

SECRETARIA: Civil

TIPO DE RECURSO: Apelación sentencia definitiva

INGRESO CORTE N°: 8578-2021

RELATOR: CRISTIAN ALCANTARA MODINGER

En lo principal: Recurso de casación en la forma; **Primer otrosí:** Recurso de casación en el fondo; **Segundo otrosí:** Asume patrocinio.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Víctor Manuel Araya Anchia, abogado, por el demandante y recurrente, en los autos caratulados “FUNDACION PRESIDENTE ALLENDE CON SECRETARIA REGIONAL” Ingreso Rol Corte N°8578-2021, ante V.S.I. comparezco y respetuosamente digo:

Dentro de plazo y de conformidad a lo dispuesto en los artículo 765, 766, y 768 y siguientes, todos del Código de Procedimiento Civil, deduzco recurso de casación en la forma contra la sentencia definitiva de segunda instancia pronunciada con fecha 7 de junio recién pasado, que confirmó en todas sus partes la sentencia definitiva de primera instancia que, a su vez, rechazó la Demanda de nulidad de derecho público del Decreto Supremo N° 165 del Ministerio del Interior, del 10 de febrero de 1975, que declaró disuelta la sociedad Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (CPP S.A.), propietaria a su vez del 100% de las participaciones de la Empresa Periodística Clarín Limitada, que también fue disuelta y objeto de confiscación.

El motivo aducido por el fallo de primera instancia confirmado en alzada para desestimar la Demanda, fue que mi representada carecía de legitimación activa para impetrar una declaración de esa índole.

Tal y como explicaremos acto seguido, para arribar a dicha conclusión, la sentencia impugnada, que hizo suyos los vicios del fallo de primer grado, incurrió en las causales de nulidad previstas en los numerales cuarto, quinto, y sexto, todos del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, pues adolece de *ultra petita*, al haber extendido la decisión a puntos o cuestiones no sometidas a decisión del tribunal, no cumple con el requisito de contener las consideraciones de hecho y derecho que le sirven de sostén conforme a lo previsto en el N°4 del artículo 170 del mismo Código de forma, y transgrede la autoridad de cosa juzgada de una sentencia anterior.

Fundo este recurso de nulidad formal en las siguientes consideraciones:

I.- ANTECEDENTES

1. La Demanda está ejecutando el Laudo de 8 de mayo de 2008 del Tribunal Internacional de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el CIADI"), con sede extraterritorial en el Banco Mundial (Washington D.C.), pronunciado en una

solicitud de arbitraje del demandante, la Fundación española “Presidente Allende”, y el empresario español D. Víctor Pey Casado, propietarios del 90% y 10%, respectivamente, de las empresas chilenas CPP S.A. y EPC S.L., frente al demandado Estado de Chile. El arbitraje se ha llevado a cabo en conformidad con el art. 10.3 del Tratado bilateral de Protección Recíproca de Inversiones suscrito en Santiago entre Chile y España el 2 de octubre de 1991 (TBI o APPI, en vigor desde el 29-03-1994, anexo nº 8 a la Demanda), que radica la resolución de la controversia existente entre el inversor extranjero y el Estado huésped de la inversión en el CIADI, regido por el Convenio de 18-06-1965 (“el Convenio del CIADI”, en vigor desde el 14-10-1966, anexo nº 9 a la Demanda), promulgado mediante DS N° 1304, del Ministerio de RR.EE., de 9 de enero de 1992.

2. El art. 10.3 del BIT España-Chile reenvía al Convenio del CIADI *cuando cada Estado parte en el presente Tratado haya adherido a este*. Chile se ha adherido al Convenio el 25-01-1991, España el 21-03-1994. Por consiguiente, en conformidad con el art. 30.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”), de 23 de mayo de 1969, ratificada por Chile y España, las disposiciones del art. 10.3 del TBI se aplican de acuerdo con las normas del Convenio del CIADI, cuyos arts. 25, 26, 48, 53, 54 dejan claras las cuestiones que están reservadas a, y sólo pueden ser resueltas por, el procedimiento establecido en el Convenio.

3. Normalmente, los laudos arbitrales más comunes se registran y ejecutan en virtud de la Convención de Nueva York y suele aplicarse la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional. En el caso que nos ocupa estas no se aplican, el presente es un asunto diferente. La controversia entre los demandantes y el Estado de Chile en materia de inversiones extranjeras se sometió a arbitraje ante el Tribunal Internacional del CIADI, tiene su fundamento en la violación del art. 4 del TBI que sanciona la denegación de justicia y el tratamiento discriminatorio.

4. El CIADI es una institución internacional creada en 1966 en virtud del Convenio del que tomó su nombre. El Preámbulo expone su finalidad, que establece un acuerdo entre Estados que tiene en cuenta la necesidad de cooperación internacional para el desarrollo económico y el papel que la inversión privada desempeñaba en esa actividad. Pueden surgir litigios entre particulares o empresas que hayan invertido en otros Estados y, aunque a veces esos litigios pueden someterse a procedimientos nacionales, a veces es conveniente resolverlos a nivel internacional.

5. La jurisdicción del Centro (que goza de estatuto internacional e inmunidades en virtud de la Sección 6) se trata en el Capítulo II del Convenio. En el Artículo 25, el Convenio establece *“(I) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el*

Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado",

y el art. 26:

"Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso." (Subrayado añadido).

6. El "Reconocimiento y Ejecución del Laudo" se establece en la Sección 6 del Convenio.

Los Artículos 53, 54 y 55 disponen:

"Artículo 53

(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

(2) A los fines previstos de esta Sección, el término "laudo" incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio (...) como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. (...).

(2) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda."

7. Tanto Chile como España son signatarios del Convenio del CIADI. Esto impone claramente ciertas obligaciones convencionales a ambos Estados Contratantes.

8. Existe un gran número de otros tratados que, por referencia, incorporan los términos del Convenio del CIADI como mecanismo de resolución de disputas. Muchos de ellos son lo que se denomina Tratados Bilaterales de Inversión ("TBI"). Uno de ellos es el citado TBI entre Chile y España de 2 de octubre de 1991, cuyo art. 10(3) establece el arbitraje bajo la jurisdicción del CIADI y, por lo tanto, lo incorpora.

9. Como resultado de este Convenio, el mundo de las inversiones internacionales cuenta con un proceso de arbitraje independiente, administrado por el CIADI desde su sede en EE.UU. y que, de acuerdo con sus normas, gestionará o administrará tanto paneles arbitrales como paneles de conciliación (que no se plantean aquí) para ayudar o lograr la resolución de disputas internacionales entre partes privadas (particulares o, más habitualmente, empresas) y Estados contratantes. Las ventajas de este sistema son evidentes y no es necesario enumerarlas aquí. Si una parte inversora privada tiene éxito tras la remisión al CIADI de una controversia que mantiene con un Estado contratante, el arbitraje dará lugar a un laudo a favor de

dicha parte como si fuera una sentencia firme de la Corte Suprema del Estado Contratante, en este caso de la Excm. Corte Suprema de Chile.

Ello establece, por tanto, el marco convencional internacional en el que se plantean las circunstancias de hecho del litigio entre las partes, el arbitraje y el Laudo. No se plantean en este caso la Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, ni la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, ni la Ley Nº 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional.

10. A este respecto, el Convenio del CIADI difiere significativamente del Convenio de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. El profesor Schreuer, de la Universidad de Viena, máxima autoridad sobre el Convenio del CIADI, reconocida internacionalmente, expone esta posición en su comentario sobre el artículo 54(1):

"El sistema de revisión en virtud del Convenio es autónomo y no permite ninguna revisión externa. Este principio se extiende también a la fase de reconocimiento y ejecución de los laudos del CIADI. Un tribunal o autoridad nacional ante el que se solicita el reconocimiento y la ejecución se limita a comprobar la autenticidad del laudo. No puede reexaminar la jurisdicción del tribunal del CIADI. No puede reexaminar el fondo del laudo. Tampoco puede examinar la equidad y corrección del procedimiento ante el tribunal del CIADI. Esto contrasta con los laudos no dictados por el CIADI, incluidos los laudos del Mecanismo Complementario, que pueden ser revisados en virtud de la legislación nacional y los tratados aplicables. En particular, el Convenio de Nueva York ofrece una lista detallada de los motivos por los que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución..." (Christoph H Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2^a ed (2009), p 1139, párrafo 81).

"La historia de la redacción del Convenio muestra que las autoridades nacionales encargadas del reconocimiento y ejecución no tienen discreción para revisar el laudo una vez que se ha establecido su autenticidad. Ni siquiera el orden público del foro puede constituir un motivo de denegación. La firmeza de los laudos también excluiría cualquier examen de su conformidad con el orden público internacional o el Derecho internacional en general. La observancia del derecho internacional es tarea del tribunal arbitral en aplicación del artículo 42 del Convenio, sin perjuicio de un posible control por un comité ad hoc ... Tampoco cabría la aplicación de la doctrina del Acto de Estado en relación con el reconocimiento y la ejecución de un laudo del CIADI ..." (Schreuer, pp 1140-1141, párrafo 85)

[69]. *Los Estados contratantes no pueden denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo por motivos contemplados en las disposiciones sobre impugnación del propio Convenio (artículos 50 a 52). Tampoco pueden hacerlo por motivos basados en cualquier doctrina general de orden público, ya que en el proceso de redacción se decidió no seguir el modelo de la Convención de Nueva York. Sin embargo, aunque se reconoce que ésta es la posición general en virtud del Convenio, es discutible que el artículo 54, apartado 1, al enmarcar la obligación pertinente en cuanto a la ejecución como una obligación de tratar un laudo dictado en virtud del Convenio como si fuera una sentencia firme de un tribunal local, permita que se opongan a la ejecución otras excepciones disponibles en el Derecho local en relación con dicha sentencia firme.*

[70]. *El principio de que los laudos arbitrales en virtud del Convenio del CIADI deben ser ejecutables en los tribunales de todos los Estados Contratantes y con el mismo rango que una sentencia definitiva de los tribunales locales de esos Estados, como finalmente se estableció en el artículo 54(1), fue una característica desde una etapa temprana en la redacción del Convenio. (...)".*

11. El prof. Schreuer fue citado y aprobado por la Corte Suprema del Reino Unido y, por lo tanto, se considera directamente en la Sentencia de 19-02-2020 en ***Micula c. Rumanía*** que se cita a modo de ejemplo de cómo se interpreta y aplica el Convenio del CIADI, publicada en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11213.pdf>, en la que Sus Señorías del Reino Unido afirman:

"77] Los artículos 50(2), 51(4) y 52(5) contienen disposiciones específicas para suspender la ejecución de un laudo en determinadas situaciones concretas, ninguna de las cuales es aplicable en este caso. (...) Estas suspensiones de conformidad con el Convenio sólo están disponibles en el contexto de la interpretación, revisión y anulación de los laudos a que se refieren dichos artículos. En el presente caso, Rumanía ya ha ejercido y agotado el derecho que le confiere el artículo 52 del CIADI de solicitar la anulación del Laudo. El Comité ad hoc del CIADI confirmó el Laudo el 26 de febrero de 2016."

[El Estado de Chile agotó este derecho al pedir la nulidad de la totalidad del Laudo, que fue desestimada en la Decisión del 1er. Comité *ad hoc* de 18-12-2012 (anexo 7 a la Demanda), que constató la autoridad de cosa juzgada de todo el cuerpo del Laudo excepto lo que disponía el *quantum* de la indemnización pecuniaria, que quedó abierta y se encuentra debatida en esta fecha ante los Tribunales competentes de Europa]

[86]. *Dejando a un lado los Tratados, en las circunstancias del presente caso los tribunales ingleses están obligados, en virtud del artículo 54(1) del Convenio del CIADI, a dar efecto al Laudo a favor de las Demandantes y éste no es un caso en el que se plantee ninguno de los posibles tipos excepcionales de defensa contra la ejecución contemplados por el Sr. Broches y el Profesor Schreuer. Dejando los Tratados fuera del análisis, si el Laudo fuera una sentencia firme de un tribunal inglés se ejecutaría sin duda alguna. Del mismo modo, según la interpretación de [1 Juez] Hamblen LJ del artículo 54(1), que implica el principio de equivalencia, debe seguirse que el Laudo se ejecutaría del mismo modo. (...)".*

12. El efecto de estas disposiciones es situar los laudos del CIADI fuera del régimen normal de ejecución de los laudos arbitrales, incluido el régimen de la Convención de Nueva York, que permite que los tribunales nacionales denieguen el reconocimiento por motivos específicos. En su lugar, el Convenio del CIADI tiene su propio procedimiento interno para la interpretación, revisión y anulación de los laudos. Las solicitudes de anulación son tramitadas por un comité ad hoc, y los motivos de anulación son limitados. A menos que un laudo del CIADI sea anulado de conformidad con este procedimiento, los tribunales de los Estados contratantes están obligados a reconocerlo y ejecutarlo de conformidad con el Art.54 (1).

La reciente decisión de la Corte Suprema del Reino Unido en el asunto ***Micula*** confirma, pues, que el Convenio del CIADI difiere significativamente del Convenio de Nueva York. La

disponibilidad de defensas para un Estado extranjero que se enfrenta a una solicitud de registro de un laudo arbitral en virtud del Convenio del CIADI es mucho más estrecha que las que estarían disponibles si un laudo estuviera siendo ejecutado en virtud de la Convención de Nueva York. El CIADI es un convenio internacional independiente y autónomo. *Micula* deja claro que para que un Estado pueda disponer de una defensa adicional, ésta no debe "solaparse directamente con los motivos de impugnación de un laudo que se atribuyen específicamente a los órganos del Convenio en virtud de los artículos 50 a 52 del Convenio". La jurisdicción del tribunal de ejecución del laudo, y los asuntos cubiertos en la solicitud de anulación del mismo ejercitada en su día por Chile, están claramente dentro de las áreas asignadas a dichos órganos. Están atribuidas exclusivamente en virtud del Convenio del CIADI al propio CIADI. Por lo tanto, Chile no tiene capacidad para desplegar tales defensas ante la Demanda del inversor español.

13. No cabe duda de que el Estado de Chile tiene obligaciones contraídas en virtud del Tratado bilateral con España de protección de inversiones y del Convenio multilateral del CIADI. Sin embargo, aplicando el análisis convencional a las obligaciones convencionales en conflicto, cabe recurrir a la CVDT cuyo artículo 5 establece que la Convención se aplica a todo tratado que sea instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el seno de una organización internacional, sin perjuicio de las reglas pertinentes de la organización. Los artículos 26 a 30 de la CVDT son los siguientes. Los títulos se incluyen en el texto del tratado:

"Artículo 26. "PACTA SUNT SERVANDA Todo tratado en vigor obliga a las partes en él y debe ser cumplido por ellas en buena fe.

*Artículo 27. DERECHO INTERNO Y OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS
Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*

Artículo 30. APLICACIÓN DE TRATADOS SUCESIVOS RELATIVOS A LA MISMA MATERIA

- 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.*
- 2. Cuando un tratado especifica que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.*
- 3. Cuando todas las partes en el tratado anterior son también partes en el tratado posterior pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.*

El Convenio del CIADI debe interpretarse de conformidad con el artículo 31 de la CVDT, y que el punto de partida es que "deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que

haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

14. Como se sostuvo en la Demanda, la Decisión del 2º Comité *ad hoc* del CIADI, de 08-01-2020, que ha puesto fin a la jurisdicción hasta entonces obligatoria del CIADI, ha constatado que

"El Tribunal Original ha concluido [en el Laudo de 08-05-2008] y el Primer Comité [en la Decisión de 18-12-2012] (...) han confirmado y aceptado de manera definitiva que el Sr. Pey era un inversor cuando se consumó la confiscación en 1975 y que los Demandantes eran inversores cuando comenzaron el arbitraje del CIADI en 1997. Al llegar a esta conclusión, (...) han rechazado el argumento de la Demandada según el cual las alegadas inversiones del Sr. Pey cesaron de existir con la confiscación (...) [por el Decreto nº165 de 1975]"¹,

En efecto, el Laudo declara probado (§196) el *shares investment* (la inversión en acciones) en 1972 del empresario español D. Víctor Pey Casado consistente en comprar por USD1.280.000 la totalidad de las acciones de Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (CPP S.A.), de nacionalidad chilena, constituida por escritura de 3 de agosto de 1967 ante el Notario de Santiago de Chile D. Rafael Zaldivar, propietaria a su vez del 100% de las participaciones de la Empresa Periodística Clarín Ltda., constituida el 6 de septiembre de 1955. Así ha concluido, tras detallado estudio, el Laudo cuyo cuerpo y Parte Dispositiva tienen autoridad de cosa juzgada vinculante para el Estado de Chile según ha constado han constatado las Decisiones del 1er Comité *ad hoc* del CIADI, de fecha 18 de diciembre de 2012 , y del 2º Comité *ad hoc* del CIADI, de 8 de enero de 2020 .

Añadimos que en el Laudo de 8 de mayo de 2008 se ha establecido que la adquisición de las acciones de CPP S.A. es lo que constituye la inversión protegida por el Tratado bilateral de Protección Recíproca de Inversiones entre Chile y España, cuyo art. 2.2 protege las inversiones anteriores a su entrada en vigor:

"411. A la vista de lo precedente, el Tribunal concluye que no existía, en el derecho chileno vigente en 1972, una definición establecida del concepto de inversión extranjera, y que la transacción realizada por el Sr. Pey Casado se realizó de conformidad con el derecho chileno aplicable a la misma. En consecuencia, el Tribunal considera que la inversión del Sr. Pey Casado, la compra de acciones de una sociedad chilena perteneciente al sector de la prensa por medio de pagos en divisas extranjeras realizados en cuentas bancarias en Europa, cumple las condiciones impuestas por el APPI, en concreto por sus artículos 1.2 y 2.2".

"525. En opinión del Tribunal, la Fundación ha demostrado que poseía el 90% de las acciones de CPP S. A., que éstas le fueron cedidas por el Sr. Pey Casado mediante escrituras otorgadas entre el 6 de octubre de 1989 y el 27 de mayo de 1990. Dicha transmisión se perfeccionó en la fecha de su inscripción en el Registro de Fundaciones del Ministerio español de Cultura, el 27 de abril de 1990." [Notas omitidas]

¹ **Decisión** del 2º Comité *ad hoc*, §617, y §470, que en la nota 337 reenvía a la Decisión del 1er Comité *ad hoc*, §168 (doc. anexo nº 7 a la Demanda)

537. *En opinión del Tribunal de arbitraje, la Fundación Presidente Allende obtuvo la calidad de ‘inversionista’ en virtud de la cesión de las acciones realizadas a su favor por la primera parte demandante, Sr. Pey Casado.*

538. *Mediante la cesión de las acciones, válida en la fecha de su inscripción en el Registro de Fundaciones del Ministerio español de Cultura, 27 de abril de 1990, el Sr. Pey Casado transmitió una parte de los derechos derivados de la inversión a favor de la Fundación.”* [Notas omitidas. La escritura de cesión de 06-02-1990 obra en el anexo nº 34 a la Réplica de 08-12-2020]

15. Una vez constatado en la inapelable Decisión del 8 de enero de 2020 del 2º Comité *ad hoc* del CIADI que en el Laudo es cosa juzgada que la Fundación es propietaria del 90% de las acciones de las empresas chilenas, aquella ha formulado sin demora, el siguiente 30 de julio, la Demanda de nulidad de derecho público del Decreto nº 165 del Ministerio del Interior de 1975.

16. Por su parte, la sentencia de primer grado ante 17º Juzgado Civil de Santiago (C-11562-2020), confirmada en alzada, en su considerando N°17 constata que conforme a lo decidido en los puntos 537 y 538 del Laudo de 2008, la Fundación demandante adquirió la calidad de inversionista extranjero mediante la cesión de las acciones que le efectuó don Víctor Pey Casado, válida en la fecha de su inscripción en el Registro de Fundaciones del Ministerio Español de Cultura, 27 de abril de 1990.

Esta última conclusión es contraria a lo alegado por el Fisco de Chile para justificar la pretensión de falta de legitimación activa que opuso a la Demanda, la cual se basó en el hecho que constaría en los antecedentes que invoca, y en especial de la “Decisión 43” del Ministerio de Bienes Nacionales que en fecha 28 de abril del año 2000 (dos años y medio después de iniciado el arbitraje) considera que a la fecha del Decreto nº 165 del Ministerio del Interior, de 10-02-1975, don Víctor Pey Casado no era titular de acciones o derechos de dominio sobre el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y Empresa Periodística Clarín Ltda, sino que lo eran terceras personas.

De este modo, agregó la defensa del Estado de Chile ante 17º Juzgado Civil de Santiago, no es posible que el Sr. Pey Casado hubiera transferido derechos o acciones a la Fundación demandante, si no era titular de tales derechos o acciones, por lo que esta última nunca llegó a ser titular de tales derechos y acciones.

Como colofón sostuvo que al no ser la Fundación demandante titular de los derechos y/o acciones sobre el Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y Empresa Periodística Clarín Ltda., no tiene titularidad sobre la acción que le permite obtener la declaración del derecho por el cual demanda, y carece de legitimación activa, por lo que el tribunal debería acoger la excepción interpuesta y rechazar la Demanda en todas sus partes, con costas.

Estas afirmaciones y pretensiones del Fisco constituyen una flagrante violación por parte del Estado de Chile de los citados arts. 26, 53 y 54 del Convenio del CIADI y del art.10.5 del TBI entre Chile y España, un incumplimiento abierto de la obligatoriedad del Laudo y de la autoridad de cosa juzgada de la conclusión -relativa a la “Decisión 43” y las terceras personas- en virtud de la cual el Estado de Chile ha sido condenado por el Tribunal Internacional de Arbitraje:

“674. En resumen, en este caso concreto, al conceder compensaciones -por razones que sólo ella conoce y siguen sin explicarse- a personas que, según el Tribunal de arbitraje, no eran propietarias de los bienes confiscados, y al paralizar o rechazar las reivindicaciones del Sr. Pey Casado referentes a los bienes confiscados, la República de Chile cometió una manifiesta denegación de justicia y se negó a tratar a las Demandantes de manera justa y equitativa.”

“X. PARTE DISPOSITIVA. Por estos motivos. El Tribunal de arbitraje, por unanimidad, 1. decide que es competente para conocer del litigio entre las Demandantes y la República de Chile; 2. constata que la Demandada ha violado su obligación de garantizar a las Demandantes un tratamiento justo y equitativo, incluida la obligación de abstenerse de toda denegación de justicia;

II.- PRIMER CAPÍTULO DE NULIDAD FORMAL.- ULTRA PETITA

17. Como se puede apreciar de la enunciación previa relativa a los antecedentes de la causa, la excepción o alegación de falta de legitimación activa esgrimida por la demandada, tenía por causa el hecho que la Fundación demandante no habría adquirido en 1990 el dominio de las acciones de la sociedad disuelta por el acto cuya nulidad se persigue, pues quien le cedió las mismas, esto es, don Víctor Pey Casado, no habría sido su dueño o titular.

Es decir, la demandada, esto es, el Estado de Chile, nunca puso en duda o cuestión el hecho que de haber sido el cedente efectivamente propietario de las acciones, la Fundación cesionaria habría poseído legitimación activa bastante y suficiente para impetrar la nulidad del decreto en cuestión.

Pues bien, ocurre que tal y como lo constata el considerando 17 del fallo de primer grado confirmado en alzada, se encuentra zanjado y resuelto con autoridad de cosa juzgada por el laudo de 2008, que era don Víctor Pey el propietario de dichas acciones, y que la cesión efectuada por éste a la Fundación el 06-02-1990 fue perfectamente válida y produjo plenos efectos jurídicos.

Siendo así, la sentencia debió necesariamente rechazar la excepción o alegación de falta de legitimación activa, por cuanto la causa en que se fundó la misma quedó desacreditada.

18. Sin embargo, incurriendo en el vicio denunciado y en violación de los arts. 26, 53 y 54 del Convenio del CIADI, del art. 10.5 del TBI entre España y Chile, y de la autoridad de cosa juzgada del cuerpo y la Parte Dispositiva del Laudo en que la cesión del 90% de las acciones empresariales a la Fundación ha conllevado la de la integridad de los derechos personales de D.

Víctor Pey como inversor protegido por el TBI, y afectado, por consiguiente, por el meritado Decreto nº 165, de 1975, que disolvió las empresas cuyas acciones eran de su propiedad desde 1972 como establece el Laudo a todos los efectos inherentes, la sentencia muta la causa, y concluye que no hay legitimación activa, por cuanto según el considerando N°20 de la sentencia de primera instancia confirmada por la de segundo grado, don Víctor Pey Casado, si bien habría sido el dueño de las acciones y cedido la calidad de inversionista, aquello no comprendió lo que se denomina como acciones o derechos personales, cuestión que habría sido necesario en criterio de los jueces del fondo para revestir a la actora de la legitimación para incoar la acción de nulidad.

19. Resulta nítido, además, que a la sentencia le estaba vedado alterar la causa de pedir la falta de legitimación activa, y fundarse en un hecho distinto al alegado por la demandada, por lo que al hacerlo, incurrió en el vicio denunciado, y es motivo para anular el fallo, pues de no haber haberse extendido a resolver cuestiones distintas a las controvertidas por las partes, se debería haber desechado la alegación de falta de legitimación activa, y pronunciado acerca del fondo de la nulidad impetrada.

III.- SEGUNDO CAPÍTULO DE NULIDAD FORMAL.- FALTA DE CONSIDERACIONES DE HECHO Y DERECHO

20. La jurisprudencia ha determinado que una de las hipótesis en que una sentencia puede incurrir en el vicio consistente en carecer de consideraciones de hecho y derecho, conforme a lo previsto en el N°4 del artículo 170 del mismo Código de forma, consiste en que posea motivaciones contradictorias o confusas, pues considerandos que contengan argumentaciones contradictorias podrían anularse, lo que eventualmente podría privar a la sentencia que los contenga de todas o algunas de sus motivaciones.

Ocurre que esto es precisamente lo que ocurre con la sentencia de marras en lo concerniente a los análisis y reflexiones que formula respecto al objeto de la cesión del 90% de las acciones de CPP S.A. y EPC Ltda. que efectuó don Víctor Pey Casado a la Fundación española Presidente Allende el 6 de febrero de 1990.

Por un lado, y como se dijo, en el considerando 17º se reconoce que don Víctor Pey Casado era el dueño de las acciones de Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (propietario a su vez de Empresa Periodística Clarín Ltda), y que cedió válidamente a la Fundación Presidente Allende – España, el dominio de las mismas y la calidad inherente de inversionista extranjero bajo la protección del TBI, pero de manera inexplicable y confusa, en el considerando vigésimo se afirma que sin embargo, no se transfirió el ejercicio *de las acciones personales* del señor Pey.

Es evidente que al sostener una y otra cosa a la vez, sin explicar cuáles serían las denominadas acciones personales que se debieron transferir para revestir al titular de legitimación activa, y la diferencia entre la cesión de éstas, versus la cesión de las acciones y de la calidad de inversionista extranjero, se genera una completa confusión e imposibilidad de comprender las razones jurídicas por las cuales se colige que la Fundación carece de legitimación. Sin perjuicio de la violación del Convenio, del TBI y de la cosa juzgada.

Si la sentencia hubiere despejado este enigmático razonamiento, no incurriendo en las aparentes contradicciones denunciadas, o justificando de manera suficiente los motivos por los cuales la cesión de la propiedad de las acciones y calidad de inversionista extranjero resultaban insuficientes, habría llegado a una conclusión diametralmente diversa, ya que ninguna duda cabe en orden a que para un inversionista extranjero no puede resultar indiferente el hecho de ser propietario de acciones de una sociedad disuelta, en vez de una sociedad vigente, y de ahí surge, amén de otras consideraciones, un interés jurídico manifiesto que lo asiste para impetrar la declaración de nulidad, resultando impertinente exigir algo más para reconocerle la cuestionada legitimación activa.

IV.- TERCER CAPÍTULO DE NULIDAD. COSA JUZGADA

21. Como reconoce la sentencia impugnada en el considerando décimo sexto, es cosa juzgada el hecho que la demandante adquirió las acciones del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (propietario a su vez de Empresa Periodística Clarín Ltda), y calidad de inversionista extranjero, por cesión que le hizo en 1990 don Víctor Pey Casado.

Es también cosa juzgada e incontrovertible que el Estado de Chile fue condenado por haber violado su obligación de garantizar a don Víctor Pey Casado y a la Fundación que representó, un tratamiento justo y equitativo como inversionista extranjero, incluida la obligación de *abstenerse de toda denegación de justicia*.

Pues bien, aunque resulte inaudito, lo decidido en la sentencia impugnada importa incurrir en una nueva y palmaria denegación de justicia, vulnerando así la autoridad de cosa juzgada del Laudo de 2008 e infringiendo los arts. 26, 53, 54 y 69 del Convenio y el art. 10.5 del TBI Chile-España.

Es importante destacar en este sentido, que conforme a lo constatado por el 2º Comité *ad hoc* del CIADI en su Decisión de 08-01-2020 (§616):

“El Tribunal Original, el Tribunal de Nueva Sumisión, el Primer Comité, los Demandantes y la Demandada coinciden en que las expropiaciones llevadas a cabo en

1973 y 1975 por el régimen militar eran ilegales e inconstitucionales y justificaban una indemnización de acuerdo con el derecho chileno”.

Asimismo, esta Decisión del 2º Comité *ad hoc* advierte que (§298):

“los dos tribunales han exhortado a Chile a que indemnice a los Demandantes y a restablecer la legalidad y reparar los daños causados por el régimen militar habida cuenta de la ‘invalidz de las confiscaciones’. El Tribunal original no tiene ninguna duda ni sobre la ilegalidad de la expropiación según el derecho chileno ni sobre el derecho a indemnización según el derecho chileno”. (Énfasis añadido).

Y el art. 69 del Convenio del CIADI dispone:

“Los Estados Contratantes tomarán las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones de este Convenio tengan vigencia en sus territorios.”

En las condiciones descritas, al negarse a emitir pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión de mi parte, desconociéndole el interés que le asiste como inversionista extranjero propietario del 90% de las acciones de unas compañías que están disueltas hasta el día de hoy por un acto vicioso de la autoridad de 1975, implica desconocer la autoridad de cosa juzgada que tiene el fallo arbitral invocado donde sí se le reconoce ese interés, pues de otra forma la demanda de arbitraje se habría desestimado, e importaría una nueva y flagrante denegación de justicia por el Estado de Chile desconocerle la legitimidad activa.

De haberse respetado la autoridad de cosa juzgada substancial que emana del laudo de 2008, jamás se habría podido desestimar la Demanda a pretexto de una falta de interés, por cuanto no es compatible reconocer que la Fundación adquirió las acciones y que aquello configura su calidad de inversión e inversor extranjero protegida por el tratado de protección recíproca de inversiones vigente entre Chile y España, tal como lo estableció ese laudo, y a su vez sostener que no obstante aquello, ningún interés tiene para anular un acto que disuelve la sociedad de cuyas acciones es propietaria la Fundación.

Como enfatiza la Decisión de 08-01-2020 del 2º Comité *ad hoc* del CIADI en su §617:

“los dos tribunales [en 2008 y 2015] y el Primer Comité [en 2012] han rechazado el argumento de la Demandada según el cual las alegadas inversiones del Sr. Pey cesaron de existir con la confiscación” [por el ilegal Decreto nº 165, de 1975]

V.- INFLUENCIA DE LOS VICIOS EN LO DECISORIO

22. Como se puede apreciar, todos estos vicios denunciados han tenido influencia sustancial en lo decisorio, pues de haberse limitado a emitir pronunciamiento acerca de la cuestión

controvertida entre las partes, fundado y razonado adecuadamente sus conclusiones, y respetado la plena autoridad de cosa juzgada que emana del laudo arbitral de 2008, necesariamente se habría tenido que rechazar la excepción o alegación de falta de legitimación activa, y librado dictamen respecto del fondo, declarando la nulidad impetrada, por cuanto existe consenso entre las partes, y los jueces del fondo tampoco parecen dudar, acerca de la inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto Supremo N°165.

POR TANTO

A V.S.I. RUEGO: Se sirva tener por interpuesto recurso de casación en la forma contra la sentencia definitiva de segunda instancia, concederlo, y elevar los autos para ante la Ilustrísima Corte Suprema, a objeto que dicho tribunal anule el fallo impugnado, y dictando sentencia de reemplazo decida revocar la sentencia definitiva de primera instancia, y acoger la Demanda de nulidad de derecho público impetrada por mi representada, con costas.

Primer otrosí: Que siendo parte agraviada y encontrándome dentro de plazo legal, vengo en interponer fundado Recurso de Casación en el Fondo, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia dictada en estos autos por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 07 de Junio de 2023, confirmando en todas sus partes la sentencia definitiva de primer grado, por cuanto ésta parte estima que ha sido pronunciada con infracción de ley y esa infracción ha influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, conforme se explica acto seguido:

I.- LA SENTENCIA IMPUGNADA

23. La sentencia pronunciada contra la cual se deduce el presente recurso, es del siguiente tenor:

*“Santiago, siete de junio de dos mil veintitrés.
A los escritos folios N°s 19, 20 y 21: Téngase presente.
Vistos:*

I.- En cuanto a la apelación interpuesta en el ingreso N°8578-2021. Atendido el mérito de los antecedentes y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de treinta de junio del año dos mil veintidós, dictada por el 17º Juzgado Civil de Santiago.

II.- En cuanto a la apelación deducida en el ingreso N°17136-2022. Se reproduce la sentencia en alzada y sin que los instrumentos acompañados en esta instancia permitan modificar lo ya decidido. Y teniendo además presente:

Primero: Que conforme lo sostiene la jurisprudencia y doctrina, en materia de nulidad de derecho público, y en general, en sede contenciosa administrativa, sólo están habilitados para impugnar un acto administrativo, aquellos que demuestren un vínculo concreto con aquel, consistente en la afectación de un derecho subjetivo, o de un interés especialmente relevante, excluyéndose, de esta manera, la posibilidad de considerar que la acción materia de autos, ostente la naturaleza de acción popular que otorga legitimación general para litigar.

Segundo: Que, en efecto, conforme fluye del inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República, la legitimación activa en contra del Estado, le corresponde a aquel que reclama la existencia de una lesión en sus derechos, precepto desde el cual, la jurisprudencia ha ido precisando el ámbito de comprensión de la titularidad procesal. Ello es, además, compatible con uno de los elementos basales de la noción de nulidad, esto es, el principio de trascendencia, en virtud del cual, no hay nulidad sin perjuicio, el cual, a su vez, debe ser "...cierto, concreto, real y sólo puede decir relación con el interés jurídico explicitado en la defensa esgrimida en autos, para lo cual no sólo se debe atender a lo resolutivo de la sentencia, sino que al efecto de ella" (como lo refiere el profesor José Manuel Díaz de Valdés, en su artículo "Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema sobre la Nulidad de Derecho Público", en Revista Actualidad Jurídica, N° 45, enero 2022).

Tercero: Que, precisando aún más el asunto, la Corte Suprema ha señalado la existencia de una definición específica de legitimación activa en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo, en cuanto "...situación jurídica subjetiva derivada de la relación jurídica que se establece entre un sujeto de derecho y la Administración Pública con ocasión de un acto administrativo, por ser dicho sujeto de derecho el destinatario del acto o por encontrarse en una particular situación de hecho frente a la conducta de la Administración, que hace que el ordenamiento jurídico proteja particularmente su interés en la legalidad de la actividad administrativa", concluyendo de ello, que en esta sede, sólo ostentan legitimación para accionar de nulidad de derecho público, los sujetos que hayan sido directamente afectados por el acto administrativo cuestionado (como se dispuso en los antecedentes Rol N°3011-2006 de la Corte Suprema, citado por el profesor Díaz de Valdés, en obra antes citada). De esta manera, se coincide con la conclusión de la jueza a quo, en el sentido que la parte demandante no logró acreditar la existencia a su favor de una posición que le otorgue legitimación procesal activa, en el sentido de asistirle un derecho subjetivo o interés especialmente relevante, de carácter legítimo, personal y directo, que diga relación con un perjuicio cierto, real y concreto.

Y de conformidad con lo previsto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia en alzada, dictada con fecha treinta de junio de dos mil veintidós por el Decimoséptimo Juzgado Civil de Santiago. Regístrese y devuélvase. N°8578-2021 Civil (Acumulada al ingreso N° 17136-2022 Civil)."

24. Como se puede apreciar, este fallo confirma en todas sus partes la sentencia de primera instancia, haciendo suyos todos los yerros de derecho en que incurre la primera, y limitándose a formular elucubraciones abstractas con relación a los requisitos fijados por la doctrina y jurisprudencia para determinar la existencia de un interés jurídico que habilite a pedir la nulidad de derecho público de un acto administrativo o de la autoridad.

II.- NORMA LEGALES INFRINGIDAS

25. La sentencia impugnada vulneró el artículo 1683 del Código Civil, 4º y 5º de la Ley N°18.575, 53º y 54º de la Ley N°19.880, además de los artículos 6º, 7º, y 38 de la Constitución Política del Estado, así como los citados arts. 26, 53, 54 y 69 del Convenio del CIADI y el art. 10.5 del TBI entre España y Chile, que también forman parte del sistema legislativo positivo de la República de Chile.

III.- FORMA EN QUE SE HAN PRODUCIDO LOS ERRORES DE DERECHO DENUNCIADOS

26. El artículo 1683 del Código Civil, al igual que los artículos 4º y 10º de la Ley N°18.575, y 43º y 54º de la Ley N°19.880, consagran el derecho de todas las personas afectadas o dañadas en sus derechos subjetivos por un acto administrativo, o que tenga un interés jurídico comprometido por dicho acto, para instar, incluso ante las instancias jurisdiccionales, por la invalidación del mismo.

El mismo derecho a obtener una tutela judicial efectiva es reconocido directamente por el artículo 38 de la Constitución Política del Estado.

Dice el citado artículo 1683 del Código Civil:

“La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello,.....”.

Por su parte, los artículos 4º y 10º de la Ley N°18.575 disponen que:

“Artículo 4º.- El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”

*“Artículo 10º.- Los actos administrativos **serán impugnables** mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, **sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.”***

En igual sentido, los artículos 53º y 54º de la Ley N°19.880 establecen que:

*“Artículo 53. Invalidación. La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, **invalidar los actos contrarios a derecho**, previa audiencia del **interesado**, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto. La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada. El acto invalidatorio será siempre impugnable ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario.*

“Artículo 54. Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba

entenderse desestimada. Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifíque el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo. Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión.”

27. Finalmente, el artículo 38 de la Constitución consagra en su inciso segundo que “*Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.*”

28. Conjugando todas estas normas legales, nuestra doctrina y jurisprudencia, tal y como recoge el propio fallo impugnado, han entendido que se encuentran habilitados para impugnar un acto administrativo, aquellos que demuestren un vínculo concreto con aquél, consistente en la afectación de un derecho subjetivo, o de un interés especialmente relevante.

29. El yerro de la sentencia cuya invalidación se persigue estriba en que no obstante concordar en la normativa que regula esta materia (excepto en el Convenio y el TBI, cuya vigencia e imperatividad ignoran palatinamente), y sobre cuya base cabe decidir si mi parte posee legitimación activa para pedir la declaración de nulidad, se incurre en una falsa aplicación de todas estas leyes, en la medida que si bien los jueces del fondo, en abstracto parecen entender rectamente el alcance de todas estas normas, las aplican al caso sub-lite llegando a conclusiones jurídicas totalmente contrarias a las que dichas leyes correctamente aplicadas conllevan.

30. En efecto, es un hecho que de la causa, debidamente establecido y ponderado por los jueces del fondo que mi representada es la propietaria del 90% las acciones de Consorcio Publicitario y Periodístico S.A., titular a su vez de Empresa Periodística Clarín Ltda, y que ambas compañías fueron afectadas por la dictación del Decreto Supremo N° 165 del año 1975 del Ministerio del Interior, en la medida que este último disolvió a las dos.

Siendo así, lo primero que cabe constatar es que existe un vínculo concreto entre mi parte y el acto cuya invalidación se persigue.

Este vínculo viene dado por el hecho que fuera de toda discusión, para el propietario actual del 90% de las acciones de ambas compañías, según el Laudo, no puede ser indiferente que estas últimas se hallen disueltas.

31. Por lo mismo, aun cuando la confiscación fuese un hecho afinado al momento de haber adquirido las acciones en 1990, lo cierto es que mi representada posee un interés jurídico actual

y relevante en que se remueva del ordenamiento jurídico el acto vicioso, y prive así de sus efectos jurídicos, ya que siendo un inversionista extranjero protegido por el TBI entre Chile y España, cuya inversión está materializada precisamente en la propiedad de esas acciones, tiene interés y derecho a que dichas compañías sigan vigentes y puedan reanudar su giro, o disponer a su arbitrio el momento y forma en que cabe disolverlas y liquidarlas.

De lo contrario, se priva indebidamente a mi representada de los derechos que a cualquier persona le confiere la calidad de accionista de una compañía.

32. No puede ser entonces más claro o nítido el interés jurídico y legitimación activa de mi representada para instar por la nulidad del decreto impugnado, y el único motivo por el cual los jueces del fondo concluyeron lo contrario, se explica por una falsa aplicación de las normas legales y de los Tratados que se han singularizado y cuya infracción se denuncia.

33. Las infracciones anteriores se tradujeron también en una infracción de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República vigente, con relación a los artículos 4°, 10 N°10, 72°, y 80° de la Constitución Política del Estado de 1925, pues conforme a estas cuatro últimas normas, vigentes al momento de dictarse el decreto irritó, estaba fuera del alcance de las atribuciones del poder ejecutivo, del Presidente de la República, y de los Ministros de Estado, invadir las facultades del poder judicial, confiscar bienes, o disolver sociedades, por lo que correspondía aplicar en la especie lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política actualmente vigente y anular el Decreto N°165, lo que no se hizo, dejando así de aplicar el derecho.

IV.- INFLUENCIA DE LOS VICIOS EN LO DECISORIO

34. Si los jueces del fondo hubieran dado una debida aplicación a las normas legales y los Tratados internacionales vinculantes cuya infracción se denuncia, se habría colegido que mi representada sí poseía un interés jurídico o derecho comprometido o afectado por el Decreto cuya nulidad se pidió, y conforme a lo dispuestos en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de Estado, se habría acogido la Demanda y declarado la nulidad de derecho público del Decreto N°165 del año 1975 del Ministerio del Interior, todo lo cual demuestra la sustancial influencia de los vicios o errores de derecho en lo decisorio.

POR TANTO

A V.S.I. RUEGO: Se sirva tener por interpuesto recurso de casación en el fondo contra la sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 7 de junio de 2023, concederlo, y elevar los autos para ante la Excelentísima Corte Suprema a objeto que dicho tribunal anule la sentencia impugnada, y dictando otra de reemplazo, revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar decida que se acoge la Demanda de nulidad de derecho público presentada por mi representada en todas sus partes, con costas.

Segundo otrosí: En mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión asumo personalmente al patrocinio de los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en lo principal y primer otrosí de este escrito.