero sino que se abonó en dólares; y, por otro lado, que la inversión en cuestión, si se hubiera verificado, no se la habría hecho conforme a la legislación del país receptor de la inversión, dado que habría violado particularmente el Decreto N° 1272 del 7 de septiembre de 1961 sobre régimen de cambio, el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 258 del 30 do marzo de 1961, la Ley N° 16643 sobre Abuso de Publicidad, las formalidades inherentes a la compra de acciones de sociedades anónimas y la Decisión N° 24 del Acuerdo de Cartagena.

(B) LA CONFISCACIÓN

47. Víctor Pey Casado conservó la posesión de las 40.000 acciones de CPP SA hasta que, después del golpe de estado militar del 11 de septiembre de 1973, las tropas se apoderan, en sus oficinas, en la calle Agustinas N° 925 de Santiago, de la totalidad de las acciones, de la documentación relacionada con su adquisición y pago, de documentos contables y de otros bienes personales del demandante,

48. Asimismo, los bienes muebles e inmuebles de las sociedades CPP SA y EPC Ltda. fueron incautados y pasaron a manos del Estado chileno, en virtud, sobre todo, de las resoluciones del Intendente de la Provincia de Concepción de fecha 12 de noviembre de 1973 y de los decretos del Ministerio del Interior N° 165 del 10 de febrero de 1975 y N° 580 del 24 da, abril de 1975. En aquella época, se señaló que el diario Clarín editaba 270.000 ejemplares y era et único diario chileno que disponía de una red de distribución propia que abarcaba todo el territorio nacional.

49. La disolución de las sociedades CPP SA y FPC Ltda. y la confiscación de todos sus bienes muebles e inmuebles se decidieron por Decreto del Ministerio del Interior N° 165 del 10 de febrero de 1975. El Decreto Supremo 1200 del 25 de noviembre de 1977 dispuso que pasaba al Estado la propiedad en pleno de los bienes muebles e inmuebles, derechos y acciones pertenecientes a Víctor Pey Casado.

(C) LA NACIONALIDAD DEL DEMANDANTE

50. Como consecuencia de los acontecimientos del 11 de septiembre de 1973, Víctor Pey Casado se habría visto obligado a refugiarse en la Embajada de Venezuela y a viajar a este país el 27 de octubre de 19/3. Las autoridades chilenas habrían ordenado al Consulado de Chile en Caracas que no expidiera un

pasaporte chileno a Víctor Pey Casado, hecho éste que el demandante interpreta como una privación de su nacionalidad chilena y una denegación de su derecho a acogerse a los beneficios del Convenio entre España y la República de Chile de doble nacionalidad de 1958. Las autoridades venezolanas finalmente, entregaron al demandante un pasaporte de emergencia para «extranjeros sin nacionalidad» el 8 de enero de 1974.

51. Víctor Pey Casado se funda en los hechos arriba enumerados para concluir que el gobierno de Chile lo «desnaturalizó», al negarle un pasaporte, la protección diplomática y los derechos que ese país se había obligado a garantizar a toda persona que se acogiese al Convenio de doble nacionalidad de 1958,

52. Víctor Pey Casado viajó, entonces, a España, donde alega haber elegido domicilio y haber obtenido el 10 de junio de 1974 un documento nacional de identidad y un pasaporte español. En 1977 residió en Perú.

53. El 17 de noviembre de 1988 el Consulado de España en Caracas entregó un pasaporte español a Víctor Pey Casado.

54. La parte demandada alega, por su parte, que a lo largo de la década del noventa, Víctor Pey Casado siempre actuó y se identificó como nacional chileno.

55. Así, 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. Víctor Pey Casado habría requerido y obtenido de la autoridad competente chilena (Ministerio de Defensa nacional), el 20 de febrero de 1991, una autorización para que se le expidiera un pasaporte chileno. Provisto de dicho documento, habría realizado varios viajes al extranjero, un primer viaje a Estados Unidos en 1991 y un segundo a Bolivia en 1994. Habría viajado nuevamente a Estados Unidos, siempre con su pasaporte chileno, el 21 de mayo de 1997. El demandante no niega haber poseído un pasaporte chileno, aunque prefiera referirse a él como a un «documento de transporte chileno», Para Víctor Pey Casado, «el pasaporte no implica la nacionalidad», ya que, según su opinión, como los consulados de España 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 un pasaporte chileno. 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, se habría designado como nacional chileno al realizar el

registro de una escritura pública para la constitución de la Sociedad Diloma Servicios Aéreos Limitada

56. No obstante ello, Víctor Pey Casado alega haber renunciado a su nacionalidad chilena, en el caso de que fuera cierto que la República de Chile no lo hubiera desnaturalizado con posterioridad al golpe de Estado militar de 1973.

57. Por carta del 10 de diciembre de 1996, dirigida al Jefe Departamento de Extranjería e Inmigración del Ministerio del Interior de Chile, responsable del Registro de Cartas de Naturalización de Chile, declaró que había transferido su residencia habitual a España a partir de 1974 y que, siendo de nacionalidad española durante su estadía en Chile, no quedaba amparado por el Convenio bilateral del 24 de mayo de 1958 de doble nacionalidad entre Chile y España. Según el demandante, el Estado de Chile no formuló ningún reparo a esta comunicación,

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.

59. El 18 de abril de 1997, el Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Asuntos Exteriores de España envió un 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 el Sr. 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 efecto 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 Víctor Pey Casado poseía la nacionalidad española, exclusivamente,

60. Seguidamente, el demandante, con fecha 16 de septiembre de 1997, procedió a una declaración notarial ante el Cónsul de España en Mendoza

(Argentina) en la cual manifestó: *«Para que no quepa duda al respecto, manifiesto que la comunicación del 10 de diciembre de 1996 [dirigida] al Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior de Chile debe entenderse (,,,) como constancia de mi renuncia expresa y solemne a la nacionalidad chilena (...)».*

61. La Embajada de España en Chile notificó al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, por Nota Verbal" N° 115 del 7 de julio de 1998, una solicitud del demandante del 24 de abril tendiente a que se comunicase a las autoridades chilenas que el demandante había perdido su nacionalidad chilena por aplicación del artículo 5 del Tratado de doble nacionalidad de 1958, a raíz del traslado de su domicilio a España en junio de 1974. Esta nota tenía como objetivo notificar dicho cambio de domicilio a las autoridades competentes. La Dirección de Política Consular e Inmigración del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile dio traslado de dicha nota el 24 de julio de 1998 a la Directora del Servicio de Registro Civil e identificación, invitándola a proceder a "las inscripciones a que hubiera lugar y que dieran cuenta, a de dicha renuncia".

62. Por "Nota Verbal N° 190 del 18 de noviembre de 1998, la Embajada de España dio traslado al Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile de la petición de Víctor Pey Casado a las autoridades chilenas para que le entregaran un documento que certificase la aceptación por parte de estas últimas de su renuncia a la nacionalidad chilena. Una nota expedida por el Registro del Servicio Civil e Identificación del 25 de enero de 1999 dirigida al Comité de Inversión Extranjera de Chile señala que, tras la comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores del 24 de julio de 1998, el Registro, con fecha 4 de agosto de 1998, había procedido a inscribir la renuncia de Víctor Pey Casado a su nacionalidad chilena.

63. Según el demandante, los hechos enumerados estarían demostrando que Chile había 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 el Sr. 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.

D) GESTIONES DEL DEMANDANTE

64. A comienzos de la década del noventa, el demandante se propuso regresar a Chile y actuar con vistas a obtener la restitución de sus bienes. El 16 de enero de 1990 se constituye la Fundación Filantrópico-Cultural Presidente Allende.

inscrita bajo el número 225 en el Registro de Fundaciones del Ministerio de Educación y Cultura español, con sede en Madrid. A esta entidad jurídica cedió el demandante, en su calidad de Presidente del Directorio y del Consejo de la Fundación, y por contrato celebrado el 6 de febrero de 1990, legalizado por el Consulado de España de Miami, el *«noventa por ciento (90%) de las acciones de las citadas empresas [CPP SA y EPC Ltda.], subrogándose el cesionario en el lugar que ocupaba el cedente en el primitivo contrato»*. El contrato indica asimismo en su inciso 4:

«El cesionario asume todos los derechos del cedente para hacerlos valer ante cualquier persona natural o jurídica, ante cualquier autoridad, organismo o institución, público o privado, en cualquier Estado, y en especial para reivindicar el patrimonio, títulos, créditos, derechos, indemnizaciones., de cualquier naturaleza que hubieren derivado del Decreto Supremo num. 165, de los Decretos-Leyes núms. 93 y 1455, publicados en el Diario Oficial de la República de Chile el 17 de marzo de 1975, el 10 de noviembre de 1973 y el 28 de enero de 1976 respectivamente, y de cualesquiera otra disposición o actuación de hecho que afectare a los intereses y derechos cedidos en el presente contrato».

65. Las investigaciones realizadas por Víctor Pey Casado en Chile le permitieron descubrir que los títulos de propiedad de sus acciones habían sido exhibidos por la República de Chile a pedido del Servicio de Impuestos Internos, en el marco de una acción judicial contra Darío Sainte-Marie Soruco por evasión fiscal en septiembre de 1975, ante el Juzgado No. 8 del Crimen de Santiago, Expediente N° 12.545, y que ese caso había sido archivado en 1979.

66. En su decisión del 29 de mayo de 1995, el Juzgado No. 8 de Santiago hizo lugar a la demanda presentada el 1° de febrero de 1995 para la restitución de las acciones del demandante, y procedió a restituir a éste las 40.000 acciones que componían la totalidad del capital social de CPP SA.

67. En su carta del 6 de septiembre de 1995 dirigida al Presidente de la República de Chile, el Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle, el demandante procedió a reclamar por primera vez la restitución de sus bienes, con el aval de la Fundación Allende. Se identificó con su número de contribuyente en el Registro único Tributario (RUT) el cual, según la parte demandada correspondería al número de un nacional chileno.

68. Habiendo rechazado el Ministerio de Bienes Nacionales esta reclamación, Víctor Pey Casado presentó una nueva solicitud al Presidente de la República el 10 (le enero de 1996, sin obtener respuesta alguna.

69. Con fecha 4 de octubre de 1995, Víctor Pey Casado, con el acuerdo de la Fundación Presidente Allende, interpuso ante el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago una demanda de restitución o de pago del correspondiente valor de reemplazo - de una prensa rotativa GOSS, previamente confiscada bajo el régimen militar. Esta acción está aún pendiente de resolución,

70. En su sentencia del 13 de enero de 1997, el Juzgado Civil N° 21 de Santiago falló en favor de la restitución de los bienes personales de Víctor Pey Casado, estableciendo una indemnización pecuniaria, y declaró la nulidad de los decretos de confiscación N° 276 de 1974, N° 580 de 1975 y N° 1200 de 1997.

71. Cabe notar en esta etapa que la parte demandada 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.

72. 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 artículo 10, inciso 2 del Convenio,

(E) CONSENTIMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE AL ARBITRAJE DEL CIADI

73. En su declaración escrita del 2 de octubre de 1997 legalizada por el Consulado de España en Santiago. Víctor Pey Casado dio su consentimiento al presente arbitraje, de conformidad con el artículo 10.3 del Convenio hispano-chileno para la protección y fomento recíproco de inversiones. Este consentimiento abarca la totalidad de la controversia que resulte directamente de la confiscación de las inversiones comerciales realizadas en Chile, a excepción de la solicitud de restitución de la rotativa GOSS, comprada en 1972 e instalada en la sede del diario Clarín, pero incluye los perjuicios que resulten de la incautación de dicha rotativa, que consisten en *damnum emergens, lucrum cessans e* intereses compensatorios.

74. La Fundación Presidente Allende dio su consentimiento para este arbitraje el día 6 de octubre de 1997, con la misma salvedad que el demandante en lo que atañe a la máquina rotativa GOSS. El Consejo de la Fundación decidió, el 14 de diciembre de 1994, que cualquier reclamo relacionado con la indemnización por derechos y créditos que resultaren de la inversión de 1972, conforme al

Convenio entre España y Chile, podría ser formulado indistintamente por la Fundación misma o por Víctor Pey Casado.

F) ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS

75. El 23 de julio de 1998 entró en vigencia, mediante su publicación en el Diario Oficial Chileno, la Ley 19.568 según la cual la restitución de los bienes confiscados por la administración fiscal chilena con posterioridad al 11 de septiembre de 1973 podía solicitarse ante el Ministro de Bienes Nacionales antes del 31 de diciembre de 1999, siempre y cuando los eventuales demandantes renunciaron a toda acción previamente interpuesta ante un tribunal. En aplicación de esta ley, el Ministerio de Bienes Nacionales dictó el 28 de abril de 2000 la Decisión N° 43, en la cual se identificó un cierto número de bienes muebles e inmuebles que pertenecieron a CPP SA y a EPC Ltda., su filial en un 99%, y se reconoció la calidad de accionistas de ambas sociedades en 1973 a los señores Jorge Venegas Venegas, Darío Sainte-Marie Soruco, Ramón Carrasco Peña, Emilio González González, de manera que su sucesión, y en especial la empresa ASINSA SA, podía solicitar una indemnización cuyo monto debía ser determinado y establecido por un Decreto Supremo con la ratificación del Ministerio de Finanzas.

76. Sometido el caso por la parte demandante ante la Contraloría General de la República de Chile, esta estimó en su decisión del 22 de noviembre de 2000 que la Decisión N° 43 era conforme a derecho y que no había lugar a la suspensión del procedimiento al que se hacía referencia. La Contraloría hizo hincapié en que no existía ninguna prueba de que Víctor Pey Casado fuese el propietario de los bienes confiscados y que la decisión del 29 de mayo de 1995 del Juzgado N° 8 del Crimen de Santiago, si bien restituía las acciones de CPP SA al demandante, no se pronunciaba sobre la cuestión jurídica correspondiente a la propiedad de las mismas.

77. Las últimas conclusiones de la parte demandada, en su réplica sobre las excepciones a la competencia del 27 de diciembre de 1999, se formularon en los siguientes términos:

« Conclusión y Petitorio

En conformidad con lo expresado en este Memorial de Réplica Sobre la Incompetencia del Centro para Conocer de la Demanda interpuesta contra el Estado de Chile por el Sr. Víctor Pey Casado y la Fundación «Presidente Allende», el mérito incontestable de los documentos acompañados, las

objeciones fundadas a los documentos que sirven de sostén a las argumentaciones de la contraparte, ha quedado plenamente acreditado que:

- 1. El Sr. Víctor Pey Casado es chileno.*
- 2. El Acuerdo para la Promoción y Fomento Reciproco de inversiones suscrito entre la República de Chile y el Reino de España, no tiene efecto retroactivo y, por lo tanto, no puede aplicarse para resolver situaciones acaecidas antes de su entrada en vigor*
- 3. Los activos reclamados no constituyen una inversión extranjera.*
- 4. La Fundación «Presidente Allende» no sostuvo las consultas amistosas exigidas por el Tratado invocado por la contraparte.*
- 5. Los reclamantes optaron por la jurisdicción local, renunciando por este acto a la jurisdicción internacional.*
- 6. El Estado de Chile no ha otorgado su consentimiento para que esta controversia pueda ser sometida al conocimiento de un tribunal del CIADI.*
- 7. Los intentos del Sr. Pey Casado de despojarse de la nacionalidad chilena para acceder a un tribunal que en otra forma le estaría vedado, así como el traspaso del 90% de sus supuestos derechos a una fundación española con la evidente finalidad de conectar la controversia con un elemento extranjero, constituyen el más claro ejemplo de fraude a la ley.*

Todo lo anterior es sin perjuicio de nuestra permanente alegación en el sentido que el Tribunal, no obstante el gran respeto que nos merece cada uno de sus integrantes, se ha constituido con infracción a la normativa del CIADI.

[...] En el caso específico de la confiscación de los activos pertenecientes al Consorcio Publicitario y Periodístico SA y a la Empresa Periodística Clarín Ltda, el Estado de Chile pagará la indemnización que corresponda a sus legítimos dueños, de acuerdo a un procedimiento que ya se encuentra bastante avanzado en beneficio de los afectados.

Por tanto, [...] corresponde que el Tribunal se declare incompetente en razón que la diferencia se encuentra fuera de los límites de la jurisdicción del Centro.»

DERECHO

78. Como ya se ha visto, por diversos motivos, la parte demandada opuso una excepción a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal de Arbitraje,

En consecuencia, el 2 de febrero de 1999, se procedió a suspender el procedimiento sobre el fondo, por decisión del Tribunal de Arbitraje y conforme a prácticas generales. En efecto, ante la presentación de una excepción de competencia, los tribunales del CIADI inmediatamente dispusieron, en general, que se suspendiera el procedimiento sobre el fondo y se abriera un procedimiento sobre la excepción (al respecto, véase artículo 41(2) del Convenio y el comentario de C. Schreuer, N° 55 y ss., páginas 390-91, que cita un gran número de decisiones).

Con anterioridad, se resumió el procedimiento, tanto escrito como oral, que se siguió respecto de las excepciones a la falta de competencia. Habiéndose concluido esta etapa del procedimiento, ha lugar a que el Tribunal de Arbitraje se pronuncie sobre las mencionadas excepciones.

79. El texto de base a este respecto es el artículo 41 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, en el que se establece lo siguiente:

«(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión»

80. El primer inciso de esta disposición no merece mayor comentario. Se trata de un principio generalmente aceptado en materia de procedimientos judiciales o arbitrales internacionales, es decir, que aquel tribunal que tenga la facultad de juzgar en una instancia determine su propia competencia. Este principio aparece reconocido, por ejemplo, en el artículo 36(6) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el artículo 21 de las Reglas de Arbitraje de 1976 de la CNUDMI, o en el artículo 16 de la Ley Modelo de 1985 de la CNUDMI. Resulta significativo que este principio (al que a veces se lo denomina «competencia-competencia») haya sido aceptado sin discusión en el momento en que se preparaba el Convenio (véase 1 ICSID Reports 31). El mencionado artículo 41, que es el corolario procesal del artículo 25, párrafo 1 *in fine* (en el

que se prohíbe a la parte que dio su consentimiento retirarlo unilateralmente), le concede al tribunal la facultad de interpretar este consentimiento, por ejemplo, con respecto a una parte reacia que intente sustentar una interpretación restrictiva.

Más aún, cabe destacar que, en los procedimientos presentados ante el CIADI» nunca se ha impugnado formalmente la facultad que se le reconoce al Tribunal en el artículo 41 y en las normas generales de derecho internacional general.

81. También conviene señalar que el artículo 41 le confiere al Tribunal la facultad exclusiva de decidir sobre su propia competencia, a diferencia de otros organismos internacionales o nacionales, incluyendo los tribunales del Estado (C. Schreuer, *ibid.*, página 371, N° 7).

De esta competencia exclusiva resulta, entre otras, la obligación de los tribunales locales de todos los Estados contratantes de someterse a las decisiones tomadas por el Tribunal del CIADI en cuanto a su propia competencia. De hecho, el Tribunal lo ha establecido claramente así en el primer caso que se presentó ante el CIADI, el caso Holiday Inns y Occidental Petroleum c. Marruecos, en donde el Estado demandado invocó la jurisdicción de los tribunales marroquíes, pretensión que fue rechazada por el Tribunal de Arbitraje básicamente por el siguiente motivo: «*the Moroccan tribunals should refrain from making a decision until the Arbitral Tribunal has decided this question...*» (véase P. Lalive, *the First World Bank Arbitration Holiday Inns v, Morocco, Some Legal Problems*, 51 *British Yearbook of International Law* 123 (1981); C. Schreuer, *op. cit.*, N° 16, página 375). En el caso LETSCO c. Liberia, el Tribunal constató que el hecho de que el gobierno hubiese iniciado un procedimiento paralelo ante sus propios tribunales constituía un acto de mala fe procesal que daba lugar a la asignación de las costas a la parte contraria (C. Schreuer, *op. cit.*, página 375),

Más adelante analizaremos si estos principios pueden aplicarse o no a este caso, en el cual, debido a ciertas circunstancias de hecho, con frecuencia se invocó la jurisdicción de los tribunales chilenos. [le N° 82 manque dans l'original]

83. Es evidente que el inciso 2 del artículo 41 del Convenio obliga, por un lado, al Tribunal a pronunciarse sobre «toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites del Centro». Pero, por otro lado, le ofrece la posibilidad de elegir la manera de proceder, es decir, o resuelve la excepción «como cuestión previa» o la trata «conjuntamente con el fondo de la cuestión»,

84. En vista de la importancia de esta decisión, el Tribunal de Arbitraje considera que, antes de referirse a las circunstancias concretas del presente caso y los argumentos de las respectivas partes, es oportuno e incluso necesario analizar la historia de esta disposición, su "*ratio legis*", según la doctrina más reconocida, así como la aplicación de esta norma por los tribunales internacionales y, sobre todo, por las instancias constituidas de acuerdo con el Convenio del CIADI.

85. El artículo 41 del Convenio del CIADI se inspiró manifiestamente en el artículo 62 común a los Reglamentos de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia. Ahora bien, resulta aun más interesante analizar la jurisprudencia de estas dos Cortes, ya que el artículo 41 del Convenio del CIADI, en la medida que prevé expresamente la **posibilidad de unir la excepción al fondo de la diferencia, se basa en la práctica** tanto de la Corte Permanente (artículo 62 de su Reglamento), como en la de la Corte Internacional de Justicia (artículo 62, inciso 5 de su Reglamento de 1946, que se convirtió en el artículo 79, inciso 7 de su Reglamento de 1972).

86. En lo que respecta a la innovación que aporta el Reglamento de 1972, ratificado en 1978, ya no se menciona la posibilidad de unir la excepción previa al fondo, pero, en reemplazo, se le otorga a la Corte la facultad de disponer que la excepción «*n'a pas dans les circonstances de l'espece un caractère exclusivement préliminaire*»¹. El sentido de esta innovación es controvertido y, probablemente, como opina el destacado jurista Shabtai Rosenne ("The Law and Practice of the International Court". 1920-1996, Third Edition, página 924), no haya tenido ni el propósito ni el efecto de «*to abolish completely the option of joining an objection to the merits, in that way wiping out a virtually consistent case-law itself corresponding to a widely felt need and existing independently of the Rules of 1936-1946...*».

87. De hecho, y siguiendo con lo manifestado por Rosenne (página 922), el antiguo Reglamento de la Corte solo había conseguido regularizar «*an unqualified power to join objections to the merits, after it had heard the Parties*». Esta atribución fue reconocida y empleada por primera vez por la Corte Permanente en su Resolución del 4 de febrero de 1933 en el caso relativo a la administración del Príncipe. von Pless (excepción previa) (serie A-B 1933, página 14), En este caso, la Corte constata «*!l'existence d'une divergence d'opinions...[qui apparaît] indissolublement liée aux faits allégués par le Demandeur et ne peut être constatée que sur la base d'une connaissance complète de ces faits, telle que seule la procédure sur le fond pourra la foudrir*»² En otras palabras, la Corte considera «*que la demande ainsi formulée soulève une question quant à la compétence de la Cour, question qui est liée*» a otra cuestión que, según la Corte, «se refiere al fondo», de tal forma que «*la Cour ne*

saurait statuer sur la question de compétence avant d'avoir entendu les arguments quant au fond»³.

88. En el mismo orden de ideas, la Corte Permanente, en el caso Pajzs, Csaky, Esterhazy (excepción previa), en una Resolución del 23 de mayo de 1936 (serie A-B N° 66, página 9) consideró: *«qu'il existe entre les questions soulevées par la première de ces exceptions et celles qui sont à la base de la demande en appel formulée par les conclusions au fond du Gouvernement hongrois des rapports trop étroits et une connexité trop intime pour que la Cour puisse statuer sur les unes et éviter de se prononcer sur les autres»⁴.* Asimismo, agregó lo siguiente:

«le développement de la procédure sur le fond ...mettra la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause sur la deuxième exception du Gouvernement Yougoslave», por lo que *«il y a lieu de joindre les deux exceptions au fond»⁵.*

89. En el caso Losinger (excepción previa), Resolución de 27 de junio de 1936 (serie A-B, página 23), la Corte consideró que las conclusiones del gobierno suizo en cuanto al fondo plantearon *«certaines questions qui présentent une connexité étroite avec celles que pose l'exception d'incompétence opposée par le Gouvernement yougoslave».* En consecuencia, *«en statuant dès maintenant sur l'exception d'incompétence, la Cour risquerait, soit de trancher des questions appartenant au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution»⁶.*

90. De manera análoga, en una Resolución del 30 de junio de 1938 (en el caso de el Chemin de Fer Panevezys-Saldutiskis, excepciones previas, serie A-B, N° 75, página 56), la Corte Permanente consideraba que:

«dans la phase actuelle de la procédure, une décision no peut être prise ni sur le caractère préliminaire des exceptions, ni sur le bien fondé de ces mêmes exceptions; qu'en effet, une telle décision soulèverait des questions de fait et des points de droit sur lesquels les Parties sont à plusieurs égards en désaccord et qui sont trop étroitement liés au fond pour que la Cour puisse se prononcer, dès à présent, à leur sujet;.. que, en raison dudit désaccord entre les Parties, la Cour a besoin des informations les plus précises concernant les thèses juridiques énoncées par les Parties et les motifs à l'appui de ces thèsesqu'en statuant sur les exceptions la Cour risquerait soit de trancher des questions qui appartiennent au fond de l'affaire, soit d'en préjuger la solution; ...» y, por último, *«que la Cour peut toujours ordonner la jonction des exceptions préliminaires au fond, lorsque les intérêts de la bonne administration de la justice lui en font un devoir»⁷.*

91. Finalmente, basta mencionar, sin tener que revisar el conjunto de la jurisprudencia de la Corte Internacional, que en el caso de Barcelona Traction, Light and Power Company (Sentencia del 24 de julio de 1964), la misma Corte Internacional estudió la jurisprudencia de la Corte Permanente así como la suya propia, en especial el caso de Certains Emprunts Norvégiens (C.I.J. Recueil 1956, página 74) y el caso de Droit de Passage sur le Territoire Indien (C.I.J. Recueil 1957, páginas 150-152). Esta sentencia contiene un análisis particularmente exhaustivo de los problemas de procedimiento planteados por las excepciones previas a la competencia, así como de los motivos que pueden llevar a justificar o imponer la unión de este tipo de excepciones al fondo. Principalmente, allí se establece que:

*«la protection des droits de l'État défendeur est un «des éléments essentiels de la «bonne administration de la justice» » y que «c'est dans l'intérêt du Défendeur que le Règlement de la Cour contient un article 62 qui autorise la présentation d'exception préliminaire».*⁸ Pero, de igual forma, se dispone que: *«L'attitude de l'État défendeur n'est cependant que l'un des éléments que la Cour peut prendre en considération»* dado que en el Reglamento (artículo 62) se prevé simplemente que la Corte *«statue sur l'exception ou la joint au fond»* (página 43)⁹.

Por otra parte, en la sentencia se destaca que solo se decidirá la unión de excepciones «por motivos serios» dado *«que l'objet d'une exception préliminaire est d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond. D'un autre côté, une jonction au fond ne signifie nullement que l'exception ait été perdue de vue. D'ailleurs, dans l'affaire relative à certains emprunts norvégiens, où les exceptions avaient été jointes au fond, la Cour a retenu au stade du fond une exception d'incompétence et ne s'est donc pas prononcée sur le fond du différend »*¹⁰.

92. Por último, se citarán los considerandos de la misma sentencia de la Barcelona Traction (página 46) sobre el siguiente hecho:

*«la troisième exception comporte un tel enchevêtrement de questions de droit, de fait et de qualité pour agir que la Cour ne saurait se prononcer sur cette exception au présent stade avec la pleine assurance d'être en possession de tous les éléments pouvant avoir de l'importance pour sa décision. Les Parties ont implicitement reconnu qu'il en est ainsi, dans la mesure où, même au présent stade, elles ont abordé des points de fond dans les écritures et les plaidoiries...»*¹¹

93. Y la Corte precisa que, en su opinión, *«n'a pas à indiquer sur quels points particuliers elle considère que les questions de fait ou de droit relatives à la troisième exception pourraient être éclaircies par un examen au fond ; elle n'a pas non plus à indiquer pourquoi ces questions pourraient être éclaircies par un tel examen»*¹². La Corte se limita a justificar su decisión de unir la excepción al fondo por el motivo que: *«la procédure sur le fond,..mettra la Cour à même de statuer en meilleure connaissance de cause»*¹³, además, de motivarla tomando como ejemplo el caso Paisz-Csaky-Esterhazy: *«des rapports trop étroits et une connexité trop intime»* existen entre las cuestiones planteadas por las excepciones y las cuestiones de fondo *«pour que la Cour puisse statuer sur les unes et éviter de se prononcer¹⁴ sur les autres »*.

94. Cabe agregar a esta cita de jurisprudencia de las dos Cortes internacionales de La Haya, una referencia a dos decisiones posteriores a la revisión del Reglamento de 1972, la cual, como se ha visto, dejó de incluir la facultad de la Corte de unir la excepción al fondo. En la sentencia dictada el 26 de noviembre de 1984 con referencia al caso entre Nicaragua y los Estados Unidos (C.I.J. Recueil 1984, páginas 425-426, párrafo 76), la Corte advirtió que una excepción interpuesta por los Estados Unidos planteaba *«une question qui touche des points de substance relevant du fond de l'affaire»*¹⁵. Finalmente, concluye que, dado que ya no era *«plus possible d'ordonner la jonction des questions préliminaires au fond depuis la révision du Règlement de 1972»*, no le quedaba otra opción mas que la de aplicar el artículo 79, párrafo / (actualmente párrafo 9), del Reglamento actual y declarar que la excepción,.. *«n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire»*¹⁶. Del mismo modo, en la sentencia del 27 de junio de 1986, entre las mismas partes (Caso de Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci), (C.I.J. Recueil 1986, página 29), la Corte Internacional de Justicia estudió la práctica precedente y los problemas planteados por las excepciones previas, los cuales *«peuvent, comme l'expérience l'a montré, se rattacher jusqu'à un certain point au fond»*¹⁷. Y en la sentencia también se comenta la nueva disposición (del artículo 79 del párrafo 7 del Reglamento de 1978):

*«en qualifiant certaines exceptions de préliminaires, elle [la nouvelle disposition de l'article 79] montre bien que, lorsqu'elles présentent exclusivement ce caractère, les exceptions doivent être tranchées sans délai mais que, dans le cas contraire, et notamment lorsque ce caractère n'est pas exclusif puisqu'elle comporte à la fois des aspects préliminaires et des aspects de fond, elles devront être réglées au stade du fond»*¹⁸.

95. Si bien el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia, en una u otra de sus sucesivas versiones, evidentemente no tiene alcance alguno respecto del

litigio sometido ante un tribunal de arbitraje del CIAD!, resulta interesante destacar --en vista de que el artículo 41 del Convenio se funda sin ninguna duda, como ya se mencionó, en la práctica internacional y, en especial, en las decisiones de las dos cortes de La Haya-- la gran analogía, incluso la semejanza de los motivos que pudieron conducir a la Corte a decidir que se une la excepción al fondo o que (después de la modificación de su Reglamento) la excepción no posee un carácter "exclusivamente previo" (véase, en particular, el comentario ya citado de Shabtai Rosenne, 3ra edición, rol. II, página 925 y ss.).

96. En cuanto a la doctrina de Derecho Internacional, se conviene en forma unánime en aprobar en su conjunto la práctica judicial o arbitral según la cual se le otorga al tribunal la facultad de admitir o rechazar *ab initio* una excepción preliminar, o bien de examinarla con el fondo de la cuestión, como lo expresó el Juez Charles De Visscher (en "Aspects récents du Droit procédural de la Cour Internationale de Justice", París, 1966, página 106): «*la jonction des exceptions au fond est, dans une large mesure, une question d'espèce. La nécessité ou l'opportunité de l'ordonner dépend du lien que le Juge international perçoit entre l'exception et le fond*». Sin volver a retornar en esta ocasión el análisis realizado por este erudito autor de la jurisprudencia de la Corte, en particular el estudio del caso Barcelona Traction, puede resultar de utilidad para la subsiguiente aplicación del artículo 41 del Convenio citar algunos de sus comentarios. Por ejemplo, afirma que «*intérêt du Défendeur qui soulève l'exception n'est pas toujours d'empêcher seulement que l'affaire soit jugée. Il peut être légitimement intéressé à ce qu'elle ne soit pas discutée devant la Cour et, par conséquent, à obtenir in limine litis une décision qui retienne l'exception et mette un point final à l'instance*» (página 107). Ch. De Visscher también observa que «*la conception à la fois trop rigide et trop restrictive de la jonction au fond qui fût développée à la barre au nom du Gouvernement espagnol ne se concilie pas avec la souplesse que doit garder une décision qui, en dernière analyse, dépend dans chaque espèce des exigences d'une bonne administration de la justice*». (página 108}.

97. Una opinión análoga es la de Sir Hersch Lauterpacht ("The Development of International Law by the International Court", Londres, 1958, página 113), quien pone de relieve, por una parte, que la frecuencia con la que se unen las excepciones al fondo demuestra la actitud de prudencia de los jueces en lo relativo a la competencia. Por otra parte, señala lo siguiente:

«the reasons of caution which counsel the occasional joinder of preliminary objections to the merits may, in turn, be mitigated by other considerations. A defendant Government which pleads to the jurisdiction of the Court ought not, without good reasons and without its consent to be expected to

,submit to the effort, expense and uncertainty of engaging in proceedings on the merits» (página 114).

Estas consideraciones, mencionadas anteriormente en referencia al interés del Estado que opone la excepción de incompetencia, merece ser tomada en cuenta por el Tribunal de Arbitraje en el presente caso.

98. Sin embargo, de ello no se deduce que el método de unir al fondo una excepción, previsto expresamente en el artículo 41 del Convenio (como también en el antiguo Reglamento y en la práctica tanto de las Cortes internacionales como en la de Arbitraje comercial internacional) deba considerarse un método "excepcional" como a veces se ha creído erróneamente (ver, por ejemplo, Jack Lang, "La Jonction au Fond des Exceptions Préliminaires devant la C.P.I.J. et la C.I.J.", Journal Clunet, 1968, página 7; G. Abi-Saab, "Les exceptions Préliminaires dans la Procédure de la Cour Intemationale", Paris, 1967, página 198; Fouad Ammoun, "La Jonction des Exceptions Préliminaires au fond en Droit International Public", in "Studi in honore di Gaetano Morelli", Milán, 1975, página 17, página 39, quienes, al igual que el Juez Armand-Ugon (opinión disidente, Barcelona Traction (páginas 116-163)) sujeta la unión de la excepción al fondo *"à la condition qu'il soit impossible (sic) de trancher l'exception sans trancher le fond»*).

99. En realidad, como queda ampliamente demostrado por el número de casos en los que se unió una excepción de incompetencia al fondo, ni la práctica ni el mismo texto del artículo 41 del Convenio sugieren siquiera el carácter "excepcional" de este tipo de decisión procesal. Esta interpretación está demostrada, por ejemplo, por el análisis de un avisado comentarista, Sh. Rosenne (op. cit., página 922 y ss., página 924 y *passim*; véase también Étienne Grisel, "les Exceptions d'Incompétence et d'Irrecevabilité dans la Procédure de la Cour Internationale de Justice", Neuchâtel, 1968, páginas 181-182, quien concluye:

«...il n'est pas exact en fait de qualifier la jonction de 'procédure exceptionnelle'. La Cour y a reconnu dans sept affaires sur trente trois, pour dix sept exceptions préliminaires...on a vu que, d'après la jurisprudence, il y a quatre raisons distinctes dont chacune suffit à justifier la jonction...La jonction est souvent une solution élégante et pratique, notamment quand une exception se rattache à la compétence, ou à la recevabilité, mais ne peut pas être tranchée au stade préliminaire pour un motif quelconque ;cette décision permet de tenir compte des deux aspects de la situation en différant le jugement sur le moyen mais en permettant également qu'à l'issu du procès soit rendu, le cas échéant, un arrêt d'incompétence ou d'irrecevabilité... ».

100. Por otra parte la Corte en lo sucesivo hizo un esfuerzo para explicar más en detalle porque remitía el examen de la excepción al fondo, pero absteniéndose de dar directivas u orientaciones a las Partes en cuanto a los puntos relativos a la excepción y que merecían aclaraciones en la etapa del fondo.

He aquí, en consecuencia, la trama del esquema general del razonamiento de la Corte, tal como aparece en la sentencia *Lockerbie*, en la cual los Estados Unidos y el Reino Unido habían opuesto, entre otras excepciones, una objeción según la cual, no habría lugar a decidir **respecto** de las demandas de Libia, puesto que habrían quedado sin objeto alguno' después de las resoluciones de carácter obligatorio tomadas por el Consejo de Seguridad:

« il ne fait.., aucun doute pour la Cour que les droits de la Libye au fond seraient non seulement touchés par une décision de non-lieu rendue à ce stade de la procédure, mais constitueraient, à maints égards, l'objet même de cette décision. L'exception soulevée par les États-Unis sur ce point a le caractère d'une défense au fond. De l'avis de la Cour, cette exception fait bien plus qu'effleurer des sujets appartenant au fond de l'affaire... La Cour relèvera d'ailleurs que les États Unis ont eux-mêmes abordé de nombreux problèmes de fond dans leurs écritures et leurs plaidoiries à ce stade et qu'ils ont souligné que ces problèmes avaient fait l'objet de débats exhaustifs devant la Cour ; ce Gouvernement a ainsi implicitement reconnu l'existence entre l'exception soulevée et le fond du litige d'une' connexité...intime' ... Si la Cour devait statuer sur cette exception, elle statuerait donc inmanquablement sur le fond, or en invoquant le bénéfice des dispositions de l'article 79 du Règlement, le défendeur (les États-Unis) a mis en oeuvre une procédure qui vise précisément à empêcher la Cour de ce faire. La Cour conclut de ce qui précède que l'exception des États-Unis selon laquelle il n'y aurait plus lieu à statuer sur les demandes libyennes car elles auraient été privées de tout objet (par le Conseil de sécurité) n'a pas un « caractère exclusivement préliminaire » au sens de cet article. 50... (La Cour pourra connaître de cette exception dans le cadre de son examen de l'affaire au fond»¹⁹ (affaire relative à des questions... résultant de l'incident aérien de Lockerbie, op. cit., arrêt du 27 février 1998, Recueil 1998, page 134, paragraphes 49-50. Même prononcé le même jour pour le cas Libye - Royaume-Uni).

101. Es *mutatis mutandis* un razonamiento bastante similar el que siguió la Corte algunos meses más tarde en su sentencia del 11 de junio de 1998 emitida en el Caso Nigeria-Camerún. Nigeria había opuesto una 'octava excepción previa', de acuerdo con la cual la delimitación marítima entre éste y Camerún pondría necesariamente en cuestión los derechos e intereses de terceros Estados (Guinea Ecuatorial) más allá de un cierto punto de delimitación marítima.

· La Corte entonces juzgó que ella

« ne saurait..., en la présente espèce, prendre sa décision sur la huitième exception préliminaire en la considérant simplement comme une question préliminaire. Pour pouvoir déterminer quel serait le tracé d'une frontière maritime prolongée au-delà (d'un certain point), en quel lieu et dans quelle mesure elle se heurterait aux revendications éventuelles d'autres États, et comment l'arrêt de la Cour affecterait les droits et intérêts de ces États, il serait nécessaire que la Cour examine la demande du Cameroun au fond. En même temps la Cour ne saurait exclure que l'arrêt demandé par le Cameroun puisse avoir sur les droits et intérêts des États tiers une incidence telle que la Cour serait empêchée de rendre sa décision en l'absence de ces États, auquel cas la huitième exception préliminaire du Nigeria devrait être retenue, tout au moins en partie. La question de savoir si ces États tiers décideront d'exercer leurs droits à intervention dans l'instance conformément au Statut reste entière. 117. La Cour conclut que, par voie de conséquence, la huitième exception préliminaire du Nigeria n'a pas, dans les circonstances de l'espèce, un caractère exclusivement préliminaire »²⁰ (Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, Cameroun c. Nigeria, exceptions préliminaires, arrêt du 11 juin 1998, C.I.J. Recueil 1998, page 324, paragraphes 116-117).

¹⁹La version en anglais dit la suivante: "The Court ... has no doubt that Libya's rights on the merits would not only be affected by a decision, at this stage of the proceedings, not to proceed to judgment on the merits, but would constitute, in many respects, the very subject-matter of that decision. The objection raised by the United States on that point has the character of a defense on the merits. In the view of the Court, this objection does much more than 'touch[ing] upon subjects belonging to the merits of' the case'. The Court notes furthermore that the United States itself broached many substantive problems in written and oral pleadings in this phase, and pointed out that those problems had been the subject of exhaustive exchanges before the Court; the United States Government thus implicitly acknowledge that the objection raised and the merits of the case were 'closely interconnected'... If the Court were to rule on that objection, it would therefore inevitably be ruling on the merits; in relying on the provisions of Article 76 of the Rules of the Court, the Respondent [the United States] has set in motion a procedure the precise aim of which is to prevent the Court from so doing. The Court concludes from the foregoing that the objection of the United States according to which the Libyan claims have been rendered without object does not have 'an exclusively preliminary character' within the meaning of that Article.

102. Por último, basta mencionar que la práctica de los Tribunales de Arbitraje del CIADI con frecuencia ofrece también no sólo ejemplos de excepciones a la competencia, sino también casos en los que las excepciones se unen al fondo de conformidad con el artículo 41 del Convenio (al respecto, referirse al comentario citado de C. Schreuer, página 395 y ss. y, asimismo, ver "the ICSID Convention: a Commentary", Cambridge University Press, página 546. Además de la decisión en el caso AMCO c/ Indonesia, pronunciada el 25 de septiembre de 1983, 1 ICSID Report 390, y las decisiones en el caso Klöckner c/ Camerún, laudo del 21 de octubre de 1983, 2 ICSID Report. 13-18, y Atlantic Triton c/ Guinea, laudo del 21 de abril de 1986, 3 ICSID Report, 39). Es también pertinente citar el razonamiento del Tribunal en el caso SOABI c/ Senegal, decisión del 10 de agosto de 1984, 2 ICSID Report 180-189, en el que las partes se refieren a 50, "[T]he Court will be able to consider this objection when it reaches the merits of the case." referían constantemente a documentos cuyo contenido «relate more or less to the actual merits of the case».

²⁰ La versión en inglés dice lo siguiente: "The Court cannot therefore, in the present case, give a decision on the eighth preliminary objection as a preliminary matter. In order to determine where a prolonged maritime boundary beyond [a certain] point, would run, where and to what extent it would meet possible claims of the other States, and how its judgment would affect the rights and interests of these States, the Court would of necessity have to deal with the merits of Cameroon's request. At the same time, the Court cannot rule out the possibility that the impact of the judgment required by Cameroon on the rights and interests of the third States could be such that the Court would be prevented from rendering it in the absence of these States, and that consequently Nigeria's eighth preliminary objection would have to be upheld at least in part. Whether such third States would choose to exercise their rights to intervene in these proceedings pursuant to the Statute remains to be seen.

El Tribunal de Arbitraje concluyó lo siguiente:

«neither the letter nor the spirit of the various documents put forward by the parties as support for their respective positions on the jurisdiction of the tribunal...could properly be appreciated save after a full consideration of the actual subject matter of the Application...In the result, the Objection to Jurisdiction must be joined to the arguments on the merits, and will be addressed at the same time as the latter» (página 189).

103. Otros dos laudos pronunciados por los Tribunales de Arbitraje en el marco del CIADI son de especial importancia en este caso en particular, por cuanto se refieren a las excepciones de incompetencia fundadas sobre una alegación de inexistencia de una inversión o una expropiación.

En el caso Tradex Hellas c./ República de Albania- (decisión sobre la competencia dictada el 24 de diciembre de 1996, 14 ICSID Review ~ Foreign Investment Law Journal 161(1999), véase C. Schreuer, en el ya citado comentario sobre el Convenio, páginas 547-548; ICSID Review, rol. 14, N° 1, 1999, página 161 y ss.), la parte demandada, Albania, impugnó la competencia del Tribunal de Arbitraje, en particular, por los dos siguientes motivos: que la parte demandante, Tradex, no podía considerarse, según las leyes albanesas aplicables al caso, "inversor extranjero" y que, suponiendo que existiera un litigio entre las partes, no se debía a una "expropiación" de conformidad con la ley aplicable.

Tras haber concluido que la parte demandante, Tradex, era de hecho un "inversor extranjero", conforme lo estipula la ley aplicable (ley albanesa de 1933), el Tribunal se abocó a establecer si la conducta de la demandada] 17. The Court concludes that therefore the eighth preliminary objection of Nigeria does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character," constituía un acto de "expropiación" según lo dispuesto por la mencionada ley. Finalmente, se llegó a la siguiente conclusión:

«...the Tribunal feels a further examination of this matter in the context of establishing its jurisdiction according to article 8(2) [of the applicable Albanian law] would be so closely related to the further examination of the merits in this case that this jurisdictional examination should be joined to the merits».

Por estas razones, el Tribunal, en aplicación del artículo 41(4), segunda frase del Reglamento de Arbitraje del CIADI, decidió:

«that this objection should be joined to the merits of the dispute, should the Tribunal find that the other objections to jurisdiction raised in this case cannot be accepted and thus this procedure is continued on the merits».

104. En el caso American Manufacturing and Trading Inc. c./ República de Zaire. (Laudo del 21 de febrero de 1997, Journal Clunet 1998, página 243), este país sostenía que el Tribunal era incompetente, en particular porque la demandante AMT, de origen estadounidense, no había *«jarnais investi directement et en son nom dans la République du Zaire»*. Desde su punto de vista, la sociedad AMT estaba simplemente asociada a una inversión de una sociedad Sinza, de nacionalidad del Zaire, por lo que se trataba *« d'un différend entre un État et un ressortissant de cet État, un tel différend n'étant pas compris dans le champs d'application de la Convention»*~.

Es de destacar que, en este caso, mientras que el memorial de contestación de la parte demandada había planteado varias excepciones previas con respecto a la jurisdicción del CIADI y, consecuentemente, con respecto a la competencia del Tribunal (Laudo, N° 3.09). el Tribunal casi ni se abocó a discutir o justificar el procedimiento finalmente adoptado y, sin duda, en razón del hecho de «*que le Zaïre a fait défaut, tout en invoquant l'incompétence du CIRDI et du Tribunal*»²² (N° 4.08). En consecuencia, el Tribunal de Arbitraje se limitó, sumariamente, a declarar lo siguiente (N° 4.09): «*après avoir soigneusement examiné les différents moyens invoqués par le Zaïre pour amener le Tribunal à se déclarer compétent [sic: pour incompétent], celui-ci a décidé de joindre la question de sa compétence au fond. D'ailleurs, le Tribunal estime qu'il a l'obligation de vérifier qu'il est régulièrement saisi et qu'il doit donc, dans tous les cas, examiner sa compétence avant d'entamer les questions relatives au fond*»²³.

²¹ Este laudo se dictó en francés y en inglés. El texto en inglés dice lo siguiente: "(--)-the dispute in question is between a State and a national of the same State, such a dispute has never entered into the scope of application of the Convention."

105. Se debe recordar, en primer lugar, que para poder afirmar su competencia, el Tribunal de Arbitraje debe, ante todo, verificar que se cumplan las condiciones impuestas por el Convenio del CIADI y por el Tratado bilateral hispano-chileno y tener en cuenta que basta con el incumplimiento de tan solo una de las condiciones para que el Tribunal resulte incompetente. Por otra parte, el principio general de derecho, según el cual la carga de la prueba recae sobre la parte demandante (*actori incumbit probatio*), se impone, en especial, en el ámbito del procedimiento judicial o arbitral internacionales, y, en razón de este mismo principio, le incumbe a la parte demandada que presenta la excepción de incompetencia probar los hechos en que se basa su excepción, ya que con respecto a ésta se encuentra en la misma posición que un demandante (*in excipiendo reus fit actor*) (cf. Rosenne op. cit. vol. II, páginas 922, 932).

106. Estas reglas generales de procedimiento se encuadran dentro del marco de un principio aún más general, válido en derecho tanto internacional como nacional, que es el de la buena fe. que obliga a las partes, según el caso, a colaborar en pro de la obtención y presentación de las pruebas, por ejemplo, en aquellas circunstancias en las que la presentación de éstas fuere extremadamente difícil para la parte sobre la que recae esta tarea, como en el caso de que la prueba requerida fuese sobre un hecho negativo, y cabe recordar que al Tribunal de Arbitraje le compete velar por el respeto de estos principios y apreciar y, en caso de necesidad, resolver, las cuestiones de procedimiento (véase artículos 43

y 44 del Convenio de Washington y el Reglamento de Arbitraje del CIADI, artículo 34 y *passim*).

²² El texto en inglés dice lo siguiente: "(...)that Zaire has been in default while invoking the incompetence of ICSID and of the Tribunal"

²³ El texto en inglés dice lo siguiente: "After having carefully examined the different arguments raised by Zaire to persuade the Tribunal to declare itself incompetent, the Tribunal has decided to *join the preliminary objections* to the merits of the case. On the other hand, the Tribunal deems it its duty to ascertain whether it is properly seized of the case and that it shall, in all cases, examine the question of its own competence before embarking upon consideration of the merits of the case."

107. A la luz de los principios que acaban de presentarse y, en particular, del artículo 41 del Convenio CIADI, el Tribunal de Arbitraje examinará a continuación las cuestiones de competencia que se le han planteado a partir de los respectivos argumentos esgrimidos por las partes en el procedimiento escrito y en el procedimiento oral y, en particular, de argumentos presentados por la parte demandada sobre la falta de jurisdicción del Centro y la incompetencia del Tribunal. Para este examen, el Tribunal seguirá, en la medida que lo estime práctico y oportuno, el orden de las objeciones resumidas por la parte demandada en su réplica sobre la excepción de incompetencia del 27 de diciembre de 1999, de las conclusiones consignadas precedentemente en la sección "Hechos". Al proceder a ello, analizará con particular atención las dos cuestiones fundamentales, o a todas luces más importantes, que dividen a las partes en esta etapa del Procedimiento: las cuestiones de la nacionalidad y la inversión extranjera.

(A) LA NACIONALIDAD

108. Cabe hacer referencia, en primer lugar, a los argumentos respectivos de las partes, tal como fueran brevemente resumidos en la sección "Hechos" de la presente decisión, y luego proceder a completarlos de la siguiente manera:

Según la primera conclusión de la demandada, el «Señor Víctor Pey Casado es chileno»: posee la nacionalidad chilena «por naturalización del 11 de diciembre de 1958, y que, a causa de esa nacionalidad 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 2000, transcrito en la página 39).

Asimismo, señalaremos que no se cuestiona la nacionalidad de la segunda parte demandante, la Fundación Presidente Allende, que es indiscutible y únicamente española, siendo las objeciones chilenas sobre esta última de otra índole y que serán analizadas más adelante.

Por el contrario, el demandante Pey Casado pretende haber perdido la nacionalidad chilena o haber renunciado a ella, de lo cual resultaría que debe ser considerado únicamente titular de la nacionalidad española, su nacionalidad de origen, la que habría retomado al constituir domicilio en España, conforme al Tratado bilateral hispano-chileno.

109. Una prolongada controversia se estableció entre las partes al respecto, tanto en el procedimiento escrito como oral. Su importancia en relación con la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal de Arbitraje es evidente si se considera, por ejemplo, que el sistema establecido por el Convenio del CIADI está destinado exclusivamente, como su título indica, al arreglo de diferencias entre un Estado miembro del Convenio y un inversor nacional de otro Estado, y no uno de sus propios nacionales. Según un comentario ya citado del Convenio (C. Schreuer, N° 424, 444, 446 y 447), *«For natural persons possession of the host State's nationality is an absolute bar to becoming a party to ICSID proceedings ...the dual national would be disqualified from invoking the ICSID clause in the BIT... the individual investor's only chance to gain access lo the Centre may be to relinquish the host State's nationality before consent to ICSID's jurisdiction is Perfected...the investor would have to ensure that the renunciation of the nationality is valid under the host State's law...»*. Se agrega la observación del comentarista de los trabajos preparatorios, en los que se evocó la posibilidad de que un Estado potencialmente demandado impusiera al inversor la obtención de su propia nacionalidad para sustraerse de las obligaciones de acuerdo con el Convenio.

«during the Convention's drafting, the problem of compulsory granting of nationality was discussed and the opinion was expressed that this would not be a permissible way for a State to evade its obligation to submit a dispute to the Centre... but it was decided that this question could be left to the decision of the Conciliation Commission or Arbitral tribunal... » (N° 447).

110. Se plantea aquí, o por lo menos puede plantearse, la cuestión de la interpretación que cabe dar al Convenio y especialmente a la noción de "Nacionales de Otros Estados Contratantes" en un caso como este, en particular en los casos de doble nacionalidad.

En el estado actual del procedimiento sobre las excepciones de incompetencia, no parece que ni la parte demandada haya probado su afirmación

sobre la nacionalidad chilena del demandante ni que este último haya demostrado, por su parte, que ha renunciado válidamente a dicha nacionalidad o que ha sido privado de la misma a raíz de los acontecimientos posteriores al golpe de estado militar del 11 de septiembre de 1973 o a raíz de las disposiciones de carácter general o particular adoptadas por el gobierno chileno.

Considerando la información reunida hasta el momento, el Tribunal de Arbitraje estima no estar en medida de pronunciarse con certeza sobre la mencionada excepción. En consecuencia de lo cual, el Tribunal considera conveniente unir esta excepción al fondo, según el artículo 41 del Convenio.

(B) LA INVERSIÓN

111. La posición de la parte demandante, el señor Pey Casado, en lo que atañe la inversión que le habría confiscado Chile, fue presentada en forma resumida en la sección "Hechos" de esta decisión (números 40 y siguientes). **Según la parte demandante, la adquisición de la totalidad de las acciones** de la importante empresa de prensa CPP SA se realizó por un precio de US\$ 1.280.000 y constituyó, sin lugar a dudas, una inversión en el sentido del Convenio de Washington, el cual no da, bien se sabe, ninguna definición precisa de la noción de inversión, a la diferencia de varios tratados bilaterales en la materia (como lo constata C. Schreuer en su ya citado Comentario n° 99, para quien « *The general description frequently refers to 'every kind of assets'... . The list of typical rights usually includes: traditional property rights, participation in companies, etc.*»). Esta adquisición del 100% del capital social del diario Clarín y de la sociedad de responsabilidad limitada EPC fue reconocida de diversas maneras por la parte chilena, en especial tras las confiscaciones hechas por Decreto del 24 de abril de 1975, N° 580, firmado por el General Pinochet (véase al respecto, por ejemplo, los alegatos de mayo de 2000 sobre Competencia, páginas 65 y 66).

De acuerdo con la parte demandante, se trató de una inversión extranjera conforme al derecho chileno, (según lo dispone el artículo 2 inciso 2 del Tratado bilateral del 2 de octubre de 1991 sobre protección de inversiones, es decir la legislación chilena vigente en 1972, fecha de la inversión, Decreto N° 1272 del 7 de septiembre de 1961 y Decreto N° 258 del 30 de marzo de 1960), que no apuntaba a la totalidad de las inversiones extranjeras, sino a las que pretendían el goce de ciertas facilidades,

112. Por su parte, la parte demandada objetó firmemente que, suponiendo que haya habido inversión en el presente caso, no se trataría de una inversión "extranjera" y en ningún caso "una inversión extranjera en conformidad con la legislación chilena".

La parte demandada insistió en el carácter fundamental que tiene para Chile, gran importador de inversión extranjera, una "transferencia de capitales" como lo exige expresamente el Tratado bilateral hispano-chileno, en especial en su preámbulo y texto. No obstante ello, la demandada estima que «el señor Pey Casado nunca transfirió capital alguno desde el exterior a Chile» (Alegatos de mayo de 2000, página 28).

Asimismo, la parte demandada considera que, no habiendo una inversión extranjera en conformidad con las condiciones de la legislación chilena vigente en 1972, el Tribunal de Arbitraje debería declararse incompetente: *«para que un acto pueda ser descrito como una inversión, además del hecho de que se requiere que haya una transferencia de capitales desde el exterior; .. esta operación debe hacerse en conformidad con los textos de ley en vigor en el Estado beneficiario de la inversión»* (Tratado bilateral hispano-chileno artículo 1, inciso 2 y artículo 3 inciso 1).

En este caso, sin embargo, la parte demandante no habría respetado, entre otras, la ley N° 1272 sobre regímenes cambiarios, ni la Decisión N° 24 en vigor de conformidad con el Acuerdo de Cartagena de 1971.

113. No se discute entre las partes que una inversión extranjera deba realizarse de acuerdo con la legislación que en su momento se encontraba vigente en el Estado receptor o beneficiario. Cabe citar aquí al respecto el laudo dictado en el caso CIADI N° ARB-98-5 Eudoro Armando Olguin c/. República de Paraguay, del 8 de agosto de 2000 (Laudo dictado en español por aplicación de un convenio bilateral sobre inversiones), en el que se hace notar lo siguiente: «no existe ninguna norma en el CBI [Convenio bilateral] 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. Con respecto a los posibles vicios que tengan las inversiones del señor Olguin, éste es claramente un tema de fondo que no puede ser resuelto en esta etapa procesal».

114. Esta última observación resulta particularmente pertinente en el presente caso. En efecto, ciertas cuestiones, como la realidad y la naturaleza de la inversión, la existencia o no de una transferencia de capitales conforme a lo establecido en el preámbulo del Acuerdo de 1991, o asimismo la conformidad que guarde esta inversión o transferencia con las exigencias de la legislación local están en el núcleo mismo de una diferencia que atañe, como en el presente caso, a la licitud y las consecuencias de la expropiación alegada. Son cuestiones que, aunque se planteen en el marco de las excepciones previas a la competencia, están estrechamente vinculadas al fondo del asunto y, en todos los casos, resulta

difícil, por no decir imposible, pronunciarse sin correr el riesgo de prejuzgar sobre cuestiones de fondo.

Por otra parte, resulta significativo que, tanto en sus actuaciones escritas como orales, las dos partes se hayan visto obligadas, casi inevitablemente, a abordar cuestiones de fondo y a ir más allá del estricto marco de las excepciones previas a la competencia.

115. La cuestión de una eventual resolución de la excepción conjuntamente con el fondo, como lo plantea el artículo 41 del Convenio, no se plantearía si el Tribunal de Arbitraje hubiese adquirido la convicción de la existencia real de una inversión extranjera en las condiciones establecidas en los textos aplicables. Pero en el estado actual del expediente sometido al Tribunal subsisten varias interrogantes que atañen a la vez a cuestiones previas de competencia y al fondo del asunto.

De esta manera, si bien parece que se estableció que el señor Pey Casado pagó realmente al señor Darío Sainte-Marie, propietario de las acciones de la sociedad CPP SA, importantes sumas en dólares, en el extranjero, con vistas a la adquisición de la totalidad de las acciones de dicha sociedad, no se explicó claramente, por ejemplo, si esos capitales llegaron o se integraron a la economía de Chile (admitiendo que esa transferencia sea, según se alegó, una condición necesaria), ni por qué las acciones fueron firmadas en blanco, ni tampoco por qué el demandante tenía la intención de transferir una parte de las acciones a los señores González, Carrasco y Venegas.

116. Con respecto a la adquisición y propiedad de los bienes cuya confiscación se critica en la solicitud de arbitraje, se hace notar que la presentación misma hecha por las partes de sus respectivas posiciones denota la existencia de vínculos entre las excepciones de incompetencia y el fondo del asunto. Es, sin duda, porque ellas mismas estaban conscientes de este vínculo con el fondo del litigio, que se entiende que las partes se abstuvieran de abordarlo en detalle y dar explicaciones que hubieran podido esclarecer mejor al Tribunal.

117. Lo mismo sucede con los diversos hechos o elementos alegados por la parte demandante y objetados por la parte demandada, los cuales probarían el reconocimiento por parte de las autoridades chilenas de la adquisición hecha por el señor Pey Casado del 100% del capital de las sociedades CPP SA (Clarín) y EPC SRL. La parte demandante hizo valer, por su parte, una Decisión del Juzgado No. 8 del Crimen de Santiago, de la que surgirla el reconocimiento oficial del señor Pey Casado como presunto propietario de las acciones de CPP, así como un Memorando del 3 de febrero de 1975 del Presidente del "Consejo

de Defensa del Estado", el Decreto N° 580 del 24 de abril de 1975 y otros elementos que resultaría superfluo recordar.

Por el contrario, se invocaron diversas decisiones administrativas chilenas, en especial la Decisión N° 43, que fue objeto de largos debates en el presente procedimiento y de la cual surgiría la revocación o anulación del alegado reconocimiento de la calidad de propietario (presunto, al menos) del señor Pey Casado.

118. En resumen, si bien el Tribunal de Arbitraje estaría sin duda en condiciones de pronunciarse en este momento sobre ciertos aspectos de la diferencia relativa a la inversión cuya confiscación se alega en la solicitud de arbitraje, dichos aspectos forman parte de un conjunto de evidente complejidad, cuyos otros elementos no parecen suficientemente establecidos y no podrían aislarse o separarse de las otras facetas del problema sin inconvenientes. Según la opinión del Tribunal de Arbitraje, resulta claro que, en ciertos aspectos del expediente, nada puede afirmarse por el momento con certeza respecto del procedimiento preliminar sobre las excepciones a la competencia, de modo que, retomando los términos usados por la jurisprudencia internacional resumida anteriormente, el Tribunal de Arbitraje *«no podría pronunciarse sobre la cuestión de competencia sin antes haber oído los argumentos en cuanto el fondo»*, pues *«pronunciándose desde ahora sobre la excepción de incompetencia, el Tribunal correría el riesgo, ya sea de decidir cuestiones que pertenecieran al fondo del asunto, ya sea de prejuzgar su solución.»*

119. Considerando los importantes desacuerdos que existen entre las partes sobre varias cuestiones de hecho y varios puntos de derecho, el Tribunal de Arbitraje *«necesita información más precisa relativa a las tesis jurídicas enunciadas por las partes y los motivos sobre los que basan esas tesis»*, en particular sobre la cuestión fundamental de la existencia de una inversión acorde con las exigencias planteadas por el Convenio CIADI y el Tratado bilateral hispano-chileno.

(C) OTRAS OBJECIONES

120. Queda por examinar si las otras objeciones planteadas por la parte demandada a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal de Arbitraje pueden o no tratarse, según los términos del artículo 41, inciso 2, del Convenio de Washington, como cuestiones previas o bien si su examen se debe unir a] de las cuestiones de fondo, como acaba de decidirse respecto de la nacionalidad de la parte demandante y de la condición de inversión extranjera.

121. Previamente, y considerando los vínculos existentes por la misma naturaleza de las cosas entre los diversos elementos, de hecho y de derecho, que conforman la diferencia sobre la competencia que divide a las partes, se observa que tal vez sea conveniente presumir la oportunidad de dar idéntico tratamiento a las diversas objeciones, es decir, unirlas al fondo del asunto. Esto, precisamente, con el propósito de tener en cuenta esos vínculos y evitar que el tratamiento aislado e independiente de una u otra de las excepciones pueda prejuzgar, a pesar del Tribunal de Arbitraje, la solución que podría darse más tarde a una de las excepciones que se unan al fondo, o bien pueda apoyarse en motivos que resultarían erróneos en el curso subsiguiente del procedimiento.

122. La argumentación misma de ambas partes es prueba, como se dijo, de los vínculos de hecho y de derecho que unen los diferentes aspectos de la controversia sobre la competencia y, para persuadirse de ello, basta ventilar el número de repeticiones y reformulaciones de los mismos hechos y argumentos presentados en las diferentes excepciones. Es así como los argumentos esgrimidos tanto para afirmar la nacionalidad chilena del señor Pey Casado, como para objetar la calidad de inversión "extranjera" o para aseverar la ausencia de consentimiento para someter la controversia a un tribunal del CIAD!, en todo caso *retiene temporis*, retornan redes ellos, al menos parcialmente, los mismos elementos e tesis.

No obstante, es conveniente no limitarse sólo a esta observación general y proceder a examinar cada una de las objeciones presentadas para verificar si pueden ser resueltas en forma separada, a título preliminar, o si es preferible unirlas al fondo del asunto.

(i) No retroactividad

123. Según las conclusiones de la parte demandada enunciadas en la réplica del 27 de diciembre de 1999 (véase *supra* N° 77), «El Acuerdo para la Promoción y Fomento Recíproco de Inversiones suscrito entre la República de Chile y el Reino de España, no tiene efecto retroactivo y, por lo tanto, no puede aplicarse para resolver situaciones acaecidas antes de su entrada en vigor».

En la etapa actual no corresponde que el Tribunal de Arbitraje se pronuncie ni sobre el sentido preciso que debe darse a la noción de "retroactividad", sobre si el Acuerdo bilateral en cuestión tiene efectos retroactivos, carece de ellos o puede tenerlos. Bastará constatar 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).

Sin embargo, esta cuestión, esto es la de la fecha del nacimiento de la controversia, está estrechamente relacionada con el fondo y, en especial, con las circunstancias en las cuales habría tenido lugar la inversión extranjera alegada por la parte demandante, y con las circunstancias en las cuales los derechos de dichos "inversores" habrían sido lesionados, así como con la fecha de los hechos.

124. Análogas observaciones pueden hacerse en relación con la sexta conclusión y objeción de la parte demandada, Según la cual «El Estado de Chile no ha otorgado su consentimiento para que esta controversia pueda ser sometida al conocimiento de un tribunal del CIADI», precisándose que el debate sobre ese punto no versa sólo sobre la fecha en que nació dicha controversia (como en el caso de la objeción precedente), sino que concierne también, evidentemente, a la objeción fundada sobre la nacionalidad chilena del demandante, el señor Pey Casado, así como a la noción y la validez de la "inversión extranjera" alegada por la parte demandante.

Por las razones cuyo detalle se expuso en las partes que anteceden la presente decisión, el Tribunal estima que no está en condiciones de pronunciarse con el suficiente grado de certeza y sin riesgo de prejuzgar, considerando la información reunida y el estado actual del expediente, de modo tal que este punto debe también unirse al fondo del asunto.

(li) Consultas previas

125. Las mismas conclusiones de la parte demandada se fundan también en considerar que «la Fundación Presidente Allende no sostuvo las consultas amistosas exigidas por el Tratado bilateral hispano-chileno para la Promoción y Fomento Recíproco de Inversiones».

Es conveniente agregar a dicha formulación las otras objeciones presentadas (por ejemplo, en el memorial de réplica sobre la incompetencia **del Estado de Chile del 27 de diciembre de 1999, páginas 120 a 124**) en relación con la Fundación Presidente Allende. Se trata de observaciones que parecen participar, a la vez, de la noción de objeción a la competencia y a la de excepción de inadmisibilidad, toda vez que se afirma que, por diversas razones, la Fundación Allende no tendría legitimación para actuar o "legitimación activa" y que, por otra parte, el Estado de Chile nunca prestó su consentimiento a un arbitraje del CIADI respecto de este tema, como lo plantean el Convenio de Washington y el Tratado bilateral hispano-chileno.

126. Cabe observar al respecto que la Fundación Allende pretende ser cesionaria (en un 90% de las acciones) del señor Pey Casado y que, consecuentemente, el análisis de sus eventuales derechos implica, como los del señor Pey Casado, un examen de las cuestiones de fondo vinculadas simultáneamente a la cuestión de la inversión extranjera tratada anteriormente, y un análisis de la cesión celebrada el 6 de febrero de 1990 en Miami e inscrita posteriormente, el 27 de abril de 1990, en el Registro de Fundaciones de España.

127. En el estado actual resultarla a todas luces prematuro que el Tribunal de Arbitraje indagara, por ejemplo, si la Fundación, creada el 16 de enero de 1990 en Madrid, lo fue válidamente o con intención "fraudulenta", como alegó la parte demandada, o bien si adquirió válidamente y respetando el derecho aplicable todo a los derechos que pretende obtener del señor Pey Casado o finalmente, si dicha cesión es oponible, y en qué medida, a la parte demandada, etc.

Manifiestamente, todas estas cuestiones, en pos de una buena administración de la justicia, no pueden sino unirse al examen de fondo del asunto, por las razones antes indicadas, que resulta superfluo repetir.

128. No obstante ello, hay un aspecto particular que se presta en este momento a un comentario, destinado al menos a orientar a las partes con el fin. de facilitar sus futuras presentaciones y sin que el Tribunal de Arbitraje pretenda pronunciarse de manera definitiva sobre el tema, antes de haber oído las eventuales ampliaciones que las partes quisieran apoyar al respecto, se trata de la objeción antes mencionada según la cual la Fundación Presidente Allende no efectuó las consultas amigables requeridas (véase, por ejemplo, el memorial de réplica sobre incompetencia del 21 de diciembre de 1999, páginas 115 y siguientes, y t24; ver asimismo el memoria de incompetencia del 20 de julio de 1999, página 113).

129. La parte demandada invoca los párrafos 1 y 2 del artículo 10 del Acuerdo hispano-chileno de 1991, que establecen lo siguiente:

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

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

130. Es opinión del Tribunal de Arbitraje que no se ha demostrado a su satisfacción hasta el momento, que la mencionada disposición, especialmente frecuente en los tratados bilaterales relativos al fomento o la protección de las inversiones, constituya verdaderamente, como se ha pretendido, una "formalidad habilitante", de interpretación rigurosa. Resultaría de ello que «*sólo después de un plazo día o meses desde el momento en que ha sido planteada la controversia*» nace para el inversor el derecho de Iniciar un procedimiento (internacional o local; véase memorial de incompetencia del 20 de julio de 1999, N° 4.1.2).

(iii) Elección de foro

131. Otra objeción a la jurisdicción, interpuesta por la parte demandada (véase su conclusión N° 5, anteriormente citada) se funda en el hecho de que «los reclamantes optaron por la jurisdicción local, renunciando con ese acto a la jurisdicción internacional».

La parte demandada sostuvo firmemente, tanto en el procedimiento escrito como en el oral, que los reclamantes, habiendo optado por la jurisdicción chilena, hablan renunciado por esta razón, y de manera definitiva, a la jurisdicción internacional (véase Memorial del 20 de julio de 1999, páginas 155, 143 y siguientes, y *passim*).

La parte chilena expuso claramente que, en virtud del artículo 10 N° 2 del Acuerdo bilateral entre Chile y Espuria, la opción ofrecida, "a elección del inversor", entre la jurisdicción nacional del Estado receptor o importador de la inversión y el arbitraje internacional, sería una elección "única y definitiva". Ahora bien, a esto se añade que (página 143, N° 3.4.) «los bienes y activos materia de este proceso han sido reclamados previamente ante los Tribunales de Santiago de Chile». Resultaría de ello una renuncia a la opción de acceso a un arbitraje internacional.

132. A esto respondió la parte demandante que ningún texto prescribe **que** la elección de foro así prevista deba necesariamente ser global y total, excluyendo la posibilidad de someter una parte de la diferencia a uno de los foros previstos y la otra parte, a otro foro.

La doctrina internacional estaría de acuerdo con este punto de vista y la parte demandante hace notar que si el señor Pey Casado acudió efectivamente a la justicia chilena, lo hizo sólo de una manera muy limitada, para obtener, por un lado, la restitución de los documentos sin los cuales le hubiera sido imposible

acudir a la jurisdicción internacional y, por el otro lado, con respecto Únicamente a la rotativa Goss.

Por lo tanto, sería inexacto argumentar (como lo hace, por ejemplo, el pasaje citado del memorial de incompetencia del 20 de julio de 1999, página. 143) que «los bienes y activos materia de este proceso» habrían sido previamente reclamados ante los tribunales de Santiago.

133. Resulta claro que la cuestión de saber cuáles son exactamente los «bienes y activos» materia de la causa sometida hoy ante el Tribunal de Arbitraje (en lo que hace a la competencia) está estrechamente vinculado al fondo' del litigio, a la cuestión de la inversión, así como al objeto y magnitud de la confiscación por la que reclama la parte demandante.

Por lo antedicho, no resulta al menos oportuno, y por las razones expuestas anteriormente en detalle, que el Tribunal de Arbitraje proceda en esta etapa y con la información reunida hasta el presente a pronunciarse a título previo sobre dicha objeción de incompetencia o de inadmisibilidad de la demanda.

134. En relación con la objeción según la cual la renuncia alegada por el señor Pey Casado a su nacionalidad chilena, así como «el traspaso del 90% de sus supuestos derechos a una fundación española» constituirían un claro ejemplo de "fraude a la ley" (conclusión N° 7 arriba mencionada), vale señalar que dicha objeción se apoya en una argumentación que se refiere verdaderamente al fondo del litigio y a ciertas cuestiones ya examinadas, como la condición de nacionalidad extranjera en Chile o la validez de la cesión, cuestiones que, como ya sería el Tribunal de Arbitraje, sería prematuro e inoportuno resolver a título previo, sin haber tomado en cuenta las consideraciones y las argumentaciones que las partes podrían tener intención de profundizar y exponer en un debate general sobre el fondo del asunto.

El 8 de mayo de 2002

Juez Mohammed Bedjaoui

Embajador Galo Leoro Franco

Profesor Pierre Lalive