

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

**VICTOR PEY CASADO Y FUNDACIÓN ESPAÑOLA
PRESIDENTE ALLENDE CONTRA LA REPÚBLICA DE CHILE**

Caso N° ARB/98/2/N

DÚPLICA A LA RÉPLICA DE NULIDAD

DEL LAUDO DE 8 DE MAYO DE 2008

que las partes Demandantes someten al Comité *ad hoc*.

Presentada por el Dr. Juan E. Garcés (Garcés y Prada, Abogados, Madrid),
representante de las partes Demandantes, con la colaboración de los letrados
Me Carole Malinvaud, Me. Alexandra Muñoz (Gide, Loyrette, Nouel, Paris),
Mr. Samuel Buffone (BuckleySandler LLP, Washington D.C.)

Washington, 28 de febrero de 2011

INDICE

I. LA DEMANDA DE NULIDAD DE LA REPÚBLICA DE CHILE NO TIENE FUNDAMENTO.....	12
1. LOS FUNDAMENTOS DE NULIDAD RELATIVOS A LA CONDUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE	18
1.1 El pretendido derecho a « contra-interrogar » al Demandante señor Pey	18
1.2 La pretendida inobservancia del trato justo y equitativo de la República de Chile al pedir la comunicación de documentos.....	19
1.3 La pretendida parcialidad del Tribunal de arbitraje.....	22
2. LOS FUNDAMENTOS DE NULIDAD DE LOS PUNTOS 1 A 7 DE LA SENTENCIA	24
2.1 Los fundamentos de nulidad relativos a la competencia del Tribunal de arbitraje.....	24
2.1.1 El derecho de propiedad del señor Pey Casado sobre las acciones de CPP SA y EPC Ltda : la condición de inversión en el sentido de la Convención	24
(a) El Tribunal no se ha extralimitado en sus facultades al calificar como contrato de compra-venta la transacción entre el señor Pey y el señor Sainte-Marie	25
(b) El Tribunal de arbitraje ha aplicado el derecho chileno a la cuestión de la transferencia de las acciones	27
2.1.2 La nacionalidad española exclusiva del señor Pey Casado : la condición de nacionalidad en el sentido de la Convención.....	29
(a) El Tribunal de arbitraje no ha invertido la carga de la prueba	29
(b) El Tribunal ha aplicado a la determinación de la nacionalidad del señor Pey el derecho chileno, del que forma parte la CDN, y los principios pertinentes del derecho internacional.....	33
(c) El Tribunal de arbitraje ha motivado su decisión sobre la renuncia del Sr. Pey a la nacionalidad	40
2.1.3 Las condiciones del consentimiento en el sentido del API : la existencia de una inversión.....	42
(a) El Tribunal de arbitraje ha calificado la inversión del señor Pey de inversión extranjera según el derecho chileno	42
(b) La pretendida «desaparición » de la inversión del señor Pey.....	46
2.2 Los fundamentos de nulidad relativos a las violaciones por la República de Chile de las disposiciones del API : la denegación de justicia y el trato justo y equitativo	51
2.3 Los fundamentos de nulidad relativos al cálculo del daño	58
II. LA EXTRALIMITACION MANIFIESTA DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL SOBRE UNA PARTE DEL 8° PUNTO DEL FALLO DEL LAUDO EN EL SENTIDO DEL ARTICULO 52(1)(B) DE LA CONVENCION	61
1. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE NULIDAD PARCIAL.....	61

2.	LA EXTRALIMITACION MANIFIESTA DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE	66
----	---	----

III. LAS COSTAS DEL PROCEDIMIENTO 70

1.	GASTOS DEL INCIDENTE SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE NULIDAD	70
----	--	----

2.	GASTOS DEL INCIDENTE SOBRE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL LAUDO ARBITRAL.....	71
----	--	----

3.	GASTOS DEL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD	72
----	---	----

IV. CONCLUSION..... 73

DOCUMENTOS ANEXOS 75

1. De conformidad con la Resolución Procesal N ° 1, los Demandantes en el arbitraje (en lo sucesivo, "Demandantes") tienen el honor de presentar la Dúplica (en adelante la Dúplica) a la Réplica (en adelante la "Réplica") de la República de Chile (o la "Demandada"), presentado el 23 de diciembre de 2010.
2. En primer lugar, antes de responder a los argumentos en que la República de Chile apoya su demanda de nulidad, los Demandantes impugnan la actitud de Chile en la traducción al español de su Réplica. En efecto, al enviar esta versión al Centro - *Réplica de anulación* - la República de Chile ha indicado que sólo la versión en inglés es auténtica¹, haciendo caso omiso no sólo de las normas del Centro y de lo acordado entre las partes durante la vista oral del 29 de enero 2010, sino, sobre todo, impidiendo, en la práctica, al demandante Sr. Pey participar en la preparación de la Dúplica². Como indicáramos al Comité *ad hoc* durante la vista oral de enero de 2010, el Sr. Pey no entiende el inglés y, ante la afirmación de la demandada no puede propiamente confiar en la traducción comunicada en español. Es en previsión de estas dificultades, entre otras, que los demandantes se habían opuesto a la introducción de un nuevo idioma en el proceso.
3. Dicho esto, los Demandantes observan que la República de Chile ha optado de nuevo por una Réplica de enorme longitud, ha elegido repetir sus argumentos, así sean inexactos o infundados, sin realmente responder a los de los Demandantes, haciendo suyo el adagio "*repetir es probar*". En el marco de esta estrategia, ha optado por ignorar, cuando no deformar, algunos de los argumentos del Laudo y/ o de los demandantes, contentándose en afirmar que su recurso no es una apelación.
4. El Comité *ad hoc* no se dejará distraer de lo esencial por planteamientos fuera de lugar o no pertinentes.
5. En la Dúplica los Demandantes resisten la tentación de responder a cada argumento de la Demandada, sobre todo cuando ésta se contenta con reafirmar sus pretensiones sin aportar fundamentos distintos de los formulados en la Demanda. Ello no significa reconocer la pertinencia o aceptar las afirmaciones de Chile, muy por el contrario. Los Demandantes por lo tanto objetan todos los argumentos, declaraciones o reclamaciones presentadas por la República de Chile en la Réplica que no hubieren identificado y aceptado expresamente a continuación. Se acompaña en los anexos DP-A-, DP-B y DP-C un comentario más detallado sobre las *specific bases for annulment*. La inconsistencia de éstas conlleva la de los

¹ El 6 de enero de 2011 la República de Chile presentó una *Réplica de anulación* en la que indica "*Spanish Translation; English language shall govern*"

² Durante la vista oral del 29 de enero 2010 los Demandantes señalaron al Comité *ad hoc* que "*el Sr. Pey desempeña un papel muy importante en nuestros trabajos, en nuestro equipo, y ocurre que no comprende el inglés. Cualquier comunicación hecha en lengua inglesa nos obligaría a hacer, por nuestra parte, un esfuerzo de traducción para que pueda seguir el procedimiento* " (transcripción al castellano de la vista oral sobre procedimiento del 29 de enero de 2010, página 40, líneas 24 y siguientes, y página 47)

correlativos motivos de nulidad, la refutación de esas bases se aplica asimismo a todos y cada uno de los motivos de nulidad que de las mismas derivan, sin necesidad de repetirnos.

6. Los Demandantes se centrarán en lo esencial, a saber, que contrariamente a la afirmación de Chile, el presente recurso carece de fundamento y constituye una apelación (I). Para ello los Demandantes seguirán el mismo plan que en su Respuesta³ a fin de evitar repeticiones y permitir al Comité *ad hoc* seguir el razonamiento del Tribunal de arbitraje, pues la primera misión del Comité es, más allá de comprobar el respeto de las reglas fundamentales del procedimiento, la de asegurarse de la integridad del Laudo al analizar el razonamiento seguido por los árbitros para tomar su decisión.

7. Por ello recordaremos que el procedimiento no ha sido alterado por el incumplimiento de ninguna regla fundamental de procedimiento, *a fortiori* por ningún incumplimiento grave. Además, contrariamente a la afirmación de la República de Chile, el Tribunal de arbitraje no ha sobrepasado el marco establecido por el Convenio del CIADI al reconocerse competente ni al condenar a la República de Chile por incumplir sus obligaciones -en el marco del Acuerdo de protección de inversiones (API)- respecto al Sr. Pey Casado y la Fundación española Presidente Allende.

8. También se demostrará que el Tribunal de arbitraje:
 - ha aplicado las normas legales aplicables, en particular las del derecho chileno pertinentes para decidir que concurren las condiciones sobre nacionalidad e inversión del Convenio del CIADI y del API sobre competencia del Tribunal
 - no se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades al reconocer su competencia;
 - ha hecho un considerable trabajo de análisis y redacción al enunciar el razonamiento que le condujo a su decisión.

9. En una segunda sección, los Demandantes explicarán por qué su demanda de nulidad parcial del Laudo es admisible y fundada (II) y, finalmente, debatirán la cuestión de las costas de un recurso de nulidad (III).

10. Como cuestión preliminar, los Demandantes constatan que la demanda de nulidad de Chile es una continuación de sus maniobras y constituye "*una Truffa processuale*"⁴.

³ La República de Chile reprocha a media voz la opción de los Demandantes de seguir un plan que se corresponda con la estructura del Laudo (ver Réplica §6). Sin embargo, ese mismo plan es el que había adoptado la Demandada en su Demanda de nulidad

⁴ Término italiano que significa *fraude procesal* (esp.) o *fraude de la procédure* (fr.)

11. Como se ha puesto en evidencia muchas veces durante el procedimiento que culminó en el Laudo de 8 de mayo de 2008, desde que le fuera comunicada la Demanda de arbitraje, el 7 de noviembre de 1997, la delegación chilena ha ignorado las obligaciones del Estado chileno tratando de impedir el acceso de los inversores españoles al arbitraje por todos los medios imaginables, lícitos o no, los que conllevan consecuencias equivalentes a la confiscación del derecho al arbitraje⁵. El fraude que supone la operación alrededor de la Decisión N° 43 ha sido uno de sus cimientos, imaginando la Demandada que por ese medio se libraría de cualquier condena.
12. El recurso constante a tales procedimientos a lo largo del arbitraje ha llevado a los Demandantes a plantear objeciones y protestas, hasta tal extremo la influencia de esas maniobras ha pesado sobre el procedimiento, multiplicando durante más de diez años pistas y obstáculos falsos. Su resumen hasta el 19 de septiembre 2005 obra en el anexo CN180f. Las maniobras de Chile han llevado también a los Demandantes a solicitar al Presidente del Consejo administrativo del Centro que levante la inmunidad del árbitro designado por la Demandada, por violación de las obligaciones establecidas en los artículos 6(2)⁶ y 15(1)⁷ del Reglamento de Arbitraje, y en el artículo 44⁸ de la Convención de Washington⁹. El Presidente del Consejo Administrativo del CIADI respondió el 19 de abril de 2007¹⁰:

Hemos tomado nota de las razones expuestas en su comunicación y de la seriedad de las mismas por lo que procederíamos con la mayor diligencia respecto a su solicitud en el momento procesal oportuno para plantearla, esto es cuando hayan expirado los plazos para ejercer los recursos previstos en el Convenio en contra del laudo del Tribunal.

13. El Comité *ad hoc* constatará que la conducta dilatoria y poco cooperativa de Chile ha continuado durante el procedimiento del recurso de nulidad.¹¹

⁵ La posibilidad de expropiar el derecho al arbitraje, una variante de la denegación de justicia y del abuso de derecho, ha sido aceptada en el Laudo de 30 junio de 2009 *Saipem SpA c/ Bangladesh*, CIRDI No. ARB/05/7, pronunciado por los Profesores G. Kaufmann-Kohler, Ch. H. Schreuer y Sir Ph. Otton, pp.121-122, 149-191, accesible en http://ita.law.uvic.ca/documents/SaipemBangladeshAwardJune3009_002.pdf

⁶ « *Me comprometo a mantener con carácter confidencial toda la información que llegue a mi conocimiento a consecuencia de mi participación en este proceso, así como del contenido de cualquier laudo que este Tribunal dicte* »

⁷ « *Las deliberaciones del Tribunal se realizarán en privado y permanecerán secretas* ».

⁸ « *Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo de las partes, de conformidad con las Reglas de arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje* ».

⁹ Anexo DP42f

¹⁰ Anexos DP43f y DP44f

¹¹ Los miembros del Comité *ad hoc* tienen presente la tardía presentación del Decreto Supremo n°111 de 21 de abril de 2008, al que Chile ha atribuido la autorización de depositar el recurso de nulidad de 5 de septiembre de 2008. El Comité tiene igualmente presente que ese Decreto fue desvelado durante la vista oral del 29 de enero de 2010, después que los Demandantes hubieran terminado su intervención, a pesar de haber pedido éstos, al comenzar la vista, que exhibieran la referida autorización. Esa vista se celebró, por lo demás, después de numerosos intercambios escritos entre las partes, iniciados inmediatamente después del 5 de septiembre de 2008. Además, la Demandada ha presentado ese Decreto como un documento confidencial y logró que el Comité aceptara censurar una gran parte del mismo. Esto fue una mascarada, como los Demandantes

14. Desde antes que la Demanda de arbitraje fuera registrada el 24 de abril 1998, la República de Chile ha mantenido que no aceptaría un laudo arbitral que le condenara. El presente recurso de nulidad se impone tanto más cuanto que la condena se apoya en la Decisión N° 43 de 28 de abril de 2000, un acto administrativo adoptado por la Demandada dirigido a poner fin al procedimiento.
15. Por estas razones la República de Chile sostiene la nulidad íntegra del Laudo, incluso cuando las posiciones doctrinales y las decisiones jurisprudenciales en las que funda sus pretensiones no son susceptibles, en su mayor parte, de aplicación; sus afirmaciones son en gran medida contradichas por los documentos y argumentos jurídicos que obran en expediente, y las normas que la República de Chile pretende que son aplicables no lo son. A modo de ejemplo, el Comité *ad hoc* observará:

-Que en los párrafos 280 y siguientes de la Réplica, sobre el derecho a renunciar a la nacionalidad chilena, la República de Chile afirma que el Tribunal habría especulado sobre las razones que llevaron a la reforma constitucional de 2005, cuando su razonamiento se apoya en la intervención de los Demandantes durante la vista oral celebrada de enero de 2007 y que contradice las declaraciones hechas por el presidente del Tribunal Constitucional de Chile¹²;

- Que la Demandada ni siquiera menciona el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N°

demonstraron ulteriormente, cualquier persona puede solicitar libremente ese Decreto a la administración chilena

¹² Ver la refutación de los pp. 280 a 282 de la Réplica del 22.12.2010 en el extracto de la intervención de los Demandantes durante la vista oral del 15 de enero 2007: "(...) *Ahora bien, el Sr. Presidente del [Tribunal Constitucional] para sostener su tesis nos ha leído esta mañana un texto del experto de Chile Sr. Nogueira. Pues bien, aquí aportamos el texto íntegro del Sr. Nogueira cuyo contenido ha sido desnaturalizado por el Sr. Presidente del Tribunal Constitucional. Les leo lo que el Sr. Nogueira dice de esta reforma en lo que se refiere al Convenio Americano de Derechos Humanos que estamos invocando. Cito el artículo del profesor Nogueira, experto de Chile, sobre la reforma de 2005, página 77 (cita:) 'Cabe puntualizar que la reforma tiene también un fundamento implícito, que es la armonización del texto constitucional con la Convención Panamericana de Río de Janeiro de 1906 [obra en el documento C27 del expediente de arbitraje], publicada en el Diario Oficial de 20 de julio de 1990 que rige sólo respecto de los países de América que la firmaron y que determina el abandono de la nacionalidad adquirida mediante naturalización si la persona con doble nacionalidad restablece la residencia en su país de origen y la mantiene durante más de dos años, si ella así lo expresa'. He aquí de nuevo un modo de perder la nacionalidad chilena no previsto en el artículo 11 de la Constitución y que está vigente en Chile (...). 'Ello se refuerza más aún' –sigue afirmando Nogueira– 'si consideramos que el artículo 20 de la Convención Americana prohíbe a los Estados Partes privar arbitrariamente a las personas del derecho a cambiar de nacionalidad, que es parte del componente constitutivo y esencial del derecho a la nacionalidad. Esta norma afecta directamente a la materia objeto de nuestro análisis, por lo que la reforma constitucional de 2005 restablecería una plena armonía con el artículo 1° de la Convención Panamericana de Río vigente en los Estados Americanos y con el artículo 20 de la Convención Americana de Derechos Humanos, evitando la responsabilidad internacional en que potencialmente podía incurrir el Estado de Chile al prohibir la renuncia voluntaria a la nacionalidad chilena para los chilenos con doble nacionalidad de otro país panamericano, o respecto de cualquier persona desde la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos'*" (fin de la cita del Sr. Nogueira, subrayado añadido) Documentos CN213, página 79, y C286 (CN168): Prof. Nogueira "Consideraciones sobre la reforma de 2005 respecto del Capítulo II de la Constitución", publicado en *La constitución reformada de 2005*, Talca, Universidad de Talca, Librotecnia, 2005, páginas 53 a 81

258, 30 de marzo de 1960 ("Estatuto del Inversionista"), ni los términos en que los Demandantes invocaron éste desde su respuesta del 19-12-1997¹³ a una pregunta formulada por el Secretario General del CIADI, el Sr. Shihata, el 10-12-1997¹⁴ (antes del registro de la Demanda de arbitraje)¹⁵;

- Que en los párrafos 396 y siguientes la República de Chile sigue sosteniendo que la Decisión N° 24 es la norma de derecho chileno que se aplicaba en 1972 a las inversiones extranjeras, siendo así que el Informe oficial del Ministerio chileno de Economía publicado en diciembre de 1972 sobre las inversiones extranjeras muestra que, para las inversiones previstas hasta 1976, el estatuto de la inversión extranjera era regido por el Decreto con Fuerza de Ley N° 258 de 1960¹⁶, como han sostenido los Demandantes a lo largo de todo el procedimiento arbitral y retiene el Laudo. Por lo demás, la no aplicación de la Decisión N° 24 también es confirmada por diferentes estudios coetáneos, como

¹³ Anexo DP15f

¹⁴ Anexo DP14

¹⁵ Anexo DP15 : «*La inversión también tiene la naturaleza de extranjera según la legislación vigente en la República en 1972 (...) el Decreto con Fuerza de Ley (DFL) N° 258, de 30 de marzo de 1960, (...) es la reafirmación de su carácter optativo (...) por acogerse a las franquicias que en él se establecen. (...) Otra alteración importante que el DFL N° 258 introduce en relación con el DFL N° 437 de 1954 consiste en prescindir de la nacionalidad del inversor para que la inversión con capitales extranjeros pueda incorporarse al sistema de incentivos. La normativa anterior al DFL n° 258 se refería a 'los nuevos capitales que personas naturales o jurídicas extranjeras aporten al país...' , y la nueva legislación vigente en 1972 dice 'las personas que aporten al país nuevos capitales provenientes del exterior...' ».*

¹⁶ Anexo DP03, que indica en la página 4 : "*en este trabajo se pretende estudiar el comportamiento que han tenido las inversiones extranjeras que están acogidas a las disposiciones del Estatuto del Inversionista (DFL N° 258 de 1960), durante el lapso 1966-1971 y una posible situación para el quinquenio 1972-1976*"; en las páginas 14-16: que para el período 1972 a 1976 el Programa de entradas de ingreso de aportes de capital en curso se ha acogido al DFL n° 258 de 1960; y también, en la página 46: que el Programa de reexportación de capital se ha acogido al DFL n° 258 de 1960 para el quinquenio 1972-1976, así como su componente de maquinaria y equipamientos, divisas y gastos de ingeniería para el quinquenio 1972-1976

*the Andean Legal Order*¹⁷, o también *The Andean Foreign Investment Code: a new phase in the quest for normative order as to direct foreign investment*¹⁸.

- Los países miembros que han aplicado la Decisión 24 tuvieron que promulgar antes los Reglamentos necesarios a este fin, por ejemplo Ecuador el 12.07.1971¹⁹, Venezuela el 29.04.1974²⁰ y Colombia después del 21.03.1973²¹ ;
- que en los párrafos 218 a 236 la República de Chile cita en numerosas ocasiones como fundamento de su demanda de nulidad una supuesta "*Decision on jurisdiction*" de 8 de mayo de 2002. Sin embargo, esta decisión no es sobre la competencia del Tribunal sino una resolución que acuerda unir las cuestiones de fondo a la de la competencia;
- en los párrafos 300 y siguientes la República de Chile continúa cuestionando que el Sr. Pey es el propietario de las acciones de CPP SA y EPC Ltda, siendo así que esta propiedad ha sido constatada por las jurisdicciones chilenas desde los años 70²² y aún hoy, como acaban de enterarse los Demandantes²³ en el marco del procedimiento

¹⁷ Estudio del Sr. García-Amador, Secretario General del Instituto Inter-americano de Estudios Legales, miembro de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, publicado en 1978, en el que indica (página 185 en español, 190 de la versión inglesa, nota 68): "68. *Salvo el caso probable de que la Junta haya querido decir otra cosa al emplear la expresión 'entrar en vigencia', es evidente que tal expresión no se compadece con la afirmación de la propia Junta, citada en la subsección 1 c, en el sentido de que 'las Decisiones de la Comisión son obligatorias para los Estados desde el momento mismo en que son aprobadas'. Es más, en esa misma oportunidad la Junta hizo las siguientes observaciones: 'Lo dicho en el punto anterior no significa que, a juicio de la Junta, todas las decisiones de la Comisión sean automática e inmediatamente aplicables en el territorio de cada uno de los países miembros a partir de la fecha de su aprobación. Es conocida la diferencia entre las llamadas obligaciones 'self executing' –o sea, las que son de aplicación inmediata- y otras que requieren ciertos trámites, variables según las constituciones, para incorporarse al ordenamiento jurídico de los Estados. Las de la primera clase se aplicarán de inmediato. Las otras deberán ser recibidas en ese ordenamiento jurídico pero cualquiera que sea la rama del Estado llamada a cumplir los trámites necesarios, deberá ponerlos en marcha en virtud del principio ya enunciado: "Pacta sunt servanda". De estas observaciones parecería desprenderse claramente que, también en opinión de la Junta, de lo que se trata no es siempre de la obligatoriedad o validez de las Decisiones, sino de la oportunidad, condiciones y forma en que sean 'aplicables'. Cf. Documento citado en nota a pie de página 13, p.2". Documentos DP07 y DP07e1; ver igualmente las páginas [según la numeración de la versión en inglés] 13; 65-66; 71; 92-93; 117; 120; 128-129; 144; 152-153, 154-156; 161-165; 169-170; 175; 178-186; 188; 190; 193-196; 198; 200; 201; 203; 205; 206; 214; 216-217; 219-223*

¹⁸ Pr. Covey T. Oliver "*The Andean Foreign Investment Code: A New Phase in the Quest for Normative Order as to Direct Foreign Investment*", *American Journal of International Law*, vol. 66, October 1972, n° 5, páginas 765-766, nota 12, anexo DP04, donde escribe el autor: "*As of mid May 1972, Decision 24 is not in effect, although some member states in their national legislation and other governmental procedures have partially implemented it; D. Gantz Esquire, Attorney Adviser, Office of the Legal Adviser, Department of State, USA, informs that the implementation has been partial in Ecuador and Peru, regulations are pending in Bolivia, and in Chile an implementing decree is expected to follow an official study now in progress [el primer Decreto promulgado en Chile ha sido el n°600 de 1974, anexo CN19f]. In all these countries the Code is stated to be "in force", presumably in the sense that the Code as legislation has been approved for application where the administrative arrangements therefore are completed. In Latin America legal systems it is not uncommon for approved legislation not to be actively applied until it has been "reglamented" by the issuance by the executive of what we would call administrative regulations*" (subrayado añadido)

¹⁹ Anexo DP02f

²⁰ Anexo DP06

²¹ Anexo DP05f

²² Laudo §§202-217

²³ Los Demandantes acaban de conocer el 31 de enero de 2011 que el 1er Juzgado Civil de Santiago, el que conoce desde 1995 de la demanda del señor Pey de restitución de la imprenta Goss (la suspensión de cuyo

iniciado el 4 de octubre de 1995 ante el 1er Juzgado Civil de Santiago sobre la restitución de la imprenta Goss²⁴.

16. Cabe señalar a este respecto que la República de Chile, que cuestiona la existencia de un trato discriminatorio hacia el Sr. Pey y de la denegación de justicia, ha persistido en sus maniobras en su contra al omitir notificar a éste – parte demandante en el procedimiento – tanto la sentencia pronunciada por el 1er Juzgado Civil de Santiago en 2008 como las ulteriores actuaciones del representante del Estado contra esta decisión judicial²⁵, siendo así que presenta un claro interés en varios aspectos (aún desestimando la demanda del Sr. Pey). Así, en particular, confirma que en derecho chileno el decreto confiscatorio n° 165 de 1975 está viciado de "nulidad de derecho público", *ab initio*, a declarar *ex officio*, en virtud de los artículos 4 de la Constitución de 1925 y 7 de la de 1980²⁶.
17. Estos pocos desarrollos ilustran que la República de Chile solicita la nulidad del Laudo con fines dilatorios, negándose en todas las circunstancias a reparar el daño sufrido por el Sr. Pey Casado. Como se demostrará más adelante, la nulidad solicitada no se justifica en ninguno de los fundamentos del artículo 52(1) de la Convención y no es otra cosa que un recurso de apelación encubierto.

procedimiento fue solicitada el 4 de noviembre de 2002, sobre todo por la denegación de justicia y discriminación de la que sufre el señor Pey), ha pronunciado una sentencia el 24 de julio de 2008 que no ha notificado al Demandante (anexos DP48f y DP62 a DP65). Los Demandantes no pueden dejar de ver una correlación entre, por una parte, la demora de la jurisdicción local en tomar su decisión, a pesar de tenerla anunciada desde el 3 de enero de 2001, y las peripecias del procedimiento de arbitraje. A este fin los Demandantes han elaborado un cuadro comparado recapitulando la evolución de los procedimientos ante el Centro y el 1er Juzgado Civil de Santiago; lo hallará el Comité *ad hoc* en el anexo DP65.

²⁴ En su sentencia del 24 de julio de 2008 el 1er Juzgado Civil, tras considerar que el propietario de las acciones es el Sr. Pey, ha indicado que éste debía haber interpuesto la demanda en calidad de representante de la sociedad propietaria de la imprenta Goss y no solamente como accionista (anexos DP48f y DP63)

²⁵ Los Demandantes han descubierto igualmente el 31 de enero de 2011 que en junio de 2009 el Fisco (en representación del Estado chileno) ha presentado la petición de privar de toda eficacia a una sentencia a la que atribuye la fecha de de 7 de agosto de 2008 – de la que los Demandantes no tienen conocimiento- por abandono presunto del procedimiento por el señor Pey. Esta intervención no ha sido notificada al señor Pey. El Juzgado de primera instancia denegó esta petición del Fisco, quien acudió ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Esta ha acogido favorablemente la petición del Fisco y ha declarado en una resolución de fines de 2009 que el señor Pey había abandonado su demanda ante el 1er Juzgado Civil de Santiago (anexos DP50 a DP53, DP63 p.106). Al igual que el 1er Juzgado Civil, la Corte de Apelaciones de Santiago se ha abstenido de notificar al señor Pey esta intervención del Fisco y la resolución acordada.

²⁶ Ver en el anexo DP65 las cuestiones que plantea esta sentencia del 1er Juzgado Civil de Santiago

I. LA DEMANDA DE NULIDAD DE LA REPÚBLICA DE CHILE CARECE DE FUNDAMENTO

18. Antes de responder a los argumentos de la República de Chile es útil recordar el objeto y, por lo tanto, los límites del recurso de nulidad en el sistema del CIADI.
19. En efecto, si la República de Chile reconoce que el recurso de nulidad no debe ser una forma desviada de interponer una apelación contra el Laudo, las Partes no tienen la misma concepción de lo que el Comité *ad hoc* está en su derecho de hacer o no.
20. Los comités *ad hoc* que han tenido que conocer de un recurso de nulidad en el sistema del CIADI son unánimes en afirmar que el procedimiento de nulidad es una vía extraordinaria de recurso y que no debe convertirse en un medio para modificar el fondo del laudo, ese recurso está excluido del sistema del CIADI. Algunos comités *ad hoc* han sido muy claros en su decisión a este respecto. Citaremos a modo de ejemplo la decisión del comité *ad hoc* en el asunto *RFCC*, que retoma muchos de los principios enunciados en otras decisiones:

L'annulation dans le système CIRDI est une voie de recours extraordinaire, limitée aux griefs d'annulation énoncés à l'article 52, et dont l'objectif est de garantir la légitimité du processus de décision et non la justesse de la sentence au fond. Il n'existe pas par ailleurs de présomption ni pour, ni contre l'annulation. (..)

La procédure d'annulation n'est pas une procédure d'appel. Elle s'en diffère à deux égards. [...]

D'autre part, un Comité ad hoc n'a pas compétence pour se prononcer sur le fond de l'affaire, tel qu'il a été jugé par le Tribunal de arbitrage dont la sentence fait l'objet d'un recours. L'annulation ne peut être fondée que sur un nombre très limité de griefs fondamentaux, énumérés de manière exhaustive à l'article 52 (1). Un Tribunal de arbitrage ne peut pas réformer une sentence au fond sous couleur de l'application de l'article 52. Même l'erreur de fait la plus flagrante dans une sentence n'est pas en soi un grief d'annulation.

Un autre élément que doit prendre en considération le Comité ad hoc est le souci que la sentence CIRDI ait un caractère définitif. En principe, les décisions rendues dans les arbitrages de droit international public ne sont pas susceptibles de recours. La possibilité d'annulation dans le système CIRDI est une concession à la nature partiellement privée de l'arbitrage CIRDI. Le souci que le litige connaisse une solution définitive est considéré comme plus important que la justesse au fond de la décision. L'article 52 n'a pour objectif que de proposer une voie de recours exceptionnelle dans les hypothèses de violation manifeste et substantielle d'un certain nombre de principes

*fondamentaux, énoncés par cet article. Les Comités ad hoc doivent bien se garder d'annuler pour des raisons mineures. (...)*²⁷ (soulignement ajouté).

21. Se encuentran en este enunciado las grandes líneas de lo que debe ser el recurso de anulación.
22. En primer lugar, es el "proceso de decisión" el que está sometido al examen del Comité *ad hoc* y no el Laudo mismo. Este punto ha sido por lo demás reiterado por el Comité *ad hoc* en el caso Lucchetti, en estos términos:

*In turn, the task of the Ad hoc Committee is to consider whether the manner in which the Tribunal approached and accomplished that task opened its Awards to annulment under the Convention, as Lucchetti argues, or adequately met the requirements of the Convention, as the Republic of Peru responds. The word "manner" is specifically used here in order to emphasize that it is no part of the Committee's function to review the decision itself which the Tribunal arrived at, still less to substitute its own views for those of the Tribunal, but merely to pass judgment on whether the manner in which the Tribunal carried out its functions met the requirements of the ICSID Convention*²⁸.

23. Así, el mandato del Comité *ad hoc* se limita al control "*of the fundamental integrity of the ICSID arbitral process in all its facets*"²⁹, a saber, "*the integrity of the Tribunal*"³⁰ (art. 52(1)(a) et 52(1)(c)), "*the integrity of the procedure*"³¹ (art. 52(1)(b) et 52(1)(d)), y por ultimo "*the integrity of the award*"³² (Art. 52(1)(e)).
24. De ahí que sólo desconocimientos esenciales o fundamentales del Tribunal de arbitraje pueden justificar la nulidad del Laudo.
25. Es por ello que el artículo 52 de la Convención requiere que la extralimitación de facultades sea manifiesta. Cabe señalar a este respecto el acuerdo de las Partes sobre la definición del término manifiesto³³, a saber "*obvious by itself simply by reading the Award, that is, even*

²⁷ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Consortium RFCC/ Royaume du Maroc* CIRDI No. ARB/00/6, de 18 de enero de 2006 §§220 à 223, extractos publicados en *JDI*, I, 2007, 260

²⁸ *Empresas Lucchetti S.A. & Lucchetti Peru c/ Peru*, CIRDI No. ARB03/4, 5 de septiembre de 2007, §97

²⁹ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Soufraki c/ United Arab Emirates*, CIRDI No. ARB/02/7, de 15 de mayo de 2009 §23

³⁰ *Ibid*

³¹ *Ibid*

³² *Ibid*

³³ Contestación §224 y Réplica §251

*prior to a detailed examination of its contents*³⁴. La duración del procedimiento o la complejidad de las cuestiones planteadas al Tribunal de arbitraje no pueden justificar la supresión de esta exigencia.

26. Es también en virtud de este mandato limitado que la nulidad del Laudo no puede ser pronunciada sino en caso de quebrantamiento grave de una norma fundamental del procedimiento. La Demandada cuestiona que el criterio de gravedad requiera la demostración de que "*la méconnaissance de la règle doit avoir conduit le Tribunal à prendre une décision substantiellement différente de celle qu'il aurait prise s'il avait respecté ladite règle*"³⁵. Según la República de Chile, el criterio sería "*the [a] departure must potentially have caused the tribunal to render an award substantially different from what it would have awarded had the rule been observed*"³⁶.
27. Sin embargo, en el caso *CDC*, el comité *ad hoc* no ha utilizado el término "*potentially*" sino que ha indicado claramente :

*A departure is serious where it is substantial and [is] such as to deprive the party of the benefit or protection which the rule was intended to provide. In other words, the violation of such rule must have caused the Tribunal to reach a result substantially different from what it would have awarded had the rule been observed*³⁷ (soulignement ajouté).

En este caso el comité *ad hoc* se fundaba en la decisión adoptada en el caso *Wena*³⁸. Esos términos han sido retomados igualmente *in extenso* por los comités *ad hoc* en los casos *Azurix*³⁹ y *Enron*⁴⁰.

³⁴ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 de 29 de junio de 2005 §41. En la Contestación, los Demandantes citaban igualmente en referencia las definiciones del término "manifiesto" retenidas por los comités *ad hoc* en los casos *Mitchell* : "*Pour qu'un excès de pouvoir soit cause d'annulation, il faut que le Comité ad hoc le reconnaisse de manière certaine et immédiate, sans qu'il soit nécessaire pour celui-ci d'entrer dans des analyses poussées de la Sentence*"§20 ; *CDC* : "*Thus, even if a tribunal has exceeded its power, the excess must be plain on its face for annulment to be an available remedy. Any excess apparent in the Tribunal's conduct, if susceptible of argument one way or another is not manifest; as one commentator has put it, if the issue is debatable or requires examination of the materials on which the tribunal's decision is based, the tribunal's determination is conclusive*", §41 ; y *Wena* : "*l'excès de pouvoir doit être évident en soi, plutôt que de résulter d'interprétations complexes dans un sens ou dans un autre. Si tel était le cas, l'excès de pouvoir ne serait pas manifeste*", §17

³⁵ Réplica §§34 y siguientes

³⁶ Réplica §37

³⁷ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 de 29 de junio de 2005 §49

³⁸ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Wena Hotels Ltd c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI No. ARB/98/4 de 5 de febrero de 2002 §58

³⁹ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, CIRDI Case No. ARB/01/12 del 1 de septiembre de 2009 en §§51 y 234

⁴⁰ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Enron Corp. and Ponderosa Assets, LP c/ Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/01/3 del 30 de julio de 2010 en §71

28. Finalmente, el Comité *ad hoc* tiene por misión comprobar la integridad del propio Laudo asegurándose de que el Tribunal de arbitraje ha motivado su decisión. Sin embargo, el control de la motivación " *ne doit pas être un moyen détourné d'interjeter appel*"⁴¹. Ahora bien, como lo indica Christoph Schreuer, "*Of all the grounds for annulment, an evaluation of the tribunal's reasoning is most likely to blend into an examination of the award's substantive correctness and hence to cross the border between annulment and appeal*"⁴². Es la razón por la cual los comités *ad hoc* que conocen de una demanda de nulidad en base a este fundamento deben rehusar dejarse llevar a apreciar la corrección del razonamiento de los árbitros o su carácter convincente.
29. En este sentido, se observará el desacuerdo de la República de Chile⁴³ en la afirmación de los Demandantes según la cual "*seul un défaut manifeste de motivation pourrait sanctionner l'annulation de la Sentence*"⁴⁴. Es cierto que el artículo 52(1)(e) de la Convención no precisa que la falta de motivación debería ser manifiesta. Dicho esto, la Convención sólo establece la ausencia total de motivación como fundamento de nulidad. Son los diferentes comités *ad hoc* quienes han admitido que la nulidad de un Laudo puede justificarse, por ejemplo, en caso de motivación "frívola" o contradictoria. Estos fundamentos no han sido previstos por los redactores de la Convención y, habida cuenta del riesgo de pasar de la nulidad a la apelación, algunos comités *ad hoc* han precisado que "*l'annulation au titre de l'article 52(1)(e) ne devrait intervenir que dans les cas manifestes*"⁴⁵. En otras palabras, si el razonamiento del Tribunal puede ser razonablemente reconstruido la falta de motivación no es caracterizada.⁴⁶

⁴¹ Contestación §§282-291 en particular §285

⁴² CH. SCHREUER, "Article 52 [Annulment]" in *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2009, §344, p. 998 Anexo RALA67

⁴³ Réplica §441

⁴⁴ Contestación §§287 et 401

⁴⁵ *Consortium RFCC/ Royaume du Maroc* CIRDI No. ARB/00/6 de 18 de enero de 2006 en §§261, extractos publicados en *JDI*, I, 2007, 273 ; ver igualmente *Compañía de Agua del Aconquija SA. & Vivendi Universal c/ Republic of Argentine* CIRDI N°ARB/97/3 de 3 de julio de 2002 en §§64-65 que indica: "*A greater source of concern is perhaps the ground of "failure to state reasons," which is not qualified by any such phrase as "manifestly" or "serious". However, it is well accepted both in cases and the literature that Article 52(1)(e) concerns a failure to state any reasons with respect to all or part of an award, not the failure to state correct or convincing reasons. It bears reiterating that an ad hoc committee is not a court of appeal. Provided that the reasons given by a tribunal can be followed and relate to the issues that were before the tribunal, their correctness is beside the point in terms of Article 52(1)(e). Moreover, reasons may be stated succinctly or at length, and different legal traditions differ in their mode of expressing reasons. Tribunals must be allowed a degree of discretion as to the way in which they express their reasoning. In the Committee's view, annulment under Article 52(1)(e) should only occur in clear case. This entails two conditions: first, the failure to state reasons must leave the decision on a particular point essentially lacking in an expressed rationale; and second, that point must itself be necessary to the tribunal's decision"*

⁴⁶ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: a Commentary*, Second Edition, 2009, pp.999-1003, §§350 a 362, anexo RALA-67

30. Esta tendencia ha sido confirmada por comités *ad hoc* en los casos más recientes⁴⁷, y parece que ahora la falta de motivación no debiera justificar la nulidad de un laudo sino de manera muy excepcional⁴⁸.
31. También se desprende del enunciado del comité en el caso *RFCC* que la función de la nulidad no es corregir los errores de hecho o de derecho que podría haber cometido un Tribunal de arbitraje, incluso si estos fueran manifiestos.
32. En este sentido, hacemos hincapié en el razonamiento del comité *ad hoc* en *RFCC*, que indica:

Enfin à la différence d'un tribunal étatique dont la mission, de par la volonté du législateur national, est de contrôler la conformité des sentences arbitrales à un certain nombre de critères fondamentaux, dans un souci de cohérence du système juridique, la procédure d'annulation de l'article 52 est un mécanisme interne au système CIRDI. Le Comité ad hoc dérive son pouvoir de la même source - la volonté des parties - que le Tribunal d'arbitrage lui-même. Il doit donc se garder de prendre trop rapidement une décision d'annulation. Il ne doit le faire qu'en cas d'erreur manifeste, de violation substantielle ou plus précisément lorsque la violation est telle que sans elle, le Tribunal serait arrivé à un résultat différent de celui qui a été le sien. Dans cette mesure, le Comité ad hoc dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire⁴⁹ (subrayado añadido).

33. La República de Chile intenta, en su Réplica, limitar ese poder discrecional de los comités *ad hoc* al excluirlo, en particular, en el caso de nulidad previsto en el artículo 52(1)(d)⁵⁰.
Escribe:

⁴⁷ Decisión en el caso *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, CIRDI Case No. ARB/01/12, 1 de septiembre de 2009 en §§53-56 y *MCI Power Group L.C. and New Turbine Inc. c/ Republic of Ecuador*, CIRDI No. ARB/03/6 del 19 de octubre de 2009 en §§66-69

⁴⁸ F CAMPOLIETI : "Sur le défaut de motifs comme cause d'annulation des sentences arbitrales CIRDI" Les Cahiers de l'Arbitrage 2010-4, Anexo DP61b

⁴⁹ Decisión del comité *ad hoc* en el caso *Consortium RFCC/ Royaume du Maroc* CIRDI No. ARB/00/6 de 18 de enero de 2006, §226 publicado en JDJ, I, 2007, 260

⁵⁰ Réplica §§41-42. Para llegar a esta conclusión la República de Chile se basa en la Decisión pronunciada en el caso *Rumeli Telekom*. Subrayemos que en este caso el Comité no se ha pronunciado sobre esta precisa cuestión y se ha limitado a observar el acuerdo entre las partes al indicar, en la sección consagrada a la posición del demandado: "*The Respondent accepts that if an ad hoc committee finds a serious departure from a fundamental rule of procedure, it is obliged to annul the award since the material impact of the tribunal's decision is embodied in the definition of this ground*" (§65). En la sección relativa a la Decisión del comité, este indica: "*Both parties further agree that an ad hoc committee is obliged to annul the award if a serious departure of a fundamental rule of procedure is found*" (§79). Al contrario, el Comité ha indicado sin hacer distinciones : "*In view of this Committee, an ad hoc committee has discretion to annul an award upon finding one or more grounds of annulment*" (§75)

A few ad hoc committees, including these in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo ("Mitchell") and in MINE have abstained from annulment despite having found an annulment error. (...) However, in the more recent annulment case Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri v. Republic of Kazakhstan (hereafter "Rumeli Telekom"), the parties and committee agreed that the Mitchell and MINE line of reasoning (...) is simply inapplicable to Article 52(1)(d). (...)

This means that annulment is affirmatively required by Article 52(1)(d) when a committee finds that the tribunal violated a fundamental rule of procedure in a manner that could have affected the outcome of the case⁵¹ (soulignement ajouté).

34. Sin embargo, al incluir una condición - "*in a manner that could have affected the outcome of the case*" – que no está expresamente prevista en el artículo 52(1)(d), reconoce cierto poder discrecional al Comité que ejerce el control. Es así, por lo demás, como Christoph Schreuer resume el poder discrecional reconocido por diferentes comités *ad hoc*⁵² al indicar :

Under the latter [MINE] approach, an ad hoc committee proceeds in two steps. It first examines the award in order to establish whether there are any grounds for annulment. If it finds a ground it will then examine whether this ground has led to practical consequences for the parties. Annulment will take place only if there is a positive answer to both questions⁵³.

35. Recordado esto, los Demandantes expondrán, de nuevo, las razones por las que no se reúnen en este caso las condiciones de la nulidad del artículo 52 de la Convención. Los Demandantes dedicarán una primera parte a los fundamentos de la nulidad relativos a la conducción del procedimiento por el Tribunal de arbitraje (1), en particular a las pretendidas violaciones graves del derecho de Chile a ser oído (1.1), de su derecho a un trato justo y equitativo (1.2) y a la alegada parcialidad del Tribunal de arbitraje que dictó el Laudo (1.3). En una segunda parte se discutirán los motivos de nulidad relativos a los puntos 1 a 7 del Laudo (2). En este marco, se discutirán los fundamentos de nulidad referidos a las conclusiones del Tribunal sobre su competencia (2.1), después los referidos a la condena del Tribunal a la República de Chile con fundamento en el API (2.2).

⁵¹ Según los Demandantes, convendría escribir "*in a manner that would have affected the outcome of the case*"

⁵² Decisiones de los Comités *ad hoc* en los casos *Wena Hotels Ltd c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI N° ARB/98/4 de 5 de febrero de 2002, §83; *Compañía de Agua del Aconquija SA. & Vivendi Universal c/ Republic of Argentina* CIRDI N°ARB/97/3 de 3 de julio de 2002 en §66; *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/14 de 29 de junio de 2005 en §65

⁵³ CH. SCHREUER, "Article 52 [Annulment]" in *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2009, §478 p.1039, anexo RALA67

1. LOS FUNDAMENTOS DE NULIDAD RELATIVOS A LA CONDUCCION DEL PROCEDIMIENTO POR EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

El pretendido derecho a « contra-interrogar » al Demandante señor Pey

36. En su Réplica la República de Chile mantiene su alegación de que el Tribunal de arbitraje habría violado gravemente una norma fundamental de procedimiento al negarle el derecho de "contra-interrogar" al Demandante durante las vistas orales de 2003 y/o 2007.
37. Para ello afirma que el Sr. Pey se habría expresado ante el Tribunal de arbitraje en calidad de testigo, siendo así que la República de Chile había aceptado, durante esas vistas orales, que el Sr. Pey intervenía en calidad de parte, a lo que tiene derecho⁵⁴. Conviene señalar que durante esas vistas el Tribunal de Arbitraje no ha interrogado al Sr. Pey, quien se ha expresado libremente sobre los puntos que le parecían esenciales, como ha hecho cada una de las partes.
38. A fin de sostener que el señor Pey habría sido llamado como testigo, Chile acude a una cita de *Redfern and Hunter on International Arbitration*⁵⁵ según la cual el papel de un testigo es el de "*supplement the evidentiary documents in assisting the arbitral tribunal [sic] perform its fact-finding function*"⁵⁶. Se observará, por otra parte, el silencio de la Demandada en cuanto a las referencias o citas que hace el Tribunal de arbitraje de los representantes de la Demandada y de los Demandantes, los Letrados Malinvaud⁵⁷ y Garcés⁵⁸.
39. Por lo demás, contrariamente a la afirmación de Chile, el Tribunal no ha dado a la intervención del Sr. Pey el valor probatorio de un testimonio. Como ya se ha indicado, la propiedad de las acciones de CPP SA y EPC Ltda. por el Sr. Pey no ha sido decidida en base al testimonio del pretendido testimonio del Sr. Pey sino de pruebas escritas.⁵⁹ Es notable que la Demandada no responda sobre este preciso extremo, se contenta con indicar que el Tribunal de arbitraje menciona la intervención del Sr. Pey en la parte del Laudo relativa a los hechos. En cualquier caso, el hecho de que el Tribunal haga referencia a la intervención oral más bien que a documentos en modo alguno es una indicación de que los documentos escritos tienen menor valor probatorio.

⁵⁴ Contestación §§114 a 120

⁵⁵ Réplica §172

⁵⁶ Réplica §172

⁵⁷ Ver por ejemplo la nota de pie de página 58

⁵⁸ Ver por ejemplo las notas de pie de página 198, 206, 207, 235, 240 - 243, 245, etc.

⁵⁹ Entre otras, la amistad entre los Sres. Pey y Sainte Marie de la son testimonio las cartas que este último, instalado en España, había dirigido al Sr. Pey en 1976, 1977, 1978 (anexos C156 a C159). La carta del 29 de diciembre de 1976 es accesible en <http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/19761229.pdf>

40. De ello se desprende que, contrariamente a la afirmación de la República de Chile, el Tribunal no ha tratado la intervención del señor Pey de manera diferente a la que había anunciado en la vista oral⁶⁰. Al afirmar que estaba satisfecha del desarrollo del procedimiento⁶¹ la República de Chile, efectivamente, ha renunciado a prevalerse de la intervención del Demandante y de la imposibilidad de "contra-interrogar" a éste para pedir la nulidad del Laudo.
41. Finalmente destacaremos que la República de Chile no indica precisamente qué regla fundamental habría violado el Tribunal de Arbitraje al autorizar que una Parte tome la palabra. En efecto, si el derecho a ser oído es una regla fundamental – lo que la República de Chile interpreta como una admisión de los Demandantes – ello no necesariamente incluye el derecho de contra-interrogar a un testigo y *a fortiori* a una Parte.
42. A fin de sortear esta dificultad Chile ha modificado su posición para sostener, ahora, que un tribunal no puede dispensarse de la audición de los testigos, "*completely*", y "*over requests by the parties that they be heard*"⁶². Además, sostiene que "*the foregoing of course applies with even greater force where - as in the present case - a witness in fact testifies at the hearing but the relevant party is not given the opportunity to examine such witness*"⁶³.
43. En primer lugar, esta afirmación no halla apoyo en ninguna Regla de arbitraje del CIADI. Después, el Sr. Pey ha intervenido sólo como Parte y no como testigo⁶⁴, lo que la República de Chile ha aceptado. Con ello admitía que aquella no fuera sometida a un "contra-interrogatorio".
44. En consecuencia, la intervención del Demandante Sr. Pey no puede ser calificada de violación de una norma fundamental de procedimiento, *a fortiori*, grave.

La pretendida inobservancia del trato justo y equitativo de la República de Chile al pedir la comunicación de documentos

45. Sobre esta cuestión, el comité *ad hoc* en el caso *Azurix* ha indicado que la negativa de un Tribunal de arbitraje a aceptar una solicitud de comunicación de documentos no constituye

⁶⁰ Anexo CN159 pp. 97-98

⁶¹ Anexo CN159 p.173 ; Contestación §40

⁶² Réplica §157

⁶³ Réplica §157

⁶⁴ Por ejemplo, anexo CN159 pp.97 y siguientes

en sí mismo violación de una regla fundamental de procedimiento, y ello aún cuando hubiera acogido favorablemente la solicitud de la otra parte⁶⁵.

46. Para sortear esta dificultad y ante la imposibilidad de demostrar que el Tribunal hubiera tratado a la Demandada de forma no equitativa en relación con los Demandantes, en base a una pretendida admisión por parte de los Demandantes⁶⁶ la República de Chile no duda en sostener que el Tribunal habría obrado así a fin de castigar su conducta procesal⁶⁷.
47. Observemos en primer lugar que este es un típico ejemplo de la sistemática desviación que hace Chile de los escritos de los Demandantes. En modo alguno estos han sostenido que el Tribunal habría denegado la solicitud de Chile de comunicación de documentos en base a que este se negaba a comunicar los documentos en su poder a los Demandantes.
48. Como se indica en los párrafos 166 y siguientes de la Respuesta, el comportamiento de Chile justificaba que el Tribunal le ordenara divulgar los documentos solicitados por los Demandantes. Recordemos que los servicios secretos del régimen *de facto* requisaron al Sr. Pey y a sus empresas todos los documentos, registros, archivos, títulos de propiedad y comprobantes de su pago, y no se los devolvieron después.
49. Esta aparente incompreensión es en realidad una estratagema de la República de Chile para avanzar un argumento nuevo y tratar de justificar la anulación del Laudo.
50. Consciente de que también debe demostrar un perjuicio, es decir que la violación debería haber llevado al Tribunal a tomar una decisión sustancialmente distinta, la República de Chile pretende que aquel se habría basado en la falta de pruebas para resolver en su contra la cuestión de la propiedad de las acciones. Dice lo siguiente:

*(...) the Tribunal seriously departed from a fundamental rule of procedure in two ways (1) by denying without explanation every single one of Chile's discovery requests while granting every single one of Claimants' ; and (2) by thereafter using against Chili, as a failure of proof, its lack of evidence on the very issues covered by Chile's denied evidentiary requests*⁶⁸ (subrayado añadido).

⁶⁵ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Azurix Corp c/ The Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/01/12 de 1º de septiembre de 2009 §§219 ; 233-234

⁶⁶ Réplica §197

⁶⁷ Réplica §191

⁶⁸ Réplica §189

51. También esta segunda afirmación es infundada. En efecto, contrariamente a lo que la República de Chile trata de hacer creer⁶⁹, el Tribunal de arbitraje no ha admitido la calidad de adquirente del Sr. Pey sobre la base de que Chile no habría sido capaz de demostrar que los fondos abonados al Sr. Sainte-Marie pertenecían a terceros. Obsérvese que mediante este subterfugio la delegación de Chile deseaba que el Tribunal del CIADI aplicará “*El Decreto Exento N.º 276 de 21 de octubre de 1974 (...) declara en estudio la situación patrimonial de los Sres. (...) Víctor Pey Casado (...)*”⁷⁰. Es decir el instrumento, prohibido por la Constitución, montado por el régimen *de facto* para confiscar la inversión.
52. La decisión del Tribunal estaba motivada por otros elementos, a saber: la prueba de la firma de un acuerdo (los Protocolos de Estoril y el acuerdo complementario de Ginebra), y el pago del precio, y asimismo porque los títulos estaban en poder del Sr. Pey⁷¹ y por el reconocimiento por parte de las autoridades chilenas de la calidad de propietario del Sr. Pey⁷².
53. En contraste, el Tribunal ha rechazado las pretensiones de Chile tras haber constatado que “*la défenderesse n'a[vait] produit aucun contrat de vente des actions auquel l'un ou l'autre des prétendus actionnaires aurait été partie*”⁷³, que no había “*d'avantage fourni de preuve d'un éventuel paiement émanant de ces personnes*”⁷⁴. El Tribunal prosigue indicando: “*la Demandada tampoco ofreció explicaciones convincentes sobre la existencia de los formularios de traspaso en blanco firmados por los Sres. González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie. Según la Demandada se trataría simplemente de una anomalía sin explicación lógica posible. Tampoco aclaró suficientemente las razones por las que estos formularios se encontraban en poder del Sr. Pey Casado y no de sus supuestos propietarios. El argumento según el cual el Sr. Pey Casado habría actuado como mandatario de los Sres. González, Venegas y Carrasco para vender sus acciones se basa únicamente en meras afirmaciones, sin que la Demandada haya aportado contrato alguno que así lo demuestre.*”⁷⁵.
54. Se observará a este respecto que durante el procedimiento la República de Chile, sin limitación alguna, ha presentado el testimonio personal del señor Venegas y de su abogado D. Jorge Ovalle⁷⁶ -abogado también del Sr. González cuando el Decreto 165 fue promulgado en 1975. En consecuencia a la República de Chile le ha sido posible demostrar que los

⁶⁹ Réplica, nota de pie de página 392. Se observará que Chile cita en apoyo de su afirmación el párrafo 669 del Laudo, que se refiere al comportamiento discriminatorio de Chile hacia el señor Pey, y no el párrafo 200 o 201 del Laudo que se refieren a la cuestión de la propiedad de las acciones. A juicio de los Demandantes, se trata de una opción deliberada y minuciosa para evitar a Chile llamar la atención sobre el razonamiento del Tribunal de arbitraje que le ha llevado a rechazar la tesis del contrato de mandato

⁷⁰ Laudo arbitral, p. 203

⁷¹ Laudo §§180-196

⁷² Laudo §§202 y siguientes. La sentencia del 1er Juzgado Civil de Santiago de 24 de julio de 2008 ha considerado igualmente que el señor Pey era el accionista y propietario de EPC Ltda y CPPA S.A. cuando se aplicó a éstas el Decreto n°165 de 1975 (anexo DP48f)

⁷³ Laudo §199

⁷⁴ *Ibid*

⁷⁵ Laudo §200

⁷⁶ Ver la transcripción de la vista oral de 5 de mayo de 2003 (páginas 41-43 ; 57 ; 69 ; 70 ; 78 ; 80 ; 94 ; 97 ; 108-111 ; 133-135 ; 248), 6 de mayo de 2003 (página 312) y 7 de mayo de 2003 (páginas 549 ; 551-553 ; 603)

fondos con los que el Sr. Pey había pagado los títulos de las sociedades provenían de esas personas si tal hubiera sido el caso. No tenía necesidad alguna de obtener una resolución del Tribunal de arbitraje. Por lo tanto, aún si asumiéramos a efectos dialécticos que la inadmisión por el Tribunal de arbitraje de la solicitud de Chile de comunicación de documentos pudiera constituir una violación de una regla fundamental de procedimiento, ésta no podría ser considerada una infracción grave en la medida que no ha tenido consecuencias para la decisión del Tribunal de arbitraje.

La pretendida parcialidad del Tribunal de arbitraje

55. La cuestión de la pretendida parcialidad del Tribunal de arbitraje es sintomática del trato que reserva la República de Chile a los argumentos que le molestan, prefiere ignorarlos y tratar de desviar la atención sobre temas laterales.
56. La República de Chile guarda silencio sobre el hecho de que, durante la denegación de justicia impuesta a los Demandantes que desembocó en la crisis del procedimiento de marzo de 2001 –la renuncia del Presidente Rezek y la sustitución del secretario del Tribunal, D. Gonzalo Flores- los Demandantes *no habían sido informados de que la esposa de este último disfrutaba de una ayuda pecuniaria del Estado chileno*⁷⁷.
57. La Demandada tampoco responde al hecho de que el Sr. Bedjaoui no ha participado en la elaboración del Laudo de 8 de mayo de 2005 sometido a la consideración del Comité *ad hoc*. En contraste, Chile continúa sosteniendo que el procedimiento de arbitraje está totalmente viciado a causa de la pretendida parcialidad del Sr. Bedjaoui.
58. Esta afirmación es tanto más extraordinaria cuando se sabe que en este procedimiento el secreto de la deliberación ha sido efectivamente violentado por el árbitro designado por Chile. Ya no estamos aquí ante especulaciones sino ante un hecho que tanto Chile como el árbitro que éste había designado como el Secretario General del CIADI han reconocido por escrito a finales de 2005⁷⁸, y sobre el que Chile mantiene un extraño silencio. Obsérvese, por lo demás, que a pesar de esta probada violación de una norma fundamental de procedimiento, no por ello el Laudo es anulable. Por un lado, el Sr. Galo Leoro Franco no ha participado en su elaboración y, por otro lado, el Tribunal una vez reconstituido comunicó a todas las partes el documento de trabajo del Tribunal fechado en junio de 2005 a fin de respetar el principio de igualdad entre las partes⁷⁹ - Chile había tenido conocimiento del mismo antes del 22 de agosto de 2005 por el Sr. Leoro Franco.

⁷⁷ Respuesta de los Demandantes del 15-10-2010, punto 33, nota 18. Si el Comité *ad hoc* albergara la menor duda a este respecto, los Demandantes proponen como testigo al Sr. Sam Buffone, abogado de los Demandantes.

⁷⁸ Anexos CN188f, CN191f, CN192f.

⁷⁹ Anexo CN171

59. La realidad es más simple, y como ha indicado el Secretariado al profesor Lalive en el momento de su nombramiento por el Presidente del Consejo administrativo del CIADI, antes de mayo de 2001 el Tribunal de arbitraje no había tomado una decisión sobre su jurisdicción.⁸⁰
60. Por lo demás, no parece ofrecer duda alguna a Chile⁸¹ que la aceptación de su recusación del Sr. Bedjaoui –propuesta el 24 de agosto 2005 - se debe a la carta de éste de 7 de octubre de 2005⁸², si bien lo expresa con moderación cuando indica "*may well have been prompted by Mr Bedjaoui's statement [in his letter of 7 October 2005]*"⁸³. Ahora bien, en esta carta el Sr. Bedjaoui defendía la integridad del procedimiento contra el intento de su corrupción por parte de Chile en este caso, en su parecer.
61. La República de Chile llega incluso a alegar ante el Comité *ad hoc* que encuentra "*largas*" las comunicaciones del juez Bedjaoui durante las deliberaciones del Tribunal a puerta cerrada: «*Mr. Bedjaoui was to present **lengthy memoranda** on the issue of nationality ...*»⁸⁴. De hecho, esta violación deliberada de las deliberaciones contraviene todos los principios y normas que el Sr. Bedjaoui se esforzaba en defender, como lo demuestran los términos de su carta⁸⁵ y sus escritos⁸⁶.
62. El 3 de diciembre de 2010 D. Roberto Dañino, Secretario General del CIADI en 2005, dijo al abogado de los Demandantes que, en consideración al contenido de la carta del juez Bedjaoui de 7 de octubre de 2005, en enero de 2006 recomendó por escrito al Presidente del Comité administrativo del CIADI aceptar su recusación.⁸⁷
63. En vista de estos precedentes, los Demandantes solicitan al Comité *ad hoc* rechazar el recurso de nulidad fundado en el artículo 52(1)(d).

⁸⁰ Anexo CN123f

⁸¹ Sin embargo el Centro no ha motivado su decisión de aceptar la recusación del señor Bedjaoui. Obsérvese que el señor Schreuer en *The ICSID Convention: A commentary* (págs. 1206-1207 de la edición citada de 2009) especula que la aceptación habría sido debida al nombramiento del señor Bedjaoui como Ministro de Asunto Exteriores de la República de Argelia

⁸² Anexo CN183f, accesible en <http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/071005.pdf>

⁸³ Réplica §245

⁸⁴ Punto 13 de la *Request for annulment* de 5 de septiembre de 2008.

⁸⁵ Anexo CN183f, en el que el señor Bedjaoui expresaba su asombro, en efecto, de que el Centro hubiera recibido a la delegación chilena *ex parte* sin informar a los Demandantes de su contenido durante varias semanas; ver al respecto los desarrollos en la Contestación §§50 y siguientes

⁸⁶ Mohammed Bedjaoui *One Man-Three Roles: Some independent comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator* (anexo RALA-42)

⁸⁷ Los Demandantes proponen, si el Comité *ad hoc* albergara la menor duda a este respecto, que el Secretariado General del CIADI comunique una copia de esta recomendación a los miembros del Comité *ad hoc* y a las partes

2. LOS FUNDAMENTOS DE NULIDAD DE LOS PUNTOS 1 A 7 DEL LAUDO

Los Demandantes examinarán en primer lugar los fundamentos de nulidad relativos a la competencia del Tribunal de arbitraje (2,1), limitando sus desarrollos a la condición de inversión según el Convenio (2.1.1), después a la condición de nacionalidad del Sr. Pey (2.1.2) y, por último, a las condiciones de consentimiento al arbitraje en el sentido del API (2.1.3). Los Demandantes dedicarán una segunda parte a refutar los argumentos de Chile sobre violación de las disposiciones del API (2.2), y una tercera parte a los fundamentos de la anulación en relación con el cálculo del perjuicio (2.3).

Los fundamentos de nulidad relativos a la competencia del Tribunal de arbitraje

2.1.1 El derecho de propiedad del señor Pey Casado sobre las acciones de CPP SA y EPC Ltda : la condición de inversión en el sentido de la Convención

64. A lo largo de su Réplica la República de Chile niega haber interpuesto una apelación contra la decisión del Tribunal de arbitraje y pretende que se centra únicamente en los fundamentos de la nulidad.
65. Sin embargo, en la cuestión de la propiedad de las acciones la Réplica consagra cerca de veinte páginas a criticar la decisión del Tribunal de arbitraje de reconocer el derecho de propiedad del Sr. Pey⁸⁸. Para que no se le reproche una apelación disfrazada se preocupa de indicar que sus desarrollos tiene una finalidad meramente informativa, y que "*the Committee members are not being asked to review the Tribunal's conclusions of fact or of law concerning the documents and issues discussed therein*"⁸⁹, precisión que había omitido en su demanda de nulidad.
66. En realidad esos desarrollos inexactos son superfluos y no tienen otro objeto que el de exponer de modo sesgado la decisión del Tribunal presentando sólo los argumentos de la República de Chile, que, por lo demás, no han convencido al Tribunal de arbitraje, omitiendo cuidadosamente mencionar los argumentos y pruebas presentados por los Demandantes durante el procedimiento de arbitraje. El propósito de este ejercicio es convencer a los miembros del Comité *ad hoc* de que el Tribunal de arbitraje ha tomado una decisión sobre la titularidad de acciones carente de fundamento.
67. Este procedimiento no tiene por objeto someter al Comité *ad hoc* los fundamentos de la decisión del Tribunal, los Demandantes no entrarán en ese debate. Destacarán, sin embargo, que esta cuestión - que no ha sido objeto de discusión antes del 3 de mayo 2000⁹⁰ - ha sido

⁸⁸ Réplica pp.168 à 189

⁸⁹ Réplica §303

⁹⁰ La República de Chile no ha cuestionado el derecho de propiedad del señor Pey sobre el diario *El Clarin* en sus escritos de 1999, ver en particular Memorial de incompetencia del 20 de julio 1999 (anexo CN88f) y Réplica del 27 de diciembre de 1999 (anexo CN91f). Esta cuestión no ha surgido sino después de la vista oral

después ampliamente debatida entre las Partes que han tenido, tanto una como la otra, amplia oportunidad para presentar argumentos y pruebas ante el Tribunal de arbitraje. Este no ha sido convencido por la tesis de Chile según la cual el Sr. Pey obraba en calidad de mandatario⁹¹. Los Demandantes respetuosamente invitan, pues, al Comité *ad hoc* a ignorar los desarrollos de la República de Chile sobre esta cuestión.

68. En cuanto a la pretendida extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal de arbitraje sobre la propiedad de las acciones, la posición de la República de Chile ha cambiado un tanto. Así, tras haber alegado que el Tribunal de arbitraje habría omitido aplicar el derecho chileno sobre transferencia de acciones – lo que sigue haciendo - ahora argumenta que el Tribunal habría, también, calificado erróneamente los Protocolos de Estoril y el Acuerdo de Ginebra de contrato de compra-venta en conformidad con el Código de Comercio español y no del Código Civil.

69. Los Demandantes demostrarán que estas afirmaciones no tienen fundamento.

(a) El Tribunal no se ha extralimitado en sus facultades al calificar como contrato de compra-venta la transacción entre el señor Pey y el señor Sainte-Marie

70. Por primera vez en el procedimiento de nulidad, la República de Chile sostiene que el derecho aplicable para calificar los Protocolos de Estoril y el Acuerdo de Ginebra sería el Código Civil español y no el Código de Comercio español. Esto permite de inmediato cuestionar que la presunta extralimitación de facultades sea manifiesta, y la discusión debiera detenerse ahí.

71. En realidad, durante los más de diez años de procedimiento en ningún momento Chile ha sostenido que el derecho aplicable a la validez e interpretación de los Protocolos de Estoril y el Acuerdo de Ginebra fuera el Código Civil español. A lo sumo, la República de Chile ha evocado la aplicación del Código Civil español para justificar el reenvío al derecho chileno en materia de transferencia de la propiedad de las acciones⁹².

72. Así, en su Contestación del 3 de febrero de 2003⁹³, en relación con la cuestión de la interpretación de los acuerdos entre el señor Pey y el señor Sainte-Marie la Demandada se ha

del 3 al 5 de mayo de 2000 (anexo RA-133), en cuyo transcurso la República de Chile ha presentado al Tribunal de arbitraje la Decisión n° 43, de 28 de abril de 2000

⁹¹ Es interesante subrayar que los desarrollos presentados por la República de Chile en la Réplica retoman de manera casi íntegra los argumentos expuestos en su Contestación del 3 de febrero de 2003, anexo RA-19

⁹² Contestación del 3 de febrero de 2003 (anexo RA-19) pp.341-342

⁹³ Como se ha indicado, la cuestión de la propiedad de las acciones no ha sido discutida entre las partes antes de la vista oral de mayo de 2000. Es, pues, en la Contestación del 3 de febrero de 2003 cuando la República de

contentado con hacer una interpretación literal de estos actos jurídicos, sin aplicar norma legal alguna⁹⁴. La cuestión del derecho aplicable no ha sido abordada por la Demandada más que para la cuestión de transferencia de acciones de sociedades anónimas registradas en Chile. La República de Chile pretendía entonces que la posición de los Demandantes era insostenible y que la transferencia de acciones de una sociedad anónima debía regirse por la legislación chilena y, en particular, por el artículo 451 del Código de Comercio, el artículo 37 del Reglamento de sociedades anónimas⁹⁵.

73. Eso es lo que, por lo demás, ha subrayado el Tribunal de arbitraje en su Laudo al indicar:

El Tribunal cree oportuno recordar que, en la última fase de su argumentación, el Estado demandado ha estimado inútil el análisis del derecho internacional privado planteado por las Demandantes y concentrado su crítica en torno a la calificación del contrato sostenida por aquellas. La argumentación de la Demandada equivale en realidad a aceptar el análisis del derecho internacional privado de las Demandantes y a sostener que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra no se pueden interpretar como un contrato de venta de las acciones de CPP S.A., sea cual sea el derecho aplicable. Bajo esta perspectiva, la Demandada ha desarrollado toda una argumentación basada en los términos precisos empleados en los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra. Analizando los términos del contrato de manera aislada y en su sentido literal, la Demandada se esforzó en demostrar que estos documentos no podían, en definitiva, tener un significado preciso”⁹⁶ (subrayado añadido).

74. En cuanto a la ley aplicable a la interpretación de esos documentos contractuales, si el Tribunal no ha indicado *expressis verbis* en su Laudo que era el derecho español, ha hecho, sin embargo, referencia al mismo⁹⁷ al reenviar al análisis de los Demandantes durante las vistas orales de 2003⁹⁸ y citar la sustancia del artículo 1445 del Código Civil español -el acuerdo de voluntades en la cosa y el precio⁹⁹. También ha subrayado, por lo demás, que este análisis no había sido impugnado por el Estado chileno. Conviene, además, señalar que al referirse al acuerdo de voluntades en la cosa y en el precio¹⁰⁰ el Tribunal ha aplicado igualmente el Código Civil español y, en particular, su artículo 1445.

Chile expone sus argumentos sobre la calificación de los Protocolos de Estoril y el acuerdo de Ginebra (anexo RA-19, sección V, páginas 291 y siguientes)

⁹⁴ Contestación del 3 de febrero de 2003 (anexo RA-19), páginas 294 y siguientes. Asimismo, en su informe el señor Sandoval indica, en cuanto a la interpretación de los "Protocolos de Estoril", que no hará "*référéncie aux questions relatives à la loi applicable ni à l'existence, à la validité et aux effets d'un accord passé au Portugal (...)*" (anexo RA-06 p.29)

⁹⁵ Contestación del 3 de febrero de 2003 (Pièce RA-19) pp.337 y siguientes

⁹⁶ Laudo §220

⁹⁷ Laudo §222

⁹⁸ Vista oral del 5 al 7 de mayo de 2003 (anexo RA-24), páginas 117 y siguientes y, en particular, página 121 indicando que según el derecho español la venta se produce cuando hay acuerdo en la cosa y en el precio

⁹⁹ Artículo 1445: "*Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.*"

¹⁰⁰ Laudo §222

75. De ello se desprende que la República de Chile no tiene hoy fundamento para impugnar, por primera vez ante el Comité *ad hoc*, un argumento al que no se opuso durante el procedimiento de arbitraje.

76. En cualquier caso, incluso si el comité *ad hoc* considerara que se trata de un "*annulable error*", *quod non*, éste no justificaría la anulación del Laudo si no ha influido en la decisión del Tribunal¹⁰¹. Lo que no es el caso, tal como acabamos de demostrar. Más aún, como lo subraya el Tribunal de arbitraje, el examen del derecho aplicable a la validez del contrato de compra-venta lo ha realizado sólo por "*le souci d'être complet*"¹⁰².

77. En realidad, primero el Tribunal de Arbitraje ha analizado la cuestión de la propiedad de las acciones de CPP SA por el Sr. Pey en base a un conjunto de hechos – en particular que el propietario de las acciones era el Sr. Sainte-Marie, el pago de sumas de dinero, la firma de acuerdos sobre la transferencia de las acciones, la toma del control efectivo del diario por el señor Pey, la posesión de los títulos por el señor Pey en el momento de la toma del diario por las autoridades *de facto* en Chile¹⁰³. Después hace referencia al análisis que hicieron esas autoridades chilenas en el momento de la confiscación¹⁰⁴.

78. Por lo tanto, aún si a efectos dialécticos se admitiera que el Tribunal de arbitraje ha aplicado erróneamente el Código de Comercio español, ello no podría entrañar la nulidad del Laudo.

(b) El Tribunal de arbitraje ha aplicado el derecho chileno a la cuestión de la transferencia de las acciones

79. También aquí la position de la República de Chile ha evolucionado. En su demanda de nulidad escribía :

*(...) instead of simply applying the law that the Tribunal itself recognized as applicable, it impermissibly undertook to examine other aspects of Chilean law and practice (...)*¹⁰⁵.

80. En otras palabras, lo que reprochaba la República de Chile al Tribunal de arbitraje era haber comprobado si, en derecho chileno, no respetar las formalidades previstas en el Código de Comercio u otra disposición del Reglamento de Sociedades Anónimas era sancionado con la

¹⁰¹ *Supra* §32

¹⁰² Laudo §219

¹⁰³ Laudo §§180-196

¹⁰⁴ Laudo §§202 a 218

¹⁰⁵ Demanda de nulidad §496

nulidad absoluta del acto de la cesión¹⁰⁶. Según aquella, tras constatar que el artículo 451 del Código de Comercio y el artículo 37 del Reglamento mercantil eran aplicables y que las formalidades allí establecidas no habían sido respetadas, el Tribunal de Arbitraje debiera haber terminado su análisis y declarado la nulidad de la transferencia de las acciones.

81. Esto no es lo que sostiene la República de Chile en su Réplica. Hoy Chile pretende que el Tribunal de arbitraje no habría aplicado las disposiciones del Código de Comercio de Chile o en el Reglamento mercantil al pronunciarse sobre la validez de la transferencia de las acciones al señor Pey, sino que en realidad habría aplicado las disposiciones del Código Civil¹⁰⁷.

82. Al no haber hecho el Tribunal de arbitraje referencia alguna al Código civil en el Laudo, la República de Chile procede por deducción al afirmar :

Given the lack of specific explanation by the Tribunal, it can be inferred that it accepted Claimant's arguments regarding the validity of the transfer of control of the intra partes object, based on Chilean Law rules mentioned by Claimants' expert, especially since the Tribunal stated that the Commercial Code and Corporation Regulations in Chile were only applicable to determine erga omnes validity¹⁰⁸.

83. La República de Chile pretende hacer sostener al Tribunal de arbitraje un razonamiento que no es el suyo, a fin de hacerlo coincidir con su fundamento de nulidad por inaplicación del derecho aplicable. El Comité *ad hoc* no se dejará engañar por esta superchería.

84. Este razonamiento de Chile es tanto más sorprendente cuanto que es precisamente en virtud del Código Civil chileno, en particular del artículo 1682, que Chile y su experto sostenían la nulidad de la cesión. Por lo tanto, cuando el Tribunal de arbitraje destaca "*Después de manifestar la 'indiscutible preeminencia del Código de Comercio sobre el Código Civil en la materia', no señala disposición alguna de dicho código en la que se contemple la sanción de nulidad en caso de no respetarse el artículo 451¹⁰⁹*", es para indicar que el artículo 1682 del Código civil no es aplicable y no puede justificar la nulidad de los actos de la cesión.

85. Al respecto, los desarrollos afirmando que la inobservancia de las formalidades legales sería sancionada con la nulidad absoluta del acto¹¹⁰ ya han sido rechazadas por el Tribunal de arbitraje¹¹¹. En particular, la sentencia de 15 de diciembre 1942 citada por el experto de Chile, a la que se hace referencia en la Réplica, no indica que su falta de inscripción en el registro de

¹⁰⁶ Laudo §227

¹⁰⁷ Réplica §§375-389

¹⁰⁸ Réplica §378

¹⁰⁹ Laudo §227

¹¹⁰ Réplica §386

¹¹¹ Laudo §§227-228

accionistas es sancionada con la nulidad del contrato de compraventa de las acciones¹¹². Volver a presentar esta cuestión ante el Comité *ad hoc* es una apelación sobre el fondo.

86. El Comité *ad hoc* deberá por lo tanto rechazar la demanda de nulidad basada en la pretendida extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal al decidir la propiedad de las acciones del diario El Clarín.

2.1.2 La nacionalidad española exclusiva del señor Pey Casado: la condición de nacionalidad en el sentido de la Convención

87. La República de Chile rechaza la decisión del Tribunal Arbitral sobre la nacionalidad del Sr. Pey porque, según aquella, el Tribunal no podía legítimamente descartar las afirmaciones del Sr. Cea, Presidente del Tribunal Constitucional de Chile, formuladas en calidad de representante de la demandada durante la vista oral de enero de 2007¹¹³. Por lo tanto, el Tribunal necesariamente se habría extralimitado manifiestamente en las facultades.
88. Para dar más peso a su argumento sostiene que el Tribunal no habría motivado su decisión y que habría invertido la carga de la prueba, imponiendo a Chile la *probatio diabolica*.
89. A pesar de las más de cuarenta páginas en que desarrolla esta cuestión, Chile no responde con seriedad a los argumentos de los Demandantes, que siguen siendo pertinentes y a los que respetuosamente reenviamos al Comité *ad hoc*¹¹⁴.

(a) El Tribunal de arbitraje no ha invertido la carga de la prueba

90. La República de Chile hace caso omiso de los argumentos de los Demandantes al continuar afirmando que el Tribunal habría decidido que el Sr. Pey Casado no era chileno porque aquella no habría presentado la prueba de que la renuncia a la nacionalidad chilena es contraria a la Constitución. Hace de este modo abstracción del conjunto de argumentos y pruebas presentados al Tribunal en demostración de que el derecho a renunciar a la nacionalidad es reconocido, aceptado y aplicado por la administración y las jurisdicciones chilenas.

¹¹² Laudo §227 y nota de pie de página n°177

¹¹³ Sobre las circunstancias de su intervención, ver la Contestación, §§63-64

¹¹⁴ Contestación §§294 a 371

91. Convencida de que sólo su posición es aceptable, la República de Chile rehúsa que el Tribunal de arbitraje haya podido encontrar en las normas legales internas y la práctica de los tribunales chilenos el reconocimiento del derecho a renunciar voluntariamente a su nacionalidad. Sin embargo es lo que el Tribunal ha hecho, como se ha demostrado en la Contestación, y ese solo hecho permite rechazar la pretensión de la Demandada sobre la carga de la prueba.
92. Así, la Demandada ignora el argumento de los Demandantes de que el Tribunal no se ha apoyado en las reglas sobre la carga de la prueba para determinar la nacionalidad del señor Pey¹¹⁵, y de que se ha forjado su propia opinión en vista del conjunto de pruebas y argumentos presentados por las partes¹¹⁶.
93. En todo caso, aun si se considera el principio *actori probatio incumbit* como una regla intangible, ello no permite afirmar que el Tribunal ha invertido la carga de la prueba. En efecto, de acuerdo con este principio la carga de la prueba recae en quien afirma¹¹⁷. En este caso, el Sr. Pey ha demostrado que reúne las condiciones establecidas en el artículo 25 y, en particular que ha renunciado a la nacionalidad chilena. La prueba de ello es que las propias autoridades chilenas han inscrito ese estatus en la ficha-registro del estado civil del interesado.¹¹⁸
94. Por el contrario, la afirmación de que esa renuncia sería ilegal en derecho chileno y por tanto ineficaz proviene de la República de Chile, le corresponde pues probarla¹¹⁹.

¹¹⁵ Contestación §§308 a 315

¹¹⁶ En la Decisión sobre la competencia pronunciada en el caso *Grand River Enterprises Six nations*, el Tribunal de arbitraje ha indicado en cuanto a la carga de la prueba : "*The Parties differed as to which of them bore the burden of proof on disputed facts bearing on jurisdiction. Claimants contended that, as the moving party opposing jurisdiction, the Respondent bore the burden of proof. Respondent disagreed, maintaining that the Claimants were obliged to establish the facts required for the Tribunal to have jurisdiction. Nevertheless, both Parties presented extensive evidence to support their positions regarding application of Article 1116(2) and 1117(2). For its part, the Tribunal considered all of the extensive documentation produced and did not exclude any evidence on the ground that it was belatedly produced. Accordingly, the Tribunal did not find it necessary to determine which Party had a burden of going forward with the evidence*", *Grand River Enterprises Six nations Ltd. c/ USA*, Decisión sobre la competencia de 20 de julio de 2006 §37 (subrayado añadido)

¹¹⁷ Ver igualmente: "*Ei qui affirmat non ei qui negat incumbit probatio*", citados en "*Burden of Proof Regarding Jurisdiction*", Baiju S. Vasani y Timothy L. Foden, *Arbitration Under Investment Agreements*, Katia Yannaca-Small, ed. 2010, p. 271, haciendo referencia a "*Burden of Proof and related Issues*", Mojtaba Kazazi, *Kluwer Law* 1996, p. 221 (anexo RALA-090)

¹¹⁸ Laudo §317

¹¹⁹ A este respecto, se subraya que contrariamente a lo que afirma Chile, en modo alguno se trata de hacer soportar a Chile la *probatio diabolica*. No se trata, en efecto, de que la Demandada aporte una prueba negativa sino de demostrar que el derecho chileno no reconoce la renuncia. Como se ha demostrado en el procedimiento, esta cuestión ha sido ampliamente debatida en las jurisdicciones chilenas

95. Este principio, como han subrayado los Demandantes en su Contestación¹²⁰, ha sido enunciado por el Tribunal de Arbitraje en el asunto *Siag et Vecchi c. Egypte*.¹²¹
96. Esta decisión y sus fundamentos presentan un particular interés pues son similares las circunstancias en las que ha habido que resolver la cuestión de la carga de la prueba.
97. Egipto había formulado una excepción de incompetencia basada en la nacionalidad de los demandantes, afirmando, en particular, que el Sr. Siag, de nacionalidad italiana, era en las fechas pertinentes de la Convención también de nacionalidad egipcia. El Sr. Siag, por su parte, afirmaba haber perdido la nacionalidad egipcia al obtener la nacionalidad libanesa, lo que cuestionaba Egipto.
98. Se trataba, pues, como en la especie, de establecer si el demandante era o no nacional del Estado receptor. La asignación de la carga de la prueba de esta nacionalidad era una cuestión litigiosa entre las partes.
99. En el Laudo el Tribunal de arbitraje ha dicho en repetidas ocasiones y de forma inequívoca¹²² que recae sobre Egipto la carga de la prueba respecto a todas las excepciones a la jurisdicción y la oposición en cuanto al fondo:

*The Tribunal considers that the burden of proof in respect of all jurisdictional objections and substantive defences lies with Egypt. The Tribunal concurs with the opinion of Professor Reisman, that it is a widely-accepted principle of law that the party advancing a claim or defence bears the burden of establishing that claim or defence.*¹²³

100. Este mismo principio había sido por lo demás aplicado ya por el Tribunal de arbitraje en su decisión sobre la competencia del 11 de abril de 2007 :

*That was the determination of the Tribunal in the Decision on Jurisdiction, wherein it held that Egypt bore the burden of proving its objections to jurisdiction*¹²⁴.

¹²⁰ Contestación §§270-271

¹²¹ Laudo pronunciado en el caso *Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, Dossier CIRDI No. ARB/05/15, 1 de junio de 2009. En este laudo formula una opinión disidente D. Francisco Orrego Vicuña, asesor de Chile en el caso Pey Casado según aparece en las facturas nos. EG.1031; EG.35; EG.409 comunicadas al CIADI por la República de Chile el 3 de noviembre de 2007

¹²² Laudo en el caso *Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. Egypte*, Dossier CIRDI No. ARB/05/15, 1 de junio de 2009 §§315, 316, 317, 357

¹²³ *Ibid.*, §318

¹²⁴ *Ibid.*, §318

101. Para minimizar la decisión en el caso *Siag*¹²⁵ Chile se prevale de la decisión adoptada por el Comité *ad hoc* en el caso *Soufraki*¹²⁶. Según la Demandada¹²⁷, esta decisión avalaría la tesis según la cual la carga de la prueba en materia de competencia y, en particular, en lo que respecta al requisito de la nacionalidad, recae siempre en el demandante.
102. El análisis que de esta decisión hace la República de Chile es errónea.
103. En primer lugar, el Comité *ad hoc* que ha pronunciado el laudo *Soufraki* no tuvo que decidir la cuestión de la asignación de la carga de la prueba como en la especie, sino que tenía que pronunciarse sobre la existencia o no de una extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal de arbitraje¹²⁸.
104. Sobre todo, la posición adoptada por el Tribunal y ratificada por el Comité *ad hoc* sobre esta cuestión no contradice la posición de los Demandantes por dos razones al menos.
105. En primer lugar, en el caso *Soufraki* se trataba para el Demandante de probar que poseía la nacionalidad del otro Estado contratante, a saber, la nacionalidad italiana. En este punto, el Tribunal de arbitraje y el Comité *ad hoc* consideraron que, en efecto, pertenecía a la demandante aportar esta prueba¹²⁹.
106. En segundo lugar, si el tribunal de arbitraje hace reposar la carga de la prueba en el demandante, esta exigencia se limita a aportar una prueba *prima facie*. Si el señor Soufraki hubiera sido capaz de demostrar *prima facie* que tenía la nacionalidad italiana, el Comité *ad hoc* admite que la carga de la prueba se habría desplazado a la demandada¹³⁰.
107. Ahora bien, en la especie la nacionalidad española del Sr. Pey no es cuestionada en modo alguno. La dificultad radica en cuanto a saber si el demandante tiene también la nacionalidad del Estado de acogida. Por lo tanto, el principio establecido en el caso *Soufraki* no es apropiado aplicarlo en la especie.

¹²⁵ Los Demandantes citaron este laudo en su Contestación §272

¹²⁶ *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Dossier CIRDI No ARB/02/7, Decisión del Comité *ad hoc*, 5 de junio de 2007.

¹²⁷ Réplica §215

¹²⁸ *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Dossier CIRDI No ARB/02/7, Decisión del Comité *ad hoc*, 5 de junio de 2007, §30

¹²⁹ *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Dossier CIRDI No ARB/02/7, Decisión del Comité *ad hoc*, 5 de junio de 2007, §109

¹³⁰ Decisión del Comité *ad hoc* pronunciada en el caso *Soufraki c. Emirats Arabes Unis*, Dossier CIRDI No ARB/02/7 de 5 de junio de 2007, §109

- (b) El Tribunal ha aplicado a la determinación de la nacionalidad del señor Pey el derecho chileno, del que forma parte la Convención de doble nacionalidad, y los principios pertinentes del derecho internacional

108. La posición de Chile respecto a la no aplicación del derecho chileno en materia de nacionalidad parece hoy aclararse. El reproche formulado por la República de Chile contra el Tribunal de arbitraje es que este último habría adoptado una interpretación del derecho chileno "*flatly inconsistent with the actual law of the country in question as determined by its relevant domestic courts, doctrine and nationalities*"¹³¹. Chile parece, pues, abandonar la posición consistente en decir que el Tribunal de arbitraje no tenía la facultad de interpretar el derecho chileno.

109. La Demandada afirma :

*If a tribunal does not apply the national law as it is applied in the relevant country, the Tribunal is in fact not applying the national law but rather re-writing that law, or applying some other set of norms in substitution of the actual national law*¹³².

Según la República de Chile, la interpretación adoptada por el Tribunal de arbitraje sería insostenible.

110. Este argumento tiene la ventaja de permitir a Chile presentar a los miembros del Comité *ad hoc* los argumentos y pruebas que ya antes sometió a la apreciación del Tribunal de arbitraje para tratar de convencerles de lo correcto de su afirmación. Es de este modo como trata de justificar sus desarrollos en los párrafos 268 a 290. Se trata, en propiedad, de un procedimiento de apelación.

111. Más allá del carácter discutible de la posición de Chile¹³³, se recordará que sólo la extralimitación manifiesta en las facultades es susceptible de conllevar la nulidad del Laudo¹³⁴. Así, la misión del Comité *ad hoc* no es la de decir si la interpretación adoptada por el Tribunal es o no conforme con el derecho chileno¹³⁵, sino decir si esta interpretación es manifiestamente¹³⁶ contraria a los principios del derecho chileno. Sobre este último punto, el Comité *ad hoc* en el caso *CDC* ha precisado que no podría ser caracterizada la extralimitación manifiesta de las facultades cuando la cuestión planteada fue objeto de debate y requería el

¹³¹ Réplica §263

¹³² Réplica §265

¹³³ Ver los desarrollos de los Demandantes en su Contestación §§216-223

¹³⁴ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *MINE c/Republic of Guinea*, CIRDI N° ARB/84/4 de 14 de diciembre de 1989, §4.06

¹³⁵ A este respecto los Demandantes remiten a sus desarrollos en la Contestación §§219-220

¹³⁶ Sobre el significado del término *manifesto*, ver Contestación §§224-225

análisis por parte del Comité *ad hoc* de los documentos sometidos al examen del Tribunal de Arbitraje¹³⁷.

112. En la especie, el Tribunal de arbitraje ha indicado, sin ambigüedad, que examinaría la cuestión de la renuncia a la nacionalidad chilena en conformidad con el derecho chileno.¹³⁸ También ha tenido en cuenta, por lo demás, la Constitución de Chile, a la que ha hecho referencia más de veinte veces al tratar la cuestión de la nacionalidad.
113. No hay duda de que esta cuestión ha sido debatida entre las partes¹³⁹ y que la interpretación sostenida por los Demandantes ha estado apoyada en pruebas serias¹⁴⁰.
114. En efecto, los Demandantes han respondido a cada uno de los argumentos y pretendidas pruebas de la República de Chile con una demostración contraria. Sin necesidad de repetir todo el debate que ya tuvo lugar ante el Tribunal de arbitraje, los Demandantes demostrarán que no sólo el Tribunal de arbitraje estaba facultado para interpretar la Constitución sino también que su interpretación está, además, bien fundamentada. Mientras que la de la delegación de Chile es arbitraria, incompatible con la Convención de doble nacionalidad (CDN) España-Chile y entra en conflicto con la Constitución de Chile tal como es aplicada por las jurisdicciones internas.
115. En primer lugar, para sostener que el Tribunal de arbitraje “*was required to focus on the content of the plain text of the Constitution*”¹⁴¹, la República de Chile afirma que es exhaustiva la lista prevista en el artículo 11 de la Constitución chilena de 1980 de los motivos de pérdida de la nacionalidad. Según ella, tanto la jurisprudencia como la doctrina corroborarían ese estado de hecho¹⁴², sin citar por lo demás ninguna decisión en apoyo de su pretensión e ignorando en términos absolutos que la nacionalidad chilena del Sr. Pey se rige por la CDN con España de 24 de mayo de 1958.

¹³⁷ "Any excess apparent in a Tribunal's conduct, if susceptible of argument "one way or another" is not manifest. As one commentator has put it, "if the issue is debatable or requires examination of the materials on which the tribunal's decision is based, the tribunal's determination is conclusive. (...) Regardless of our opinion of the Tribunal's legal analysis, however, our inquiry is limited to a determination of whether or not the Tribunal endeavored to apply English law. That it did so is made plain by its explicit statement in the Award that it did as well as by its repeated citation to relevant English authorities", Decisión del Comité *ad hoc* pronunciada en el caso *CDC Group c/ Republic of Seychelles*, CIRDI No. ARB/02/04 de 29 de junio de 2005 §§41 et 45

¹³⁸ Laudo §260

¹³⁹ Laudo §297

¹⁴⁰ Por ejemplo, anexos mencionados en §§256-257 de la Contestación

¹⁴¹ Demanda de nulidad §443

¹⁴² Réplica §226

116. Sin retomar la doctrina y la jurisprudencia¹⁴³, el carácter limitativo del artículo 11 –al margen de su carácter punitivo, pues recuperar la nacionalidad perdida en virtud de uno de los motivos en el mismo establecido exige una ley del Parlamento – está contradicho por la existencia de algunos Convenios internacionales vigentes en Chile que prevén la renuncia a la nacionalidad chilena al margen de los casos previstos en dicho artículo. A modo de ejemplo, como señala el Tribunal de Arbitraje, la Convención Panamericana de Río de Janeiro de 1906¹⁴⁴, todavía vigente en Chile, permite a un doble nacional renunciar a una de sus nacionalidades si expresa este abandono cuando restablece su domicilio en su país de origen¹⁴⁵.
117. No se ha cuestionado en el transcurso del arbitraje que la Convención internacional de Río de Janeiro y el CDN España-Chile forman parte del sistema jurídico chileno y que son aplicadas.
118. El único argumento de la República de Chile aún hoy¹⁴⁶ es que la Convención internacional de Río no es aplicable al Sr. Pey al no ser España una parte signataria. Sin embargo, no es esa la cuestión.
119. La aplicación de la Convención de Río en Chile evidencia que un doble nacional puede renunciar válidamente a la nacionalidad chilena sin necesidad de adquirir otra nacionalidad, siendo así que este caso no está expresamente previsto en el artículo 11 de la Constitución chilena. El Tribunal tiene, pues, perfecto derecho a señalar que "*el propio texto del artículo 11 de la Constitución chilena resulta ambiguo en cuanto a esta cuestión y no permite afirmar o postular en absoluto el pretendido carácter limitativo de los casos enumerados de pérdida de la nacionalidad*".¹⁴⁷
120. En paralelo, la República de Chile guarda silencio sobre la Convención sobre la doble nacionalidad entre España y Chile ("CDN España-Chile"), que prevalece sobre el artículo 11 de la Constitución chilena¹⁴⁸ y a cuyos beneficios cualquier persona puede renunciar. A este respecto, citaremos la respuesta de 29 de enero de 2004 de la Dirección General de Registros del Ministerio de Justicia, la mayor instancia del Estado español con competencia en esta materia, que indica respecto de la situación del Sr. Pey:

¹⁴³ Citaremos a modo de ilustración la sentencia del 2 de abril 2001 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, ratificada por la Corte Suprema el 13 de junio de 2001, desestimando los argumentos de la administración chilena, sensiblemente idénticos a los sostenidos por la delegación de Chile ante el Tribunal de arbitraje (anexo CN122f)

¹⁴⁴ Anexo CN01f

¹⁴⁵ Laudo §313

¹⁴⁶ Réplica §§279 y siguientes

¹⁴⁷ Laudo §308

¹⁴⁸ Ver en el anexo DP08 la opinión del Profesor de Derecho Internacional D. Diego Guzmán, de la Universidad de Chile, en Tratado de Derecho Internacional Privado, Santiago, reedición de 2003, p. 5

“En este sentido se entiende que la doble nacionalidad hispano-chilena no es una imposición a los particulares, sino una facultad o beneficio que a éstos se les concede y al que pueden renunciar (cfr. art. 1 del Convenio)¹⁴⁹ (subrayado añadido).

Observamos que la Constitución de Chile vigente entre 1985 y 2005 reenvía de manera expresa a tratados tales como la CDN España-Chile, como puede verse en la versión del artículo 10 de la Constitución de 1980 vigente hasta 2005¹⁵⁰ que la delegación de Chile ha omitido mostrar al Comité *ad hoc*.

121. En términos más generales, los Demandantes respetuosamente remiten a los miembros del Comité *ad hoc* a los argumentos que expusieron durante la vista oral celebrada el 15 de enero de 2007¹⁵¹, demostrativos de que los motivos de sanción enumerados en el artículo 11 de la Constitución chilena no son el único medio de perder la nacionalidad chilena.
122. Para demostrar que la interpretación del Tribunal es contraria al derecho chileno la Demandada sigue pretendiendo que sólo la renuncia por causa de naturalización estaría reconocida en el derecho chileno ya que es el único caso de renuncia previsto en el artículo 11 de la Constitución. Así, para poder "renunciar" a su nacionalidad chilena haría falta que un chileno adquiriera la nacionalidad de otro Estado por naturalización. Esta renuncia sería automática y no podría ser voluntaria¹⁵². Se trataría en realidad más de una sanción de pérdida de la nacionalidad que de una renuncia.
123. Esta afirmación es contraria al derecho positivo en Chile. A modo de ejemplo, la Corte Suprema chilena en una sentencia de 19 de marzo 1993¹⁵³ ha precisado que la pérdida de la nacionalidad no es automática sino que debe ser explícita:

Para que se produzca la pérdida de la nacionalidad chilena debe concurrir la formalidad esencial de la renuncia expresa a ella para obtener una distinta.

Para los jueces chilenos la renuncia requiere por lo tanto un acto voluntario y no puede tener lugar de forma automática por el mero hecho de adquirir una segunda nacionalidad.

124. Al ser el Sr. Pey beneficiario de doble nacionalidad hispano-chilena, Chile ha sostenido que para poder renunciar o abandonar su nacionalidad chilena debería adquirir una tercera nacionalidad, lo que es manifiestamente absurdo¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Comunicación formal sobre la renuncia del señor Victor Pey a la nacionalidad chilena, de 29 de enero de 2004, anexo DP40

¹⁵⁰ Anexos DP01, CN02f (Constitución en vigor en 1970), CN32a (Constitución de 1980, versión original)

¹⁵¹ Anexo CN213 pp.78 y siguientes

¹⁵² Réplica §271

¹⁵³ Anexo CN44

125. En realidad, como ha indicado el Tribunal de arbitraje¹⁵⁴, la *ratio legis* subyacente de la regla constitucional es que la renuncia voluntaria no debe conducir a una situación de apatridia. Un doble nacional que renuncia a una de sus nacionalidades, en particular cuando esta no es la nacionalidad efectiva, no se convierte en apátrida. Es precisamente este tipo de casos los que prevén la Convención Panamericana de Río de Janeiro de 1906 y la CDN España-Chile de 1958.
126. Por último, el Tribunal ha observado que la interpretación de la Constitución propuesta por Chile equivaldría a aplicar un régimen discriminatorio en materia de renuncia voluntaria: “*permisivo en caso de adquisición de otra nacionalidad y prohibitivo en caso de que ya se haya adquirido otra nacionalidad, es decir, en caso de doble nacionalidad*”¹⁵⁶. Semejante diferencia de trato no está justificada.
127. Por lo demás, la ilegalidad de un trato discriminatorio en materia de renuncia voluntaria ha sido reconocida por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la sentencia de 2 de abril de 2001¹⁵⁷, que ha indicado la naturaleza sancionadora de la lista de motivos de pérdida de la nacionalidad establecida en el artículo 11 de la Constitución

OCTAVO: Que no resulta ocioso, para reafirmar más allá de toda duda la interpretación que se ha hecho en especial del artículo 11 N° 1 de nuestra Carta Fundamental, dejar constancia que la interpretación restrictiva que hacen los recurridos de la norma del N° 1 del artículo 11 de la Constitución, en cuanto sólo sería aplicable a los chilenos de origen, que perderían la nacionalidad chilena por adquirir otra extranjera, lo que no ocurre si quien adquiere una nacionalidad extranjera es un chileno, que obtuvo carta de nacionalidad en nuestro país, es una distinción arbitraria e ilegal pues, como se dijo, la recta interpretación de ella no permite hacer tal distinción, pues ello pondría a los chilenos de origen en una situación diferente respecto de los chilenos nacionalizados, lo que no es permitido ni por la ley y meno por nuestra Carta Fundamental.

(...)

DÉCIMO: Que, por último, también demuestra la ilegalidad y arbitrariedad que se contiene en la interpretación del artículo 11 N° 1 de la Constitución Política de la República, hecha por los [funcionarios] recurridos respecto de la situación del recurrente, (...) el señor RIZO CASTELLÓN, para dejar la nacionalidad chilena adquirida en el año 1986, estaría obligado a incurrir en conductas reprochables que obligaran a las autoridades chilenas pertinentes a cancelarle su carta de nacionalización chilena; sin duda ésta no puede ser la correcta interpretación de las normas que sobre nacionalización rigen en nuestro país, no cabe exigir a una persona cuya voluntad y deseo es dejar de ser chileno, deba para ello incurrir en inconductas y obtener por la vía de la sanción la pérdida de la nacionalidad chilena adquirida voluntariamente, es más, también se opone a ello el artículo 20 N° 3 del Decreto N° 053,

¹⁵⁴ Laudo §311

¹⁵⁵ Laudo §309

¹⁵⁶ Laudo §311

¹⁵⁷ Anexo CN122e. Esta sentencia ha sido confirmada por la Corte Suprema chilena en la sentencia de 13 de junio de 2001; ver la vista oral del 15 de enero de 2007, anexo RA-26 p.75

publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, que expresamente dispone 'A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla', dado que a este último resultado llega la interpretación dada por los recurridos a lo preceptuado por el artículo 11 N 1 de la Carta Fundamental'¹⁵⁸ (subrayad añadido).

128. Subrayamos que el Tribunal de Arbitraje ha oído el comentario del Profesor Avilés¹⁵⁹ acerca de esta decisión, quien indica:

*"La Corte rechazó esta argumentación, acogiendo el recurso sobre la base de una interpretación que, en el fondo, reconoce el derecho a dejar de ser chileno en términos más amplios de lo que sugiere el texto constitucional, pues no se puede obligar a un nacionalizado a incurrir en conductas reprochables para lograr, de tal forma, la aplicación de otra causal de pérdida de la nacionalidad"*¹⁶⁰.

129. Los hechos de esta sentencia interna no son idénticos a la situación del Sr. Pey pues el Sr. Castellón no era beneficiario de un convenio de doble nacionalidad. Por lo tanto, para obtener la naturalización chilena había tenido que renunciar a la nacionalidad nicaragüense. Al desear recuperar su nacionalidad de origen, aquel hizo ante las autoridades de Nicaragua las gestiones que le permitieron recuperar la nacionalidad, y renunció voluntariamente a su nacionalidad chilena al no desear conservarla; mientras que el Sr. Pey no tuvo que renunciar a la nacionalidad española en virtud de su adhesión a la CDN, le ha bastado dar ante las autoridades españolas los pasos que le permiten prevalerse de la nacionalidad española y, luego, ha renunciado a la chilena. Es esta diferencia en los hechos la que lleva al Tribunal de arbitraje a indicar en el Laudo que no hay "*jurisprudence pertinente*" en la materia¹⁶¹.

130. Subrayamos, además, que la República de Chile se prevale de esta sentencia, en particular de su cuarto considerando, para sostener que es imposible perder la nacionalidad por renuncia¹⁶². Omite, sin embargo, citar los restantes considerandos de la decisión que llevaron a la Corte de Apelaciones a ordenar a los funcionarios reconocer que el Sr. Castellón había perdido la nacionalidad chilena; a saber, que la imposibilidad en cuestión se refiere específicamente a la sola renuncia sin aportar la prueba de haber accedido a otra nacionalidad, a fin de excluir la apatridia.

¹⁵⁸ Anexo CN122f

¹⁵⁹ El Profesor Avilés figura en el expediente de arbitraje como experto de la República de Chile en la cuestión de la nacionalidad

¹⁶⁰ Vista oral del 15 de enero de 2007, p. 80 (citando el capítulo 4 de la contribución del Professeur Avilés "*la jurisprudencia chilena como anticipación de la reforma*" [de 2005])

¹⁶¹ Laudo §307

¹⁶² Réplica §276

131. Por último, esta decisión contradice la tesis de Chile, también rechazada por el Tribunal¹⁶³, según la cual el derecho a cambiar de nacionalidad no incluiría el derecho a renunciar a la nacionalidad¹⁶⁴. El Comité *ad hoc* advertirá a este respecto que la Corte Suprema de Chile ha señalado que el derecho a cambiar de nacionalidad está incorporado al ordenamiento jurídico chileno desde 1991, la fecha del decreto que integra en el ordenamiento interno chileno la Convención Americana de protección de los derechos humanos¹⁶⁵.

132. Además, a fin de defender las manifestaciones del Sr. Cea durante la vista oral de 2007, la Demandada se ofusca ante la conclusión del Tribunal según la cual la reforma constitucional de 2005 no hizo sino confirmar una práctica pretoriana y administrativa¹⁶⁶. Chile pretende así que

"The amendment of the law had one specific purpose: to grant Chilean nationals - for the first time- a right of voluntary renunciation under Chilean law" (Réplica §282).

133. Sin embargo, el Tribunal de Arbitraje no es el único que llega a esa conclusión. A modo de ejemplo los Demandantes citaron un artículo publicado por el profesor Avilés¹⁶⁷ en 2005 en el libro titulado "*Reforma Constitucional*"¹⁶⁸, en el que señala:

*Al analizarse la reforma, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado estimó que debía aceptarse la doble nacionalidad como regla general, toda vez que la adquisición de una nueva nacionalidad, no podía interpretarse como repudio a la de origen. Al efecto, se concordó que esta causal debía reemplazarse por una nueva que precisara que la nacionalidad se perdería por renuncia voluntaria manifestada ante la autoridad competente, en cuanto se efectuara con posterioridad a la nacionalización del renunciante en país extranjero. Esta última exigencia se formuló como garantía frente a una eventual apatridia. De este manera, la reforma propuesta viene a reconocer una práctica jurisprudencial y administrativa sobre la materia*¹⁶⁹ (subrayado añadido).

134. Los Demandantes no dejaron de llamar la atención del Tribunal sobre la inexactitud de las manifestaciones del Sr. Cea durante la vista oral de enero de 2007¹⁷⁰.

¹⁶³ Laudo, nota de pie de página 265

¹⁶⁴ Réplica §§283-285

¹⁶⁵ El señor Pey a ejercitado su derecho a renunciar en 1996

¹⁶⁶ Laudo §315 indiquant : "*Au fond la réforme ne fait que confirmer ce qui a toujours été l'esprit du droit chilien, même avant la révision de la Constitution, à savoir suivre la Convention inter-américaine des droits de l'Homme et permettre la renonciation volontaire à la nationalité chilena*" (subrayado añadido)

¹⁶⁷ Profesor de derecho constitucional de la Universidad de Chile

¹⁶⁸ Anexo CN210

¹⁶⁹ Anexo CN210 p.294 ; ver también el p.259

¹⁷⁰ Ver la transcripción de la vista oral del 15 de enero de 2007, pp. 71 y ss, anexo CN213, y el anexo RA-26, p.71, líneas 11 a 20 ; §§79-80

135. Téngase en cuenta que el Sr. Víctor Pey ha renunciado a la doble nacionalidad chilena cuando ya tenía la nacionalidad de un país extranjero, España. El hecho de que no fuera una "naturalización anterior" sino un "acceso anterior" a la nacionalidad de un país extranjero es estrictamente equivalente a los efectos de la razón de ser de la exigencia, a saber su formulación como garantía contra una eventual apatridia, como lo requerían la práctica administrativa y judicial existente así como la Convención sobre la doble nacionalidad con España¹⁷¹ y el derecho internacional en materia de nacionalidad.

136. Se desprende de estos desarrollos que la renuncia voluntaria a la nacionalidad no era una cuestión a la que podía responderse de la manera simplista sugerida por la República de Chile. Habida cuenta de los hechos y pruebas presentados ante el Tribunal de arbitraje, éste tenía derecho a interpretar la Constitución chilena. La interpretación que ha adoptado no es ni absurda ni injustificada. Estamos, pues, lejos de una "*interpretation of local law that is flatly inconsistent with actual law of country in question determined by its relevant domestic courts, doctrine and national authorities*"¹⁷² (subrayado añadido), o de un "*unambiguous(ly) (...) Chilean jurisprudence and doctrine*"¹⁷³ o "*universally consistent Chilean jurisprudence and doctrine*"¹⁷⁴. No estamos ante un caso de extralimitación de facultades, menos aún manifiesta, sino ante un intento de reformar el fondo del asunto.

137. Además, como el Tribunal de arbitraje ha señalado, rehusar al Sr. Pey el derecho a renunciar a su nacionalidad chilena por ser un doble nacional en virtud de la CDN de 1958, equivaldría a imponerle una nacionalidad por parte del gobierno chileno, lo que no sería oponible ante el Tribunal de arbitraje¹⁷⁵.

138. En consecuencia, el Comité *ad hoc* rechazará la demanda de nulidad por este motivo de la Demandada.

(c) El Tribunal de arbitraje ha motivado su decisión sobre la renuncia del Sr. Pey a la nacionalidad

139. De lo expuesto y de la lectura del Laudo resulta que es extravagante la pretensión de Chile según la cual el Tribunal no habría motivado su decisión de reconocer que en derecho chileno la renuncia del Sr. Pey es válida.

¹⁷¹ Ver la comunicación sobre el caso personal de D. Víctor Pey Casado de la Dirección General de Registros del 29 de junio de 2004, anexo DP40f

¹⁷² Réplica §263

¹⁷³ Réplica §292

¹⁷⁴ Réplica §454

¹⁷⁵ Laudo §§319-322

140. Para no prolongar innecesariamente sus escritos, los Demandantes remiten a los miembros del Comité *ad hoc* a su Contestación y, en particular, a los párrafos 361 y siguientes.
141. El único punto nuevo de la Demandada es sostener que el Tribunal no ha explicado cómo era posible renunciar a la nacionalidad sin notificarlo a las autoridades chilenas¹⁷⁶.
142. También sobre este punto el razonamiento del Tribunal de arbitraje es, sin embargo, claro.
143. Así, el Tribunal descarta la necesidad de tal notificación al señalar en dos ocasiones que la exigencia de notificación a las autoridades competentes –que no tiene sentido sino cuando importa que el Estado tome nota del abandono de su nacionalidad– es una condición establecida en ocasión de la reforma constitucional de 2005, que no existía antes¹⁷⁷. De ello resulta, lógicamente, que este nuevo requisito no es aplicable *ratione temporis* a una renuncia que tuvo lugar en 1996¹⁷⁸.
144. En cualquier caso, contrariamente a lo que pretende la Demandada, las autoridades chilenas han sido efectivamente notificadas de la renuncia en la carta que el Sr. Pey dirige el 10 de diciembre de 1996 al Ministerio chileno del Interior, carta cuyos términos, si se les considerara ambiguos, fueron aclarados en la carta del 16 de septiembre de 1997¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Réplica §462

¹⁷⁷ Laudo arbitral §312 : “ (...) *la reforma del artículo 11 de la Constitución simplemente añadió una condición para renunciar de forma válida a la nacionalidad chilena, a saber, que la renuncia se notifique ante la autoridad chilena competente.*” Laudo arbitral §316 : “*La reforma de 2005 del artículo 11 de la Constitución chilena no hace sino añadir la exigencia formal de que, para poder renunciar de forma válida a la nacionalidad chilena, la parte que renuncia debe presentar esta renuncia ante un funcionario chileno competente, exigencia que no existía anteriormente*” (subrayado añadido).

¹⁷⁸ Conviene subrayar que este argumento de no exigencia de requisitos de forma había sido planteado por los Demandantes desde el año 2000, en respuesta a una pregunta del Tribunal de arbitraje. Los Demandantes indicaban “*Para determinar el momento en que sucede esto último, es decir, el momento en el cual se producen los efectos de la renuncia, se deberá tener en cuenta en primer lugar que la Constitución Política de la República en sus artículos 10 y 11 no somete a la renuncia a formalidad alguna. Esto lleva a que aplicando principios generales de derecho interno chileno, se concluya que no habiendo norma legal expresa que imponga una formalidad o solemnidad al acto, este sea consensual, bastando por lo tanto la simple manifestación de la voluntad para que se produzcan plenos efectos jurídicos (Artículo 1.445 Código Civil)*” -subrayado añadido. La jurisprudencia chilena reconoce que la fecha de la renuncia es la de la manifestación de la voluntad de renunciar, como lo muestran las sentencias de la Corte Suprema de Chile de 8 de enero de 1998 (anexo CN42f), 31 de octubre de 1989 (anexo CN36f), 25 de julio de 1998 (anexo DP22), y del 2 de abril de 2001 (anexo CN122f)

¹⁷⁹ Aun en el caso de que esta clarificación no hubiera llegado a las autoridades chilenas sino durante el año 1998, la notificación hecha desde el 10 de diciembre de 1996 (doc. anexo CN53) ante aquellas, aclarada en la carta de 16 de septiembre de 1997 (doc. anexo CN58), sería suficiente para una comunicación cuyos efectos son meramente declarativos, en modo alguno constitutivos.

145. Habida cuenta de lo anterior, el Comité *ad hoc* deberá rechazar la demanda de nulidad formulada por la Demandada por la cuestión de la nacionalidad.

2.1.3 Las condiciones del consentimiento en el sentido del API : la existencia de una inversión

(a) El Tribunal de arbitraje ha calificado la inversión del señor Pey de inversión extranjera según el derecho chileno

146. La República de Chile reitera su argumento de que el Tribunal de arbitraje se habría extralimitado manifiestamente en las facultades al no aplicar la Decisión N° 24 del Grupo de Cartagena al calificar la inversión del Sr. Pey de inversión extranjera.

147. En esencia, según la Demandada, por más que los organismos previstos por el Acuerdo de Cartagena no hubieran aún sido creados por el gobierno chileno, el acuerdo había entrado en vigor y sus disposiciones debieran haber sido aplicadas a la inversión del Sr. Pey.

148. Dicho esto, la República de Chile no explica por qué el Tribunal de Arbitraje debería haber aplicado las disposiciones de la Decisión N° 24 a la inversión del Sr. Pey siendo así que este acuerdo de Cartagena nunca pudo haber sido aplicado en Chile al no existir los reglamentos de aplicación necesarios a tal fin, como ha subrayado el Tribunal de Arbitraje:

“Suponiendo de todas formas que esta carta haya sido suficiente para que la designación surtiera efecto durante 1972, la multiplicidad de tareas confiadas al Comité de Inversiones Extranjeras, en la que insiste la Demandada, prometía una intensa actividad. Ahora bien, como subrayan las Demandantes, el Estado demandado no ha aportado documento alguno que dé fe de la materialización de las funciones del Comité de Inversiones Extranjeras. La Demandada no ha suministrado ningún ejemplar de autorización o de registro solicitados u otorgados en aplicación de la Decisión N.º 24, elementos cuya importancia, no obstante, no ha dejado de destacar. Tampoco ha presentado documento alguno que se derive de la aplicación efectiva de la Decisión N.º 24 procedente de los organismos que debían trabajar en estrecha colaboración con el Comité de Inversiones Extranjeras. Por último, la Demandada no ha aportado ninguna de las “providencias” exigidas en el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena para la aplicación en la práctica de la Decisión N.º 24, diferente del Decreto de entrada en vigor en Chile, y tampoco ha demostrado la existencia de dichas providencias”¹⁸⁰ (subrayado añadido).

¹⁸⁰ Laudo §398

149. Como ha señalado el Sr. García Amador en su estudio¹⁸¹, los países miembros que han deseado aplicar la Decisión N° 24 tuvieron que promulgar reglamentos específicos, como lo hizo Ecuador el 12 de julio 1971¹⁸², Venezuela el 29 de abril de 1974¹⁸³ o también Colombia después de 21 de marzo de 1973¹⁸⁴. Ese no fue el caso de Chile.
150. No habiendo logrado Chile mostrar así fuera un ejemplo de empresa extranjera a la que en Chile se hubiera aplicado la Decisión N° 24, como le pedían los Demandantes¹⁸⁵, el Tribunal ha rehusado aplicarla a la inversión del Sr. Pey. Su decisión de no reservar un trato especial y discriminatorio a la inversión del Sr. Pey no puede constituir una extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal que justifique la anulación del Laudo. Se trata, una vez más, de una petición de revisión en cuanto al fondo del Laudo del Tribunal de arbitraje.
151. En cuanto a la aplicación de la ley 16.643 sobre abusos de publicidad¹⁸⁶ y el dilema que Chile pretende detectar entre ésta y las disposiciones del API, la posición de Chile es sostener que, para ser calificada de inversión extranjera en el sentido del API, debería haber sido hecha por una persona que no tuviera la nacionalidad chilena en el momento de la inversión. Si tal hubiera sido el caso, la inversión habría sido hecha en violación de la ley 16.643 que obliga, en cuanto a las empresas de prensa, a que estén en manos de un chileno.
152. Pese a las afirmaciones de Chile¹⁸⁷, este es sin duda un argumento nuevo. Cabe señalar aquí que la cita de su memoria del 27 de diciembre de 1999 para demostrar que este argumento habría sido sostenido por Chile está fuera de su contexto y no demuestra que no estamos ante un argumento nuevo. En efecto, el párrafo citado se inicia con las palabras "*En virtud de lo expuesto podemos concluir,*" lo que significa que es una conclusión de los párrafos anteriores. Los Demandantes invitan a los miembros del Comité *ad hoc* a releer esos párrafos, que tratan no de la nacionalidad del Sr. Pey en el sentido del API sino de la existencia de una transferencia física de capitales, criterio pretendidamente requerido¹⁸⁸ para calificar la inversión de inversión extranjera en el sentido del API, y de la aplicación de la Decisión N° 24 que requiere, "*para los efectos del presente régimen*" (artículo 1), que el inversor sea de nacionalidad extranjera¹⁸⁹.

¹⁸¹ *Supra* §15

¹⁸² Anexo DP02f

¹⁸³ Anexo DP06

¹⁸⁴ Anexo DP05

¹⁸⁵ Durante la vista oral de mayo de 2003 los Demandantes desafiaron a la República de Chile a que aportara al Tribunal de arbitraje « **un solo ejemplo, de una sola empresa extranjera en Chile, que se hubiera jamás acogido al régimen establecido en la Decisión N° 24 del Grupo de Cartagena** » (anexo CN159, página 543 de la transcripción estenográfica de la vista oral del 7 de mayo de 2003 -vol. 3, página 88, líneas 3 a 6)

¹⁸⁶ Anexo RA-95

¹⁸⁷ Réplica §§401-402

¹⁸⁸ Este criterio ha sido expresamente rechazado por el Tribunal de arbitraje, Laudo §§373 y 374

¹⁸⁹ Anexo RA-136 pp.97 y siguientes

153. Igual ocurre en la cita de la Réplica de Chile de 3 de febrero de 2003¹⁹⁰, que es seguida por el párrafo siguiente:

De esta manera, queda en relieve el dilema fatal en que se encuentran las Demandantes en lo relativo a la supuesta inversión: por un lado, si en 1972 el Sr. Pey era un extranjero, no hubiese podido haber realizado la inversión que alega, o por lo menos no hubiese podido hacerlo de conformidad con la legislación vigente en Chile relativa a las inversiones extranjeras, que prohibía tales inversiones en periódicos nacionales (como lo era El Clarín); por el contrario, si era chileno, estaríamos no ante una inversión extranjera, sino (por definición) ante una inversión nacional. Ambas opciones apuntan a una sola conclusión: que la supuesta inversión del Sr. Pey no tuvo “la calidad de inversión extranjera” en virtud de la normativa chilena vigente en 1972, y por lo tanto no puede beneficiarse del APPI entre Chile y España (subrayado añadido).

154. Es, por el contrario, cierto que durante el procedimiento la República de Chile ha sostenido que un inversor extranjero no podría gozar de la protección del API si aquel tenía la nacionalidad dominante chilena en la fecha en que efectuó la inversión o en la fecha de la violación del API¹⁹¹.

155. Obsérvese que esta posición había sido sostenida por el Estado demandado en el caso *Siag* - en el que uno de los miembros del tribunal era el Sr. Orrego Vicuña, a la sazón asesor de la República de Chile¹⁹². Fue, sin embargo, rechazada por la mayoría del tribunal¹⁹³, que

¹⁹⁰ Anexo RA-19 p.186

¹⁹¹ Ver p. ej. la intervención de Chile durante la vista oral del 6 de mayo de 2003: “Una persona que haya tenido nacionalidad dominante y efectiva chilena al momento de realizar una inversión en Chile, que es el caso que nos concierne, no puede calificar como un inversor de la otra parte a efectos del APPI y, por lo tanto, no está legitimada para reclamar contra Chile bajo el APPI en un foro arbitral internacional. (...) quedaría asimismo excluida una demanda del señor Pey en contra de Chile, si es que su nacionalidad dominante y efectiva en el momento de la supuesta inversión y/o del perjuicio había sido la nacionalidad chilena” (transcripción castellana correspondiente a la versión que en francés obra en el anexo CN158, pp.401 à 406)

¹⁹² *Supra* nota de pie de página 121

¹⁹³ Este Laudo ha sido objeto de una opinión disidente del señor Orrego Vicuña en la que no cuestiona la posición del tribunal según la cual la condición de nacionalidad es definida en el artículo 25 del Convenio. Sin embargo, aún reconociendo que la cuestión no había sido debatida entre las partes, propone una lectura alternativa del artículo 25 que exigiría a los árbitros verificar la condición negativa de la nacionalidad no sólo en el momento de consentir la oferta por el inversor sino también en el momento en que el Estado expresa su oferta de arbitraje o en el momento en que ha sido hecha la inversión. La singularidad de la posición del señor Orrego Vicuña ha asombrado al Prof. Robert D. Sloane, quien se expresa en los siguientes términos en “*Breaking the Genuine Link - The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*” (subrayado añadido): “**The dissent's statement is doubly perplexing:** first, in its assertion that because the Convention does not explicitly define nationality, principles of general international law apply ‘instantly,’ which is, at best, an incomplete and misleading statement of the established law of treaty interpretation; and second, in its assertion about the views of the ILC and the ILA, which, as a whole, did not so much confirm as cast considerable doubt on the continuing vitality of the genuine link theory, particularly in contexts like that of ICSID arbitration (...) **Orrego Vicuña's assertion about the ILA is surprising** because he served as a rapporteur of the committee that wrote the ILA's recent report on diplomatic protection, which, as noted, acknowledges that ‘the link of nationality has lost to an extent its rigor in the context of international claims’ and that ‘to the extent that the intervention of the State is reduced or eliminated as a requirement for submission of international claims,’ as it is in ICSID investor-state arbitration, ‘the link of nationality will loose [sic] somewhat its relevance’ “*Changing Law of Nationality of Claims*”, *supra* note 115, at 631, 638;

consideró que las únicas fechas pertinentes en materia de nacionalidad son la del consentimiento y la de presentación de la demanda de arbitraje por el demandante¹⁹⁴.

156. Esta posición también ha sido rechazada por el Tribunal de Arbitraje en el presente caso.

157. En lo que se refiere a la nacionalidad del inversor, el Tribunal de arbitraje ha indicado que “*el APPI no establece cuál es el momento de apreciación de la nacionalidad de la parte solicitante. En opinión del Tribunal, el requisito de la nacionalidad de acuerdo al APPI debe establecerse en la fecha en que el inversionista otorga su consentimiento al arbitraje*”, y “*a la fecha de la supuesta violación o las supuestas violaciones*” alegadas¹⁹⁵. En otros términos, según el API el inversor no está obligado a demostrar tener la nacionalidad del otro Estado contratante en la fecha de la inversión.

158. Asimismo, el Tribunal ha agregado que el beneficio del API no podía ser rehusado a los doble nacionales incluso si en la fecha de la inversión su nacionalidad “efectiva y dominante” era la del Estado de acogida¹⁹⁶. No obstante ha señalado, en relación con la fecha de la violación, que “*desde 1974, la nacionalidad ‘primaria’ del Sr. Pey Casado es la española, que es también su nacionalidad de origen*”¹⁹⁷.

159. En cuanto a las características de la inversión extranjera, el artículo 2.1 del API¹⁹⁸ prevé su definición en conformidad con la legislación del Estado de acogida. Por esto la República de Chile ha sostenido que en virtud de la Decisión N° 24 únicamente las inversiones hechas por un extranjero podían ser calificadas de inversión extranjera.

160. El Tribunal de arbitraje ha rechazado la pretensión de Chile al considerar que la Decisión N° 24 no podía aplicarse habida cuenta que no existían los reglamentos necesarios a tal fin¹⁹⁹. No habiendo sido capaz de demostrar que en derecho chileno existiera en 1972 otra norma obligatoria que definiera las inversiones extranjeras en divisas como aquellas que hubieran

in 50 *Harv. Int'l L.J.* 1 2009 p. 51 note 272”, ver igualmente *Francisco Orrego Vicuña, Introduction to Nationality and Investment Treaty Claims, supra note 175, at 3-4, anexo DP54*

¹⁹⁴ Decisión sobre la competencia en el caso *Waguih Elie George Siag & Vecchi c/ The Arab Republic of Egypt* CIRDI No. ARB05/15 del 11 de abril de 2007, accesible en <http://ital.law.uvic.ca/documents/Siagv.Egypt.pdf>

¹⁹⁵ Laudo §414

¹⁹⁶ Laudo §415

¹⁹⁷ Laudo §417

¹⁹⁸ Artículo 2.1 del API : « *El presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversionistas de una Parte contratante en el territorio de la otra. No obstante, también beneficiará a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte contratante, tuvieren la calidad de inversión extranjera* » "(subrayado añadido)

¹⁹⁹ Laudo §§401 et 402

sido realizadas por un no chileno²⁰⁰, el Tribunal ha rechazado el argumento de la República de Chile.

161. Por lo tanto, los desarrollos de Chile sobre la doble nacionalidad no tienen interés puesto que el Sr. Pey no tenía necesidad de prevalerse de manera concomitante, es decir, en la fecha de la inversión, de su nacionalidad española y/o de su nacionalidad chilena desde el momento que la inversión era efectuada en dólares de EE.UU.

162. De los desarrollos precedentes resulta que aún si en el momento de la inversión el Sr. Pey debía beneficiarse de la nacionalidad chilena para ser propietario de una empresa periodística, no necesitaba prevalerse de otra nacionalidad para calificar su inversión de inversión extranjera, en el sentido de la legislación chilena, ya que aquello se hizo en dólares de los EE.UU. Es sólo en la fecha de consentimiento al arbitraje y de las violaciones del API cuando el Sr. Pey no debía ya ser chileno²⁰¹, lo que es el caso, como ha retenido el Tribunal de Arbitraje.

163. Los desarrollos precedentes permiten igualmente rechazar la alegación de falta de motivación del Laudo a este respecto²⁰².

164. De ello resulta que el Tribunal de arbitraje ha aplicado correctamente el derecho chileno para calificar la inversión del Sr. Pey de inversión extranjera, y que esta ha sido efectuada en conformidad con la legislación local. En consecuencia, no concurre la extralimitación manifiesta de facultades del Tribunal de arbitraje y el Comité *ad hoc* deberá igualmente rechazar la demanda de nulidad del Laudo a este respecto.

(b) La pretendida « desaparición » de la inversión del señor Pey

165. La República de Chile mantiene su argumento sobre la extralimitación manifiesta de facultades por el motivo de que la inversión del Sr. Pey habría desaparecido antes de la entrada en vigor del API. No obstante, reconoce que se trata de un argumento nuevo que nunca antes había expuesto ante el Tribunal. Según aquella, su petición sería no obstante

²⁰⁰ Según el Decreto con fuerza de ley (DFL) n° 250 de 1960, aún aplicable en 1972 – aunque de manera sólo optativa – el criterio determinante de inversión extranjera era la divisa y no la nacionalidad ; anexo CN05f sobre la aplicación del DFL n° 250 de 1960 a las inversiones extranjeras realizadas en 1972, ver *supra* §15

²⁰¹ El Tribunal de arbitraje ha considerado que el señor Pey puede beneficiar de la protección del API aún cuando sea doble nacional, con tanto mayor motivo cuanto que su nacionalidad primaria es la española desde 1974.

²⁰² Réplica §§476 y siguientes

admisible en la medida en que se trataría de una violación que ""become[s] discernible only upon review of the Award²⁰³".

¹⁶⁶ Este no es el caso de especie²⁰⁴. Al respecto, el hecho de que el argumento de Chile se refiera a la competencia del Tribunal de arbitraje no puede convertirse en motivo que autorice a una de las partes a presentar un argumento nuevo ante el Comité *ad hoc*²⁰⁵.

167. El principio de la inadmisibilidad de argumentos nuevos está claramente establecido en las decisiones de los anteriores comités *ad hoc*. Así, en el caso *MINE*, el comité *ad hoc* ha indicado: "*the annulment proceeding is not an occasion to present arguments and submissions which a party failed to make in the underlying proceedings*²⁰⁶". Más recientemente, en el caso *Vieira*, el Comité *ad hoc* también recuerda que "*Como consecuencia del control sobre la legitimidad del procedimiento que debe realizar un comité ad hoc, todo nuevo argumento o nueva evidencia sobre el fondo de la disputa deberá ser irrelevante para el procedimiento de anulación y, como tal, inadmisible (...)*".²⁰⁷

168. Hoy la República de Chile no puede introducir este argumento nuevo por primera vez ante el Comité *ad hoc*. En este sentido, recordaremos los términos del artículo 41 (1) del Reglamento

²⁰³ Réplica §415

²⁰⁴ El pretendido elemento nuevo sobre el cual intenta apoyarse la Demandada para sostener que se trata de un error no discernible es la afirmación del Tribunal en el párrafo 379, en particular acerca de "*las inversiones ya existentes en el momento de entrada en vigor del Acuerdo*". Para empezar, no se trata de una Decisión del Tribunal, esta cuestión no le ha sido planteada. De hecho, se trata más probablemente de una separación en el texto pues el Tribunal ha hecho expresa referencia a los artículos 1(2) y 2(2) del API. Ahora bien, ha indicado lo que debía entenderse en esos artículos en los párrafos 368 y 369 del Laudo: "*La formulación del artículo 1.2 refleja una concepción amplia del concepto de inversión. El Tribunal observa, en primer lugar, que la adquisición de los títulos de CPP S.A. y EPC Ltda. se encuentra cobijada por la definición de inversión que figura en el artículo 1.2, al tratarse de una inversión en 'acciones y otras formas de participación en sociedades'. La única condición que establece este artículo es que esta adquisición se realice de conformidad con el derecho del Estado receptor. El artículo 2.2 precisa que las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del APPI no se beneficiarán de la protección de este último, salvo que puedan calificarse de inversiones extranjeras bajo la legislación del Estado receptor. El Tribunal considera que la legislación a la que se refiere el APPI es la legislación chilena vigente en el momento en que se realizó la inversión, es decir, en 1972*" (subrayado añadido). En todo caso, no se trata de un elemento nuevo que permita obviar la renuncia a un derecho. Como ha indicado el tribunal en el caso *Siag*, no puede ahí darse un elemento nuevo más cuando la parte no podía saber que no concurrían las condiciones de competencia. Tal no es el caso de especie. Nada impedía a Chile haber presentado ese argumento ante el Tribunal de arbitraje

²⁰⁵ Este principio está claramente establecido en la "jurisprudencia" de los comités *ad hoc*. Así, en la Decisión pronunciada en el caso *Mine*, el comité *ad hoc* ha indicado: "*the annulment proceeding is not an occasion to present arguments and submissions which a party failed to make in the underlying proceedings*", *MINE c/Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 del 14 de diciembre de 1989 §6.42.

²⁰⁶ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *MINE c/Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 del 14 de diciembre de 1989 §6.42

²⁰⁷ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Vieira S.A. c/ República de Chile*, CIADI No.ARB/04/7 del 10 de diciembre de 2010 §237. Conviene recordar que en este caso el Tribunal de arbitraje se había declarado incompetente para conocer la demanda de la sociedad *Vieira*, por consiguiente el argumento nuevo no podía versar más que sobre la competencia del tribunal

de Arbitraje que establece que toda excepción a la jurisdicción deberá oponerse lo antes posible en el procedimiento.

169. Así, en aplicación de esta regla, el Tribunal de arbitraje en el caso *Siag* ha indicado acerca del derecho a plantear un nuevo argumento de incompetencia del Tribunal después de que éste se hubiera pronunciado sobre su competencia:

The Tribunal upholds Claimants' submission that Egypt could and should have made an objection during the jurisdiction phase and that its failure to do so was in contravention of the requirement laid down by ICSID Rule 41(1), that objections to jurisdiction "shall be made as early as possible. (...)

As the Tribunal has ruled, it is not Article 25 that has potentially been waived, it is the right conveyed by ICSID Rule 41 to object to the Center's jurisdiction (based on breach of Article 25). Non-compliance of Article 25 can be objected to pursuant to ICSID Rule 41. Failure to state said objection to jurisdiction promptly will render the objection waived, if the party raising the objection knew or should have known of the alleged breach of Article 25 at an earlier stage. (...)

For the foregoing reasons the Tribunal finds that Egypt's objection to jurisdiction on the grounds of Mr. Siag's alleged lack of Lebanese nationality shall be disregarded, pursuant to ICSID Rule 26, and has been waived pursuant to ICSID Rule 27²⁰⁸ (subrayado añadido).

170. Resulta de estas diferentes decisiones arbitrales que una vez que la cuestión de la jurisdicción ha sido debatida entre las partes y el Tribunal ha acordado su decisión al respecto, no se admite que durante la fase sobre el fondo del asunto las partes presenten nuevos argumentos de falta de jurisdicción; se considera que el demandante en cuanto a falta de jurisdicción ha renunciado a su derecho. Esta solución debe aplicarse *a fortiori* cuando el Tribunal de Arbitraje ha pronunciado un laudo definitivo y una de las Partes trata de presentar un argumento nuevo por primera vez ante un Comité *ad hoc*.

171. Cualquier otra interpretación conduciría a admitir que una de las partes pudiera abstenerse de plantear una excepción de jurisdicción ante el Tribunal de Arbitraje y pedir, sin embargo, al Comité *ad hoc* anular el Laudo con motivo de que el Tribunal de Arbitraje se habría extralimitado manifiestamente en las facultades al reconocerse competente indebidamente. No es así como los redactores de la Convención de Washington han concebido el procedimiento de nulidad.

²⁰⁸ Laudo pronunciado en el caso *Waguih Elie George Siag Clorinda Vecchi c/ Egypt* CIRDI No. ARB/05/15 del 1 de junio de 2009 §§311-313 ; en igual sentido, *Autopista Concesionada de Venezuela c/ Bolivarian Republic of Venezuela*, CIRDI No.ARB/00/5, §90, o también *Siemens A.G c/ Republic of Argentine* CIRDI No.ARB/02/8 §68

172. La discusión no debe pues ir más lejos y los desarrollos subsiguientes son superfluos.

173. En primer lugar, la Demandada intenta eludir el argumento de los demandantes según el cual el criterio de la existencia de la inversión no es un criterio de competencia previsto por los términos del API, al indicar que se trata de una "*matter of logic and common sense*"²⁰⁹.

174. El argumento presentado por Chile ha sido ya sostenido en diferentes casos y rechazado por diferentes tribunales arbitrales, como se ha indicado en el escrito de contestación (nota al pie de la página n° 368). Así, en el caso *Tradex*, mientras que el Estado planteaba la incompetencia del tribunal sobre la base de que la inversión de Tradex había desaparecido antes de la entrada en vigor de la ley que contempla la posibilidad de acudir al CIADI, el Tribunal ha declarado

*The clear and detailed wording under the headings "Definitions" and "foreign investor" does not give room for further conditions particularly does it not require that the investment still exists at the time the law comes into force or the dispute arises to qualify Tradex as a "foreign investor" within the meaning of the 1993 law*²¹⁰.

175. Del mismo modo, en el caso *Jan de Nul*, mientras que Egipto sostenía que la inversión había desaparecido con la terminación de los trabajos en 1994, es decir antes de la entrada en vigor del API de 2002 y antes de la violación de este último, el tribunal ha declarado:

The Tribunal disagrees. As the Claimant stressed, not only is it stated "nowhere [...] that the investment should still be in existence when the dispute arises" but also and more importantly, "should this be the case the entire logic of investment protection treaties would be defeated" (Reply J., at 26, p.14). As convincingly explained by the Claimants' legal expert, providing an effective remedy is part of duties of fair and equitable treatment and of continuous protection and security for investments. A violation of that duty after the investment has come to an end does not change its nature. The duty to provide redress for violation of rights persists even if the rights as such as come to an end. Otherwise an expropriating State might argue that it owes no compensation since the investment no longer belongs to the previous owner.

*For the same reasons, the Tribunal rejects the Respondent's additional contention that in the absence of an investment on 22 May 2003, the current dispute could not be in relation to an investment within the meaning of Article 25 of the ICSID Convention*²¹¹ (subrayado añadido).

²⁰⁹ Réplica §422

²¹⁰ *Tradex Hellas SA c/ Albania* CIRDI No. ARB/94/2 Laudo sobre la competencia del 24 de diciembre de 1996 p.182

²¹¹ Decisión sobre la competencia en el caso *Jan de Nul Dredging International N.V. c/ Arab Republic of Egypt*, CIRDI No. ARB/04/13, §§134-136

176. Por último, en el caso *MCI Power*²¹², mientras que el API contenía una disposición según la cual la inversión debía existir en el momento de la entrada en vigor de aquel²¹³, el Tribunal de arbitraje ha rechazado el argumento de Ecuador según el cual la inversión ya no existía una vez expirado el contrato que constituía la inversión inicial de MCI²¹⁴, concluyendo:

*(...) Article I(a) of the BIT gives a broad definition of the investment and that the rights and interests alleged by the Claimant to have subsisted as a consequence of Seacoast project, after the entry into force of the BIT - such as intangible assets of accounts receivable, the existence of an operating permit - would fit that definition*²¹⁵.

¹⁷⁷. En la especie, incluso si la inversión del Sr. Pey hubiera "desaparecido" en virtud del decreto de confiscación N° 165 de 1975, como lo sostiene la República de Chile, *quod non*, su derecho a una indemnización ha subsistido hasta la entrada en vigor del API. La existencia, mucho después de los decretos de confiscación, de los derechos de las personas expropiadas ha sido, por lo demás, expresamente admitida por las jurisdicciones y por el Presidente de la República de Chile desde mucho antes de la entrada en vigor del API²¹⁶, y por el Parlamento en ocasión de promulgar la Ley N° 19.568 de 1998²¹⁷ para facilitar la indemnización de las víctimas. A su vez, el artículo 1(2) del API entre España y Chile define en forma muy amplia el término inversión, en particular "*todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión*". Por lo tanto, aplicando los criterios retenidos por el tribunal en el caso *MCI Power*, la inversión del Sr. Pey ha subsistido después del Decreto N° 165 de confiscación.

178. Sobre la existencia de la inversión después del decreto de confiscación, los Demandantes recordarán también los elementos siguientes:

- La totalidad de los bienes inmuebles y muebles de CCP S.A. y EPC Ltda. continuaba existiendo en la fecha en que entró en vigor el API²¹⁸. Siguen hoy bajo ocupación armada, un hecho no cuestionado y retenido en el Laudo²¹⁹.

²¹² *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. c. République d'Équateur*, CIRDI, Caso No. ARB/03/6, Laudo del 31 de julio de 2007

²¹³ El artículo XII.1 del API entre Estados Unidos y Ecuador prevé: "*It [this Treaty] shall apply to investments existing at the time of entry into force as well as to investments made or acquired thereafter*"

²¹⁴ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. c. République d'Équateur*, CIRDI, Caso No. ARB/03/6, Laudo del 31 de julio de 2007

²¹⁵ *Ibid.*, §164

²¹⁶ Ver el mensaje del jefe del Estado al Congreso Nacional de Chile del 3 de junio de 1991, anexo CN38g

²¹⁷ La Ley 19.568 de 1998 prevé en su artículo 1°: *Artículo 1°.- Las personas naturales y las personas jurídicas, incluidos los partidos políticos, que hayan sido privados del dominio de sus bienes por aplicación de los decretos leyes N°s. 12, 77 y 133, de 1973; 1.697, de 1977, y 2.346, de 1978, tendrán derecho a solicitar su restitución o requerir el pago de una indemnización, en conformidad con las normas establecidas en esta ley. Igual derecho tendrán sus sucesores o quienes se reputen como tales*" (subrayado añadido) (anexo CN66c)

²¹⁸ Ver las certificaciones del Registro de la Propiedad en los anexos 13 a 19 unidos a la Demanda de arbitraje

²¹⁹ Laudo §§590-592

- El 8° Juzgado de Santiago pidió al Sr. Pey demostrar que era el dueño de todas las acciones de CPP S.A. en mayo de 1995, lo que demuestra que para el Tribunal la confiscación sufrida no afectó a la existencia de los derechos del Sr. Pey. Hecha la demostración, el Tribunal ordenó que todos los títulos le fueran restituidos²²⁰.

- Las comunicaciones entre el Sr. Pey y el Gobierno de Chile antes del arbitraje hacen referencia a la existencia de la inversión en 1995-1997, a su derecho a la restitución, al deseo del Gobierno de hacer la restitución o indemnizarle²²¹.

179. A la vista de los desarrollos precedentes, el Comité *ad hoc* rechazará la demanda de nulidad de la República de Chile por el motivo de que la inversión del señor Pey habría desaparecido.

Conclusión

Los fundamentos de nulidad relativos a las violaciones por la República de Chile de las disposiciones del API : la denegación de justicia y el trato justo y equitativo

180. Una vez más, el objeto de la demanda de nulidad de la República de Chile es paliar sus flaquezas ante el Tribunal.

181. A pesar de sus considerables esfuerzos para demostrar que los inversores no han formulado peticiones solicitando condenar a la República de Chile por denegación de justicia o trato discriminatorio, no lo logra.

182. En primer lugar, al argumento de que los Demandantes han formulado, en efecto, una demanda por denegación de justicia en relación con la rotativa Goss, la República de Chile opone un efecto virtual, afirmar que los Demandantes habrían manipulado la copia comunicada a los miembros del Comité *ad hoc* de su Demanda Complementaria a fin de inducirlos a error²²². Este artificio no resiste el examen, el contenido literal de la copia que figura en los anexos CN147f y CN155f se corresponde con el texto original que el Laudo ha tenido presente, la tapa y la paginación en nada lo cambian; las citas de la contestación del 15

²²⁰ Anexo N° 21 a la Demanda de arbitraje (CN47f)

²²¹ Ver el intercambio de cartas entre el señor Victor Pey y la Presidencia de la República de Chile entre noviembre y enero de 1996 (anexos 23-24 unidos a la Demanda, CN49f, CN50f, CN51f)

²²² Réplica §§82 y 83

de octubre 2010 se corresponden con el texto que obra en el original de ese documento, así como sus referencias²²³, sin la menor posibilidad de inducir a error al Comité *ad hoc*.

183. Dicho esto, la estructura de la Demanda complementaria contradice la posición de Chile según la cual la cuestión de denegación de justicia habría sido planteada por los Demandantes sólo para justificar la admisibilidad de su Demanda complementaria y la jurisdicción del Tribunal. En efecto, la cuestión de la admisibilidad de dicha Demanda - sobre todo la parte referida a la cláusula de la nación más favorecida y a la cláusula "fork in the road"- es tratada en la Sección II de la Demanda complementaria, mientras que los hechos que han dado lugar a esa Demanda, y su calificación jurídica, son expuestos en las secciones I.2.3 y I.2.4.

^{184.} Si alguna duda cupiera, la desvanece la conclusión de la Demanda complementaria al precisar las diferentes bases jurídicas de la misma. Así, los Demandantes indicaban:

*“La demanda interpuesta hoy ante el Tribunal de arbitraje cuestiona, por un lado, la violación por la República de Chile de su obligación de protección respecto de las demandantes (art. 3.1 del API España-Chile) y su obligación de tratamiento justo y equitativo (art. 4.1), y, por otro lado, la violación del art. 5 del API”*²²⁴ (subrayado añadido).

185. Se observará, además, que la Demanda Complementaria se sitúa en la prolongación de la Exposición complementaria sobre el fondo del 11 de septiembre de 2002 en la que los Demandantes sostenían que la Decisión N° 43 constituía una violación de las obligaciones de Chile en el marco del API²²⁵. Así, los Demandantes escribían respecto a la admisibilidad de la Demanda Complementaria:

*“se trata de una solicitud complementaria que reúne las condiciones del art. 46 del Convenio de Washington. Guarda relación directa con la inversión, es decir con el patrimonio de la sociedad CPP S.A., se sitúa dentro del consentimiento al arbitraje y dentro de la competencia del Tribunal. Está, asimismo, en relación directa con el diferendo surgido dentro del marco del API España-Chile el 27 de noviembre de 2000 entre el Contralor General y las demandantes -cuando el primero respondió negativamente a la carta de protesta que las segundas le dirigieron el 6 de mayo de 2000 por la "Decisión N° 43”*²²⁶.

186. En todo caso, la condena de Chile por denegación de justicia no podría justificar la anulación del Laudo, la conclusión del Tribunal de Arbitraje al respecto no ha tenido consecuencias

²²³ A modo de ilustración, la nota de pie de página n°410 remite a las páginas 107 a 109 de la Réplica de los Demandantes del 23 de febrero de 2003, correspondiente a las páginas 107 a 109 del anexo RA-20 y 101 y siguientes del documento CN155f

²²⁴ Demanda complementaria del 4 de noviembre de 2002, anexo CN147

²²⁵ Exposición complementaria sobre el fondo del 11 de septiembre de 2002 pp.125-126 (anexo CN144f)

²²⁶ Demanda complementaria del 4 de noviembre de 2002, p.11, anexos CN147f-RA-15

efectivas para la Demandada. En efecto, después de considerar que el comportamiento de la República de Chile con la rotativa Goss constituía una infracción del API, el Tribunal ha concluido que "*La denegación de justicia reconocida (...) en la cuestión de la rotativa Goss no da lugar a ninguna indemnización adicional*"²²⁷.

187. Más allá de esas acusaciones, la República de Chile intenta mantener su demanda de nulidad alegando que las demandas por denegación de justicia y trato discriminatorio no habrían sido formuladas correctamente y por ello no constituirían verdaderas demandas²²⁸.
188. Si siguiéramos a Chile, sólo una demanda que reuniera las nueve condiciones enumeradas por Chile en los párrafos 74 y 114 sería una "verdadera demanda". Pretende hallar la justificación de esas condiciones en los artículos 46 de la Convención y 40 del Reglamento de arbitraje. Sin embargo, estos artículos no tienen las virtudes que trata de atribuirles Chile. A lo sumo prevén (i) el plazo dentro del cual una parte puede interponer una demanda incidental o complementaria, (ii) el hecho de que esas demandas deben estar directamente relacionadas con la controversia, (iii) que las mismas se hallen cubiertas por el consentimiento y sean de la competencia del Centro y del Tribunal.
189. Las condiciones que pone la República de Chile son los elementos que permiten al Tribunal decidir si la demanda está bien fundamentada o no. Si faltan esos elementos en la demanda, o en la demanda complementaria, no por ello la demanda deja de existir.
190. Vale la pena recordar que las pretensiones de los demandantes son claras y no dejan lugar a dudas sobre el hecho de constituir demandas complementarias respecto de las formuladas con anterioridad. Así, desde la introducción de la Exposición complementaria sobre el fondo del 11 de septiembre de 2002 los Demandantes precisan que la Decisión N° 43 fue "*ilegal y compromete la responsabilidad del Estado*"²²⁹. En dicho escrito los Demandantes consagraban unas cincuenta páginas a las violaciones de las disposiciones del API por la República de Chile en la Decisión N° 43. La República de Chile no puede pretender que se trataba de desarrollos sobre la competencia del Tribunal, sobre ésta los Demandantes presentaron otra memoria separada²³⁰ en la que indicaban que la Decisión N° 43 de la República constituía un hecho nuevo, generador de la controversia que oponía a las partes entre sí.
191. La República de Chile, que ha tenido la oportunidad de presentar sus argumentos en contra a lo largo del procedimiento de arbitraje, no ha considerado conveniente hacerlo sobre este punto.

²²⁷ Laudo §703

²²⁸ Réplica §§74 y 114

²²⁹ Anexo CN144f

²³⁰ Anexo RA-12

192. En este contexto, el derecho a ser oído significa, a pesar de lo que diga Chile²³¹, que *cada parte ha tenido la oportunidad de presentar sus argumentos escritos y orales sobre las cuestiones planteadas*²³². Esta es la definición retenida por Christoph Schreuer en su obra, quien indica que el principio del derecho a ser oído se caracteriza por la oportunidad que debe darse a cada parte de ser oída sobre cada punto del litigio²³³. Así, no se trata en modo alguno de una obligación del tribunal de paliar la flaqueza de una parte en hacer uso de esta oportunidad. Como subraya Schreuer:

*But this principle [of the right to be heard] does not mean that it is the tribunal's task to draw the parties' attention to an aspect of a legal question that they may have failed to address. Nor is the tribunal precluded from adopting legal reasoning that was not put forward by one of the parties without first seeking the parties' opinion*²³⁴.

193. La elección de responder o no a un punto del litigio incumbe después a las partes y a sus abogados. Si una de las partes ha omitido responder a un argumento por el cual posteriormente es condenada, no puede prevalerse del derecho a ser oída para obtener la anulación del Laudo. Cualquiera otra interpretación supondría prohibir la condena a una parte por un punto planteado por la otra parte al que aquella eligió no responder. Llevada al extremo, esta posición conduciría a prohibir cualquier condena en rebeldía.

194. Conviene no confundirse en la especie. La condena de la República de Chile por denegación de justicia y trato discriminatorio no resulta del mero razonamiento del Tribunal desconectado de cualquier demanda, sino de la decisión de aquel a la demanda formulada durante el procedimiento. Este elemento no puede ser cuestionado puesto que el Tribunal ha resumido la posición de los Demandantes sobre esta cuestión²³⁵.

195. La República de Chile continúa pretendiendo, también, que la Sentencia que condena a Chile en base a la Decisión N° 43 sería contradictoria con la decisión del 15 de septiembre de 2001 del Tribunal sobre medidas provisionales solicitadas por los Demandantes²³⁶.

²³¹ Réplica §§47 y siguientes

²³² Contestación §88

²³³ CH. SCHREUER, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2nd Ed., 2009, p. 990, §317. Desde el momento que los comités *ad hoc* observan que las partes en litigio han tenido la oportunidad de ser oídas aquellos desestiman las demandas de nulidad basadas en la infracción grave de una regla fundamental de procedimiento. Ver, por ejemplo, Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija SA et Vivendi Universal c. République d'Argentine*, 3 de julio de 2002, §85 ; Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Wena Hotels c. Egypte*, 5 de febrero de 2002, §66-70 ; Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Lucchetti c. Perou*, 5 de septiembre de 2007, §122

²³⁴ CH. SCHREUER, *The ICSID Convention: a Commentary*, Cambridge, 2nd Ed., 2009, p. 990, §317

²³⁵ Laudo §§637-645

²³⁶ Anexos CN128f y RA-08

196. A este respecto, los Demandantes respetuosamente remiten al Comité *ad hoc* a sus escritos anteriores demostrando que la decisión del 15 de septiembre de 2001 no se oponía a una condena de Chile en base a la Decisión N° 43, a lo que no responde la Demandada²³⁷.

197. Los Demandantes agregarán la siguiente observación: numerosos elementos de hecho presentados ante el Tribunal de Arbitraje por los Demandantes²³⁸ ocurrieron después del 15 de septiembre de 2001. Como ejemplo citaremos:

- Entre mayo y julio de 2002, el Contralor no ha tenido en cuenta la cuestión prejudicial del proceso Goss, que le comunicaron los Demandantes²³⁹;
- En agosto de 2002, la Corte de Apelaciones de Santiago primero²⁴⁰ y la Corte Suprema después²⁴¹, han rechazado *a limine* la cuestión prejudicial del señor Pey respecto de la respuesta del Contralor, y no han considerado el derecho de propiedad del señor Pey;
- El 1^{er} Juzgado Civil de Santiago ha dilatado durante más de seis años la citación para sentencia²⁴² de su decisión²⁴³ y no había comunicado ésta el 4 noviembre 2002, siete años después de haber sido interpuesta la demanda de restitución de la imprenta GOSS, veintidós meses después de la citación formal para sentencia.

198. Los Demandantes han consentido²⁴⁴ someter el asunto GOSS al arbitraje el 4 de noviembre de 2002 en virtud de estos hechos nuevos sobrevenidos, el primero y principal de los cuales es que

“El asunto pende desde hace siete años ante el Primer Juzgado Civil de Santiago, sin que haya recaído ninguna resolución sobre el fondo. (...) El art. 9 de este mismo API se refiere a las “Controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante”, y dispone en su párrafo 3:

“3. En caso de que el inversionista haya sometido la divergencia a la jurisdicción nacional será posible recurrir al tribunal arbitral mencionado en el párrafo (2) de este artículo [incluye el CIADI], solamente si después de transcurridos dieciocho meses no exista del competente tribunal nacional una decisión sobre el fondo. ”

Como hemos dicho más arriba (...) tras siete años de espera, no hay una decisión sobre el fondo en el 1er Juzgado Civil de Santiago (...)

²³⁷ Contestación §§571-579

²³⁸ Ver por ejemplo Demanda complementaria del 4 de noviembre de 2002, pp.2 a 5, anexo RA-15

²³⁹ Anexos CN137f y CN140f

²⁴⁰ Anexos CN141f et CN142f

²⁴¹ Anexos CN138f y CN139f

²⁴² El artículo 162 del Código de procedimiento civil chileno prevé “La sentencia definitiva en el juicio ordinario deberá pronunciarse dentro del término de sesenta días, contados desde que la causa quede en estado de sentencia”.

²⁴³ Anexo DP26

²⁴⁴ Anexo CN147f

La demanda interpuesta hoy ante el Tribunal de arbitraje cuestiona, por un lado, la violación por la República de Chile de su obligación de protección respecto de las demandantes (art. 3.1 del API España-Chile) y su obligación de tratamiento justo y equitativo (art. 4.1), y, por otro lado, la violación del art. 5 del API.”

199. El fundamento legal de la acción y el objeto de la demanda Goss de 5 de octubre de 1995 son diferentes de los de la controversia nacida en 2002. La acción ejercitada el 5 de octubre de 1995 está fundada en un artículo del Código Civil chileno –la acción de restitución del «depósito necesario» de la imprenta Goss²⁴⁵. Esta acción ha sido ejercitada antes -e independientemente-

- de la controversia con el Presidente de Chile surgida el 30 de noviembre de 1995, sometida al arbitraje el 7 de noviembre de 1997;
- de la Decisión 43 del 28 de abril de 2000.

200. La sentencia del 24 de julio de 2008 describe el objeto y el fundamento de la acción ejercitada el 4 de octubre de 1995 en los siguientes términos:

« Explica que, en primer lugar, solicita se le restituya una máquina rotativa marca GOSS (...) Que la restitución de la rotativa se funda en los artículos 2226²⁴⁶ y 2227²⁴⁷ del Código Civil (...) Manifiesta que la situación descrita lo obligó a hacer abandono del país y a desprenderse de la tenencia material de sus bienes, configurándose respecto de sus bienes un estado jurídico particular, cuya calificación jurídica deberá ser determinada por este tribunal pero que se puede considerar como un depósito necesario regulado en el artículo 2236 del Código Civil » (páginas 1 y 2 de la versión francesa).

201. La premisa de esta acción de restitución es la entera y plena existencia legal **en 1995** de CPP S.A. y EPC Ltda, de la inversión del Sr. Pey, en contraste con la imagen virtual que crea la Demandada al reenviar a «los años 70 », y que sostiene en la *Request for annulment*, a saber

*«75. (...) the confiscation that has occurred **in the 1970s**. (...) Claimants addresses the Goss printer proceedings ...solely to explain why they sought the transfer of the claim regarding confiscation of that printer from the domestic courts to ICSID; it was not to state a different claim regarding alleged international law violations arising from the lack of outcome thus far in the local proceedings²⁴⁸; “prior to the January [1977] hearing, all of Claimants’ substantive claims regarding the Goss Machine had related solely to the confiscation of that machine in the 1970²⁴⁹; “Claimant’s invocations of*

²⁴⁵ Ver la Sentencia del 1er Juzgado Civil de Santiago del 24 de julio de 2008, comunicada a los Demandantes el 31 de enero de 2010 (Anexo DP48f)

²⁴⁶ Artículo 2226 del Código civil chileno: « *La restitución es a voluntad del depositante* »

²⁴⁷ Artículo 2227 del Código civil chileno: « *La obligación de guardar la cosa dura hasta que el depositante la pida* »

²⁴⁸ Punto 427 de la *Reply* del 22-12-2010, subrayado en el original

²⁴⁹ *Ibid.*, punto 71

*'denial of justice' related to the expropriatory actions in the 1970s which had prompted Claimants' arbitration request in the first place*²⁵⁰.

*"420. The Tribunal assumed jurisdiction despite the fundamental logical and legal flaws identified above, eliding the absence of an investment and then ruling in Claimants' favor. (...) **Claimants** (...) **had never argued** (...) **that the investment itself was somehow a "continuing" one** (...) and that was harmed by Chile's purported post-BIT acts.*

"489(...) the claims that were asserted in the arbitration had centered exclusively on acts committed by Chile in the 1970s; as explained throughout the Memorial and this Reply, at no point in the arbitration was Chile aware of the existence of any claims relating to any purported post-BIT acts. Such claims—and the jurisdictional basis therefore—became relevant only upon Chile's discovery that in the Award the Tribunal had predicated Chile's liability on certain post-BIT acts, without ever explaining what could possibly have constituted the post-BIT "existing investment" required for their exercise of jurisdiction over such acts".

202. Esta es la clave de bóveda del montaje levantado por la Demandada. Ahora bien, la sentencia del 24 de julio de 2008 viene a confirmar que, en contra de lo que afirma la *Reply*, el objeto de la demanda ante el 1er Juzgado Civil de Santiago se refiere a la situación de la imprenta Goss **en 1995**, después por lo tanto de la entrada en vigor del API.
203. En 2002, la fundamentos acumulativos de la invocación del artículo 4 del API España-Chile (y de los artículos 3 y 5) en la Demanda complementaria de 4 de noviembre 2002 son pues:
a) la retención ilegal de la sentencia Goss por el 1er Juzgado Civil de Santiago; b) los hechos sobrevenidos en 2002 ante la Contraloría, la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema; c) la entrada en vigor del API Chile-Suiza, el 2 de mayo de 2002, que ha permitido ejercitar la cláusula *fork on the road*.
204. La cláusula *fork on the road* ha sido aplicada y respetada escrupulosamente por los Demandantes.
205. De lo que precede resulta que los Demandantes han presentado el 4-11-2002 una demanda ante el Tribunal de Arbitraje sosteniendo que la Resolución N° 43 era discriminatoria y constituía por parte de Chile una violación de sus obligaciones internacionales dimanantes del API España-Chile, frente a la cual la República ha tenido tiempo suficiente para presentar sus argumentos de defensa. Habiendo elegido no hacerlo, no puede después solicitar la anulación del Laudo arbitral que le condena en base a este fundamento.

²⁵⁰ *Ibid*, punto 75

206. Por último, los argumentos de la Demandada sobre la pretendida falta de motivación por el Tribunal de sus conclusiones sobre la denegación de justicia y el trato discriminatorio son sólo una repetición de los formulados en el escrito de demanda. En realidad, so pretexto de falta de motivación, la República de Chile reprocha al Tribunal de arbitraje no haber seguido su propio razonamiento. Los Demandantes remiten respetuosamente al Comité *ad hoc* a sus escritos anteriores sobre este tema²⁵¹.

207. El Comité *ad hoc* deberá pues rechazar la demanda de nulidad de la Demandada en base a estos fundamentos.

Los fundamentos de nulidad relativos al cálculo del daño

208. La República de Chile persiste en sus pretensiones en relación con el *quantum* de la condena. Según aquella, el Tribunal no habría permitido a Chile presentar sus argumentos sobre el *quantum* de una eventual condena por violación del trato justo y equitativo.

209. Como hemos indicado antes, todas las partes han tenido la oportunidad de presentar sus argumentos.

210. Así, los Demandantes han sostenido que los daños resultantes de la Decisión N° 43 estaban incluidos en la evaluación hecha por "Alejandro Arráez y Asociados" el 19 de febrero de 2003²⁵², que tuvo especialmente en cuenta la evaluación del patrimonio de CPC S.A. y EPC Ltda. aprobada por el Gobierno de Chile el 27 de marzo 2002 en el marco de la Decisión N° 43²⁵³. Subrayamos que esta valoración del patrimonio de CCP y EPC Ltda. había sido comunicada por la Demandada a petición del Tribunal. Por esa razón los Demandantes consideraban que la cuantía del daño era la misma cualquiera fuera el fundamento de la condena²⁵⁴.

211. En la Demanda complementaria del 4.11.2002 los Demandantes han prestado atención, igualmente, a comunicar al Tribunal de arbitraje que **no hay riesgo de doble pago**

“esta demanda no tiene incidencia sobre el monto total de los daños e intereses solicitados en la demanda principal. En efecto, el informe de los expertos "Alejandro Arráez y Asociados" sobre la evaluación del grupo de empresas del

²⁵¹ Contestación §§535-583

²⁵² Anexo DP39

²⁵³ Anexo DP30

²⁵⁴ Ver a este respecto Contestación §§593 y siguientes

diario CLARÍN (doc. DI 8²⁵⁵), había concluido que la indemnización correspondiente a la rotativa GOSS establecida por el 1^{er} Juzgado Civil de Santiago debía ser deducida de la evaluación global que aquel había hecho en cuanto al monto global de los daños y perjuicios. »

212. Por lo tanto correspondía a la Demandada cuestionar en sus escritos la posibilidad de reclamar la misma cantidad por fundamentos distintos. No lo ha hecho en forma alguna.
213. Con respecto al poder del Tribunal para calcular el perjuicio sufrido, tras constatar que Chile reconoce el deber general de indemnizar los actos ilícitos cometidos contra CPP S.A. y EPC Ltda., y que la República de Chile no ha reconocido este derecho al Sr. Pey, el Tribunal ha decidido conceder a los Demandantes la misma cuantía que aquella ha concedido a los terceros que alegan ser propietarios de los mismos bienes que el Sr. Pey y la Fundación española.
214. De este modo, el Tribunal ha aplicado un método de cálculo fijado unilateralmente por el Gobierno de Chile, que éste previamente ha considerado que es una compensación justa por los daños sufridos por los accionistas de CPP SA y EPC Ltda y, por lo tanto, según los términos de la Sentencia, por los Demandantes.
215. La crítica de Chile a las citas que los Demandantes hacen de los casos *Azurix* y *Rumeli Telekom*²⁵⁶ es igualmente infundada. En el caso *Azurix*, el Comité *ad hoc* ha confirmado efectivamente el poder discrecional del Tribunal. En este caso ambas partes habían presentado informes de expertos sobre la determinación del *quantum* y el Tribunal los ha rechazado, utilizando los elementos de hechos presentados por las partes para llegar a “*an approximation that the Tribunal considered to be fair in all the circumstances*”²⁵⁷. Del mismo modo, en *Rumeli Telekom* el Tribunal ha considerado que para determinar el *quantum*, “*it was not limited in that exercise to the evidence or figures put forward by the Parties*”²⁵⁸. Estas posiciones han sido plenamente aceptadas por los comités *ad hoc* que han conocido de un recurso de nulidad.
- ²¹⁶ En el caso Pey Casado el Tribunal ha rechazado la pretensión de los Demandantes de que el monto de una condena por la Decisión N° 43 debería ser la misma que la calculada en base a aplicar el artículo 7 de la Constitución al mantenimiento de la confiscación después de la entrada en vigor del API (con la consiguiente infracción de sus artículos 3, 4 y 5). De este

²⁵⁵ Documento D18 : Informe económico sobre valoración del grupo de empresas “CLARIN” hecho el 3 de septiembre de 2002 por « Alejandro Arráez y Asociados », de Madrid (España), última página « *Conclusión (B)* ».

²⁵⁶ Réplica §141

²⁵⁷ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Azurix Corp c/ The Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/01/12 del 1° de septiembre de 2009 §351

²⁵⁸ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Rumeli Telekom S.A. & Telsiom Mobil Tele Komunikasyon Hizmetleri S.A. c/ Kazakhstan*, CIRDI N° ARB/05/16 del 25 de marzo de 2010 §179

modo ha rechazado el informe de los expertos de los Demandantes, y también el de la respuesta al mismo de la Demandada. Después ha decidido asignar la cantidad que la propia administración chilena consideraba una compensación justa y equitativa a las víctimas de los decretos confiscatorios que Chile se había comprometido a reparar, tras comprobar el Tribunal que la cantidad mencionada a este respecto por todas las partes en sus escritos era exactamente la misma.

217. En cualquier caso, si el Comité Especial debiera considerar que el Tribunal ha vulnerado gravemente una regla fundamental de procedimiento al calcular él mismo el importe de la reparación justa y equitativa por la constatada violación de Chile, los Demandantes solicitarían del Comité que no pronunciara la nulidad parcial del Laudo sino en lo que se refiere al *quantum*.

II. LA EXTRALIMITACION MANIFIESTA DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL SOBRE UNA PARTE DEL 8º PUNTO DEL FALLO DEL LAUDO EN EL SENTIDO DEL ARTICULO 52(1)(B) DE LA CONVENCION

1. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE NULIDAD PARCIAL

218. La República de Chile sostiene que la demanda de nulidad parcial presentada por los Demandantes es inadmisibile porque sería una “demanda reconvenicional de nulidad”. Citando el caso *Vivendi I*, la Demandada afirma: "*A late annulment application by way of a counterclaim [...] is not contemplated by Article 52 of the ICSID Convention*"²⁵⁹.

219. Esa no es la cuestión, lo que finge ignorar la República de Chile. En efecto, como los Demandantes han indicado en su respuesta:

“Si una de las partes en el procedimiento de nulidad argumenta, de manera satisfactoria para el Comité ad hoc, a favor de uno de los motivos de nulidad establecidos en el artículo 52(1) del Convenio del CIADI, el Comité tiene plenas facultades para determinar si este motivo entraña la nulidad de la totalidad o sólo de una parte del Laudo. En esta determinación el Comité no está vinculado por la presentación hecha por la parte que inicialmente pide la nulidad, ni de otro modo”.²⁶⁰

²²⁰ Es precisamente el caso en la especie. Así, la Demandada ha solicitado la anulación del Laudo en su totalidad. Sin embargo, nada impide que el tratamiento del recurso de nulidad sea sólo parcial y distinga el 8º punto de la parte dispositiva, en el sentido de rechazar todas las restantes peticiones de nulidad a excepción de los párrafos del Laudo que excluyen la aplicación del artículo 7 de la Constitución solicitada por los Demandantes, desde el 6 de septiembre 1995, ante el Presidente de Chile y a lo largo del procedimiento de arbitraje.

221. En *MINE v Guinea*, la Demandada había indicado las partes del laudo cuya nulidad no instaba²⁶¹. El Comité *ad hoc* le respondió :

²⁵⁹ Réplica §533

²⁶⁰ Contestación §657

²⁶¹ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *MINE c/Republic of Guinea*, CIRDI No. ARB/84/4 del 14 de diciembre de 1989 §2.01

4.07 Paragrah (3) of article 52 authorizes an ad hoc Committee to anul the award or any part thereof. Guinea's request for partial annulment is clearly admissible.

222. En *Vivendi I*, la nulidad parcial del Laudo de 21 de noviembre de 2000²⁶² fue pedida invocando los poderes de que dispone el Comité *ad hoc* ex artículo 52(3) de la Convención. Ha indicado :

*68. The Committee agrees with Claimants that a counterclaim for annulment, that is, a claim which is not raised by the party concerned as a separate request in accordance with Article 52(1) of the Convention, is inadmissible. **But it does not follow that a party, such as Respondent in the present case, may not present its own arguments on questions of annulment, provided that those arguments concern specific matters pleaded by the party requesting annulment, in this case the Claimants.** In the opinion of the Committee, a party to annulment proceedings which successfully pleads and sustains a ground for annulment set out in Article 52(1) of the ICSID Convention cannot limit the extent to which an ad hoc committee may decide to annul the impugned award as a consequence. Certain grounds of annulment will affect the award as a whole—for example, where it is demonstrated that the tribunal which rendered the award was not properly constituted (Article 52(1)(a)). Others may only affect part of the award. An ad hoc committee is expressly authorised by the Convention to annul an award “in whole or in part” (Article 52(3)) (subrayado agregado).*

*69. **Thus where a ground for annulment is established, it is for the ad hoc committee, and not the requesting party, to determine the extent of the annulment.** In making this determination, the committee is not bound by the applicant's characterisation of its request, whether in the original application or otherwise, as requiring either complete or partial annulment of the award. This is reflected in the difference in language between Articles 52(1) and 52(3), and it is further supported by the travaux of the ICSID Convention* (subrayado agregado).

223. Esta facultad ha sido igualmente reconocida por el Comité *ad hoc* en la decisión adoptada en el caso *Vieira S. A. c. República de Chile* el 10 de diciembre de 2010 :

251. Se desprende del Artículo 52(3) del Convenio del CIADI que un Comité ad hoc no sólo puede anular el laudo de forma integral sino que también puede hacerlo de forma "parcial". Aunque el Artículo 52(1) establezca que una parte puede pedir la anulación del "Laudo", es generalmente aceptado (y así lo considera este Comité) que también pueda concederse una anulación parcial del mismo. Sin embargo, cualquier anulación, bien sea parcial o total, sólo puede versar sobre la

²⁶² Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Compañía de Aguas de Aconquija S.A. and Vivendi Universal c/ Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/97/3 del 3 de julio de 2002 §68

*parte dispositiva del Laudo o de cualquier parte que pueda separarse del mismo.*²⁶³

224. A la vista de lo que precede, solamente si la República de Chile no hubiera

- (a) presentado una demanda de nulidad integral, incluido el 8° punto del Fallo, y
- (b) sostenido, como uno de los fundamentos de la nulidad por extralimitación manifiesta de facultades "*the fact that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force*" –la 2ª premisa de ese párrafo (la 1ª premisa es que "*no other investment was found to exist as of the time the BIT entered into force*"²⁶⁴),

los Demandantes habrían estado imposibilitados de solicitar al Comité *ad hoc* que acepte la nulidad del 8° punto en base al fundamento y con el alcance de los argumentos que los Demandantes han formulado, Demandantes que, en la especie, ***present their own arguments on questions of annulment***, argumentos que ***concern specific matters pleaded by the party requesting annulment***.

225. En este caso, los Demandantes sostienen la nulidad parcial del 8° punto del Fallo del Laudo en base al artículo 52(1)(b), extralimitación manifiesta de las facultades, por no haber aplicado el Tribunal de Arbitraje la Constitución de Chile, y en particular su artículo 7, en el arbitraje que le ha sido sometido.

226. La República de Chile por su parte sostiene que el Laudo debe ser anulado, en particular, por el motivo de que el Tribunal habría indicado en el Laudo (i) que el API no se aplica más que a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor²⁶⁵, y (ii) que la inversión del Sr. Pey habría cesado de existir desde 1975²⁶⁶. Esta posición se resume así:

*By ruling that Chile had committed a breach of the BIT with respect to Mr. Pey's investment, notwithstanding the fact that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force, and that no other investment was found to exist at the time the BIT entered into force, the Tribunal manifestly exceeded its powers*²⁶⁷ (subrayado añadido).

227. Según la República de Chile, la inversión habría desaparecido desde 1975 por causa del Decreto N° 165 que formalmente confiscaba las empresas propiedad del Sr. Pey y declaraba su disolución. Chile indica: "*The Tribunal itself conceded this key point when it concluded that*

²⁶³ *Vieira S. A. c. República de Chile*, párrafo 251

²⁶⁴ Demanda de nulidad §555 p.271 y Contestación §656 p.141

²⁶⁵ Réplica §416; ver respuesta de los Demandantes *supra* §§173-178

²⁶⁶ Sobre la inexistencia de una inversión ver *supra* §§186, 235

²⁶⁷ Demanda de nulidad §555

the expropriation of El Clarin was an "instantaneous" act that concluded when it happened in the 1970s²⁶⁸".

228. En su Réplica Chile se refiere al párrafo 600 del Laudo para justificar el carácter instantáneo de la confiscación. Ese párrafo no es más que la conclusión de los siguientes desarrollos del Tribunal de arbitraje, de donde resulta que la instantaneidad del acto está caracterizada por el Decreto n°165 del 10 de febrero de 1975 :

"En este caso concreto, la expropiación en controversia, iniciada con los embargos efectuados por el ejército en 1973, concluyó con la entrada en vigor del Decreto N.º165 de 10 de febrero de 1975 que dispuso la transferencia de propiedad de los bienes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. al Estado"²⁶⁹ (subrayado añadido).

229. Ahora bien, para llegar a esta conclusión hacía falta además que el Decreto n°165 tuviera un valor jurídico, lo que el Tribunal ha admitido en el párrafo 603 del Laudo :

"La argumentación desarrollada por las Demandantes sobre la nulidad del Decreto N.º165 bajo el derecho interno no basta para justificar su posición. En efecto, las Demandantes se limitan a invitar al Tribunal a aplicar por analogía el fallo de la Corte Suprema de Chile de 14 de mayo de 2002 sin demostrar en qué el decreto en controversia sería contrario al artículo 4 de la Constitución de 1925.570 Para el Tribunal, la validez del Decreto N.º 165 no ha sido cuestionada por las jurisdicciones internas y dicho decreto sigue formando parte del orden jurídico interno chileno".

230. Es precisamente en este punto donde los Demandantes consideran que el Tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades al no aplicar la Constitución chilena de 1980, aplicable a los términos de la controversia nacida el 30 de noviembre 1995, y que por ello debe ser anulada la parte dispositiva del Laudo resultante de esta declaración— a saber, una parte del punto octavo del Fallo.

231. La demanda de nulidad de los Demandantes concierne "*specific matters pleaded by the party requesting annulment*"²⁷⁰, sobre un fundamento de nulidad sostenido por la Demandada, por ello es, según los criterios que extrae el Comité *ad hoc* del caso *Vivendi I*, admisible, en cuanto que no es una demanda reconvenzional.

²⁶⁸ Réplica §418

²⁶⁹ Laudo §608

²⁷⁰ Decisión del Comité *ad hoc* en el caso *Compañía de Aguas des Aconquija S.A. and Vivendi Universal c/ Republic of Argentine*, CIRDI No. ARB/97/3 de 3 de julio de 2002 §68

232. Evitemos toda ambigüedad, la demanda de nulidad parcial del Laudo que formulan los Demandantes no constituye, en ningún caso, reconocimiento de que tenga fundamento el argumento de la República de Chile sobre la pretendida desaparición de la inversión de los Demandantes que puede ser objeto de protección por el API.
233. Este argumento es refutado en particular en los párrafos n° 173 y siguientes.
234. A fin de limitar el alcance del argumento de los Demandantes, Chile pretende que se trataría de un nuevo intento de obtener una indemnización más importante que la otorgada por el Tribunal tras el rechazo de la demanda de revisión del Laudo²⁷¹.
235. Sin embargo, esta demanda de nulidad parcial es independiente y sin relación alguna con el hecho que los Demandantes pusieron en conocimiento del Tribunal de Arbitraje, en conformidad con el artículo 51 de la Convención, el 2 de junio de 2008: el descubrimiento de lo que les pareció como un hecho nuevo consistente en la declaración pública²⁷² del Presidente del Consejo de Defensa del Estado (CDE) llamando la atención sobre la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo en relación con el Decreto No. 77 de 1973 .
236. Se trataba de la declaración de 22 de febrero de 2008 del CDE sobre la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Chile respecto de los decretos de confiscación dictados en aplicación del Decreto N° 77 de 1973, susceptible de mostrar que el Tribunal había sido llevado a error por la Demandada.
237. Es exclusivamente la contradicción entre la posición sostenida a este respecto por la República de Chile en el proceso de arbitraje y la nueva declaración de la República de Chile por medio del CDE, con sus consecuencias, lo que ha sido sometido al Tribunal en la demanda de revisión de las secciones VII, VIII y la parte correspondiente del Laudo. Ante el Tribunal no ha sido planteada, en ningún caso, la parte del 8° punto del Fallo a la que se refiere la segunda premisa del punto 555 de la demanda de nulidad del 5 de septiembre de 2008, a la que nos referimos aquí.
238. La Decisión del 16 de noviembre de 2009 en el proceso de revisión no hace absolutamente ninguna mención a la Constitución de Chile. La inaplicación manifiesta del artículo 7 de la Constitución a los hechos y circunstancias de la controversia sometida al arbitraje no era, por

²⁷¹ Réplica, Sección VI-B(1)

²⁷² Anexo DP46

lo demás, susceptible de un procedimiento de revisión, y este tema no es el objeto de la Decisión adoptada en dicho procedimiento.²⁷³

2. LA EXTRALIMITACION MANIFIESTA DE LAS FACULTADES DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

239. Como los Demandantes han demostrado en la Contestación²⁷⁴, el Tribunal de Arbitraje ha cometido una manifiesta extralimitación de facultades en cuanto que no ha aplicado en absoluto a la controversia sometida al arbitraje las disposiciones constitucionales pertinentes, en particular el artículo 7 de la Constitución de Chile de 1980.

Los Demandantes remiten al Comité *ad hoc* a los desarrollos en su Contestación, páginas 121 a 138 y 148 a 156, que demuestran que es manifiesta la falta de aplicación de la Constitución al mantenimiento de la confiscación después de la entrada en vigor del API.

240. El comité *ad hoc* observará que la Constitución de Chile de 1980, en particular su artículo 7, no ha sido mencionada en absoluto en el Laudo ni, *a fortiori*, aplicada a los términos del diferendo nacido el 30 de noviembre 1995 sobre el que gira la controversia, es decir cuando el API España-Chile ya estaba en pleno vigor, como los Demandantes pusieron claramente de manifiesto al Presidente de Chile, D. Eduardo Frei, en la Demanda de arbitraje y su primera Memoria:

« El Octavo Juzgado del Crimen de Santiago, por decisión firme y definitiva dictada en junio de 1995, dispuso que la totalidad de estas 40.000 acciones del “Consortio Publicitario y Periodístico S. A.” fueran reintegradas a quien suscribe, en razón de constar judicialmente probado que soy su legítimo propietario. »²⁷⁵

« el artículo 6 de la Carta Fundamental prescribe que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella ; lo que relacionado conjuntamente con el precepto legal invocado y el artículo 24 de la Constitución que le otorga al Presidente de la República la calidad de jefe de Estado , permite concluir que nuestra institucionalidad contempla de manera explícita este poder-deber de Vuestra Excelencia para invalidar el acto

²⁷³ Ver en particular los pp.17-20, 22, 45-46 y 51 de la Decisión del 18 de noviembre de 2009

²⁷⁴ Contestación §§680 y siguientes

²⁷⁵ Anexo CN48, carta del 6 de septiembre de 1995 de D. Victor Pey al Presidente de la República de Chile, D. Eduardo Frei (subrayado agregado)

*irregular que me perjudica y atenta gravemente contra el ejercicio de los derechos de prensa e información».*²⁷⁶

*“7°.- Una vez recuperados los títulos de propiedad y los justificantes de su pago, el inversor español procedió a reclamar por primera vez la restitución de sus propiedades confiscadas. Lo hizo mediante el requerimiento que por conducto notarial dirigió **el 6 de septiembre de 1995** al Presidente de la República (doc. anexo n° 22). Aquel fue desestimado el **20.11.1995** por el Ministro de Bienes Nacionales (doc. anexo n° 23, pp.1-2), en un escrito donde pasó por alto la nulidad radical de la confiscación (ver el artículo 4 de la Constitución vigente hasta 1980 en doc. anexo n° 24) ...”*²⁷⁷

“4.5.4.3.3.5 Según el art. 4° de la misma Constitución:

"Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

*4.5.4.3.3.6 Tal principio está mantenido **en la Constitución vigente desde 1980** (doc. anexo núm. 7 a nuestro escrito de fecha 28 de agosto de 1998), **cuyo art. 7 dice:***

*"Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución y las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que la ley señale"(subrayado añadido)."*²⁷⁸

241. Además, es manifiesto que en Chile en 1995 el Decreto n°165 de 1975 que disolvía CPP S.A. era ineficaz. Así :

- Está más que ampliamente demostrado en el expediente que los Tribunales de Justicia de Chile, sin excepción, interpretan y aplican directamente el artículo 7 de la Constitución y no necesitan en modo alguno la ley 19.568 para constatar, *ex officio*, la nulidad *ab initio* de todos los decretos de confiscación dictados en aplicación del Decreto 77 de 1973, por haber violado de manera manifiesta el principio de separación de poderes tal como lo formula el artículo 7 de la Constitución de 1980 y el 4 de la de 1925²⁷⁹ ;

²⁷⁶ Anexo CN50, carta del 10 de enero de 1996 de D. Victor Pey al Presidente de la República de Chile, D. Eduardo Frei (subrayado añadido)

²⁷⁷ Demanda de arbitraje depositada el 7 de noviembre de 1997 en el Secretariado del CIADI, anexo CN59f

²⁷⁸ Memoria sobre la competencia y el fondo del 17 de marzo de 1999, anexo CN80f

²⁷⁹ Anexos CN32a y CN02f

- la sentencia del 1er Juzgado Civil de Santiago de 24 de julio 2008 confirma que en 1995 EPC Ltda. continuaba poseyendo personalidad jurídica y tenía, al igual que D. Víctor Pey en nombre de y por cuenta de aquella en su calidad de accionista, la legitimidad activa ante los tribunales, extrayendo *ex officio* las consecuencias de la nulidad *ab initio* del Decreto n° 165 en aplicación del artículo 7 de la Constitución de 1980²⁸⁰;
- La Ley 19.568 de 1998 confirma la nulidad de los decretos de confiscación dictados en aplicación del Decreto N° 77 de 1973, reconoce la legitimidad activa y el derecho a la restitución de sus bienes de todas **las personas jurídicas** pretendidamente disueltas en aplicación del Decreto 77 1973 y propietarias de los bienes afectados:

“Artículo 1°.- Las personas naturales y las personas jurídicas, incluidos los partidos políticos, que hayan sido privados del dominio de sus bienes por aplicación de los decretos leyes N°s. 12, 77 y 133, de 1973; 1.697, de 1977, y 2.346, de 1978, tendrán derecho a solicitar su restitución o requerir el pago de una indemnización, en conformidad con las normas establecidas en esta ley. Igual derecho tendrán sus sucesores o quienes se reputen como tales”²⁸¹ (subrayado añadido).

- Esta ley confirma la existencia de los derechos sobre la inversión del Sr. Pey en CPP SA y EPC Ltda después de la entrada en vigor del API, el artículo 1 *in fine* dejando a la sola voluntad del inversor (persona jurídica o física) la elección de ejercitar su derecho a la restitución- indemnización ya sea ante los Tribunales de Justicia (que aplican directamente el artículo 7 de la Constitución) o ya sea ante la Administración (que aplica la Ley 19.568 de 1998):

« Podrán acogerse a este procedimiento, quienes tengan juicio pendiente en contra del Fisco, iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, en que reclamen la restitución o indemnización de los bienes señalados en el inciso primero. En este caso, deberán desistirse previamente de las acciones deducidas ante el tribunal respectivo, y acompañar a su solicitud copia autorizada de la resolución judicial que ponga fin al litigio” (subrayado añadido).

- La Decisión n°43 del Ministerio de Bienes Nacionales del 28 de abril de 2000 no hace sino confirmar el derecho preexistente de los propietarios de las acciones de CPP SA y EPC Ltda a una indemnización.

242. El Comité *ad hoc* observará por lo demás que en sus primeras dos memorias sobre la incompetencia, de julio de 1999 y 27 de diciembre de 1999²⁸², la República de Chile no

²⁸⁰ Anexos DP65 y DP48f

²⁸¹ Ley 19.568, de 1998, anexo CN66c

²⁸² Anexos RA136b y CN88; hasta tal extremo el memorial de Chile de julio de 1999 contradice sus pretensiones actuales que la Demandada lo ha reemplazado por un documento de los Demandantes bajo el N° de anexo

cuestionaba lo que afirmaban los Demandantes en la memoria de 17 de marzo de 1999 sobre la “nulidad de derecho público” de los decretos confiscatorios de la inversión, sobre la existencia actual de los activos de CPP SA y EPC Ltda y sobre que el Sr. Pey había comprado la totalidad de las acciones de CPP SA. Si se hubiera opuesto, Chile habría estado en contradicción con el mensaje de 3 de junio 1991 del Jefe de Estado al Congreso de Chile²⁸³ y el proyecto de la Ley N° 19.568 de 1998 que, en aplicación de la Constitución, reconoce la legitimidad activa, en particular, de las personas jurídicas supuestamente disueltas por los decretos dictados en virtud del Decreto-Ley 77 de 1973, así como su propiedad sobre los bienes así confiscados.

243. Los Demandantes reiteran los argumentos de los puntos 659 a 709 de su Contestación del 15-10-2010: sólo hay motivo de nulidad, parcial, de la parte del párrafo 8° del Fallo del Laudo, y de los solos párrafos en que se basa esa parte, en relación con la materia específica alegada en la 2ª premisa del punto 566 del *Memorial on annulment* en respaldo de la demanda de nulidad del Laudo, a saber “*the fact that such investment had been completely and definitively extinguished long before the BIT's entry into force*”.

244. Sobre ese preciso hecho, y a diferencia del artificio de la Sección VI-B(2) de la *Reply*, el 8° punto del Fallo del Laudo arbitral incurre en un « *manifest disregard* » de la norma aplicable, el artículo 7 de la Constitución de Chile en vigor cuando el API deviene exigible. No se trata de error, ni de si es correcta la interpretación de la Constitución.

245. El término *disregard* aquí significa que, habida cuenta de los términos en los que los Demandantes han consentido al arbitraje del CIADI al aceptar los términos ofrecidos en 1991 por la República de Chile en el API con España, en cuanto a ese preciso hecho

« (...) *the arbitrator appreciates the existence of a clearly governing legal principle but decides to ignore or pay no attention to it* ».²⁸⁴

246. El Laudo ha infringido el artículo 52(1)(b) de la Convención y ha modificado sustancialmente la conclusión del arbitraje por el motivo de que el Tribunal, al no aplicar en absoluto artículos imperativos de la Constitución de Chile (en particular el artículo N° 7), ha considerado que el Decreto 165 de 1973 seguía siendo eficaz después de la entrada en vigor del API – punto 8 del Fallo cuyo fundamento figura en los párrafos del Laudo indicados en el párrafo 671 de la Contestación del 15 de octubre de 2010.

RA-56. Los Demandantes lo han comunicado bajo el N° CN88 (y también el Mensaje del Jefe del Estado al Congreso Nacional de Chile de de 3 junio de 1991, anexo CN38d)

²⁸³ Anexo CN38d

²⁸⁴ *Merrill Lynch, at al. V. Bobker*, 808 F.2d 934, 2d Circ., 1986, USA.

III. LAS COSTAS DEL PROCEDIMIENTO

1. GASTOS DEL INCIDENTE SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE NULIDAD

247. En el momento de ejercitar su facultad discrecional en la asignación de costas y gastos del procedimiento de nulidad, el Comité *ad hoc* es respetuosamente invitado a tener en cuenta los siguientes hechos:

- La existencia del Decreto Supremo N° 111 de 21 de abril de 2008, al que la delegación chilena ha atribuido la autorización para depositar el recurso de nulidad, presentado en el Registro de la Contraloría el 14 de mayo de 2008, no ha sido desvelada a los Demandantes, a pesar de su petición de que se les permitiera conocer el documento en que el Presidente de Chile hubiera autorizado la presentación de la *Request* ni a los miembros del Comité *ad hoc* ni al Centro, más que al final de la vista oral del 29 de enero 2010 sobre la admisibilidad del recurso. Esta comunicación tuvo lugar *in extremis*, después de los numerosos intercambios que se iniciaron a partir del 5 de septiembre de 2008;
- La delegación de Chile ha llevado al Comité *ad hoc* a creer en la entera e indiscutible integridad-validez del texto del Decreto 111. Sin embargo, en el anexo CN242 figura la «*Resolución del 9 de mayo de 2008 sobre la corrección de errores en los Decretos firmados por el Presidente de la República de Chile*», cuyo artículo 2 dispone :

*«Deléganse en el Jefe de la División Jurídica las siguientes facultades: a) La de rectificar los decretos ya firmados por la Presidenta de la República o el Presidente de la República, según corresponda, y por el Ministro respectivo, y aquellos firmados por el Ministro bajo la fórmula "Por orden del Presidente de la República" o "Por orden de la Presidenta de la República", según el caso, **sólo para corregir errores manifiestos de escritura o numéricos**» (subrayado nuestro).²⁸⁵*

Pero en cada una de las versiones aportadas de dicho Decreto aparecen cambiados páginas y párrafos enteros²⁸⁶, sin que la aprobación de esos cambios -por la sola autoridad habilitada para hacerlo, el Jefe del Estado - figure en ninguna parte.

- Independientemente de la decisión del Comité *ad hoc* que declara admisible el presente recurso a pesar de la objeción de los Demandantes, la comunicación de ese decreto en septiembre de 2008, en el momento de depositar la demanda de nulidad, probablemente habría limitado los gastos efectuados por los Demandantes en esta dimensión del procedimiento;

²⁸⁵ Anexo CN242

²⁸⁶ Ver las comunicaciones de los Demandantes de 5 y 17 de febrero de 2010 y los anexos adjuntos.

- hasta el presente caso, la interpretación conocida de la Convención en la práctica del CIADI era la de considerar el procedimiento de nulidad hasta tal punto diferente del terminado en el Laudo que, cuando en el procedimiento de arbitraje quedaba un saldo pecuniario a favor de una parte, el Secretariado no podía aplicarlo a los gastos de esa parte en el procedimiento de nulidad sin una nueva autorización. Este criterio, seguido en 2008 en el caso *Vieira S.A. c. la República de Chile*²⁸⁷ -la no prórroga de la autorización obrante en el terminado procedimiento- sobre el dinero, instrumento fungible por excelencia, había sido aplicada también en cuanto a la autorización de la representación de la parte correspondiente en el procedimiento de nulidad de la República de Chile contra el Laudo pronunciado en el caso *MTD*;
- la doctrina existente hasta el presente caso sobre la admisibilidad en un caso comparable era la sentada en el procedimiento de nulidad en la decisión de *AMCO*²⁸⁸, que es la que han seguido los Demandantes ;
- en la especie, el agente de Chile ha comunicado al Centro la identidad de las personas autorizadas a representarle (i) el 5 de enero de 2008, en el procedimiento cuya conclusión tuvo lugar el 8 de mayo de 2008; (ii) el 15 de julio de 2008, indicando que se refería al procedimiento de revisión del Laudo de 8 de mayo de 2008; (iii) el 7 de mayo de 2010, indicando que se refiere al procedimiento de nulidad;
- finalmente, el recurso de nulidad es, como se ha demostrado, abusivo en cuanto que constituye en realidad una apelación contra el Laudo, lo que no está admitido en la Convención del CIADI.

2. GASTOS DEL INCIDENTE SOBRE LA SUSPENSION PROVISIONAL DEL LAUDO ARBITRAL

248. El Comité *ad hoc* es respetuosamente invitado a tener en cuenta, al decidir sobre los gastos relativos a la suspensión provisional de la ejecución del Laudo, el hecho de que los Demandantes podían legítimamente esperar que se aplicaran a su petición los criterios de elucidación del artículo 52(5) de la Convención que hasta ese momento numerosos Comités *ad hoc* habían considerado predominantes²⁸⁹, tales como los de los casos *Repsol Ypf Ecuador*,

²⁸⁷ Anexo DP59

²⁸⁸ Decisión sobre la demanda de nulidad *Amco Asia c. Indonésie* del 16 de mayo de 1986, para. 33 in 12 YB Com Int 129 (1987), citado en el punto 1.1 de la Presentación de los argumentos de los Demandantes sobre la inadmisibilidad de la demanda de nulidad depositada el 5 de septiembre de 2008 por un *asesor* de Chile

²⁸⁹ Comunicación de los Demandantes de 21 de enero de 2010, p.2, nota 5 ; p.1, nota 3

*S.A. et al.*²⁹⁰ y *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v Argentine Republic*²⁹¹.

3. GASTOS DEL PROCEDIMIENTO DE NULIDAD

249. Los Demandantes solicitan al Comité *ad hoc* tener en cuenta los elementos siguientes al decidir la atribución de las costas y gastos del procedimiento de nulidad :

- El artículo 52(1) de la Convención no puede ser invocado para interponer una apelación encubierta contra un laudo arbitral desviando o tergiversando el contenido del expediente de arbitraje, que es lo que ha hecho sistemáticamente la República de Chile;
- La opción deliberada de la República de Chile de presentar escritos de extraordinaria longitud, multiplicando repeticiones y otros artificios para dar una apariencia de seriedad a su demanda de nulidad;
- El hecho de que la República de Chile ha introducido un tercer idioma en el procedimiento, lo que ha aumentado los gastos y potencialmente conduce a errores en la comprensión y el seguimiento del debate entre las Partes y el Comité *ad hoc*;
- La República de Chile no ha respetado el acuerdo alcanzado durante la 1ª reunión con el Comité *ad hoc* sobre la igualdad de la lengua española, al decidir unilateralmente que la versión en inglés de su Réplica "*shall govern*", siendo así que durante la vista oral del 29 de enero de 2010 el señor Víctor Pey, parte Demandante, había indicado ante el Comité *ad hoc* que no conoce el inglés. Esto ha interferido gravemente en los derechos de defensa, a la igualdad y no discriminación del Demandante.

²⁹⁰ Ordenanza procesal No. 4, de 28 de febrero de 2006

²⁹¹ ICSID Case No. ARB/97/3, Annulment Proceeding, Decision on the Argentine Republic's Request for a Continued Stay of Enforcement of the Award rendered on 20 August 2007

IV. CONCLUSION

SOLICITUD AL COMITÉ *AD HOC* :

- Que acepte la presente Dúplica, con sus anexos, en respuesta a la Réplica de la República de Chile del 22 de diciembre de 2010 ;
- Que acepte tener por reiterado lo manifestado por los Demandantes en sus escritos precedentes ;

En consecuencia, los Demandantes solicitan respetuosamente al Comité *ad hoc* :

- Desestimar la demanda de nulidad formulada por la República de Chile, con la única excepción de la parte del 8° punto del Fallo cuyo fundamento figura en los párrafos del Laudo indicados en el párrafo 671 de la Contestación del 15 de octubre de 2010, por los motivos de aplicación del API España-Chile y de la Constitución de Chile indicados en la conclusión de dicha memoria;
- anular parcialmente, por extralimitación manifiesta de facultades (artículo 52(1)(b) de la Convención), la parte del punto 8° del Fallo del Laudo solamente en lo que se refiere a los párrafos del mismo indicados en el párrafo 671 de la referida Contestación, que también deben ser anulados
- levantar la suspensión provisional de la ejecución de los puntos 1 a 7 del Laudo;
- condenar a la República de Chile a soportar los costos de este procedimiento de nulidad, de los incidentes relativos a su admisibilidad y a la suspensión provisional de la ejecución del Laudo, incluidos los gastos y honorarios de los Miembros del Comité *ad hoc*, los gastos por la utilización de las instalaciones del CIADI, los gastos de traducción y honorarios profesionales de estas Partes, de los abogados, testigos y otras personas llamadas a comparecer ante el Comité *ad-hoc*, o, subsidiariamente, los gastos del procedimiento de nulidad, de los incidentes sobre su admisibilidad y la suspensión provisional de la ejecución del Laudo, y a pagar las cantidades correspondientes a toda otra condena que el Comité *ad hoc* considere justa y equitativa

Madrid, 28 de febrero de 2011

Por los Demandantes



LISTA DE DOCUMENTOS ANEXOS

N°

DP-A	Las <i>specific bases for annulment</i> de la <i>Request</i> de 05-09-2008
DP-B	Las <i>specific bases for annulment</i> del <i>Memorial</i> de 10-06-2010
DP-C	Las <i>specific bases for annulment</i> de la <i>Reply</i> de 22-12-2010
DP01	Nationalité et Constitution du Chili 1925-1980-1989-2005- Le droit à renoncer
DP02	DP02-1971-07-12- Decisión 24 del Grupo de Cartagena- Decretos para poder aplicarla en Ecuador
DP02f	1971-07-12- Décision 24 du Groupe de Carthagène-Ordonnances pour sa mise en application en Équateur
DP03	1972-12 CORFO (Ministerio de Economía) Inversiones extranjeras en Chile bajo el Estatuto del Inversor de 1960
DP03f	1972-12 CORFO (Ministère de l'Économie) Investissements Étrangers au Chili sous le Statut de l'Investisseur de 1960
DP04	1972-Décision 24-The Andean Foreign Investment Code by OLIVER (C.T.) in <u>American Journal of International Law</u> , vol. 66, October 1972, n° 5
DP05	1973-03-21 Decisión 24 - Colombia- Ley 8 de 21-03-1973 del Congreso Nacional autoriza al Ejecutivo para dictar las resoluciones que permitan su aplicación. El Ejecutivo acuerda en los anexos el marco de los Reglamentos de aplicación
DP06	1974-04-29 Decisión 24 del Grupo de Cartagena - Reglamento para su aplicación en Venezuela
DP07	1977 Decisión 24-GARCIA AMADOR (F.V.) <u>El ordenamiento jurídico andino</u> . Buenos Aires 1977
DP07e0	1978 Decisión 24 -GARCIA-AMADOR 1 (F.V.) <u>The Andean Legal Order. A New Community Law</u> . N.York 1978
DP07e1	1978 Decisión 24 -GARCIA-AMADOR 2 (F.V.) <u>Appendices to The Andean Legal Order. A New Community Law</u> N. York 1978
DP08	1989-Nacionalidad-GUZMAN (Diego) La CDN España-Chile prevalece sobre la Constitución- <u>Tratado de Derecho Internacional Privado</u> . Santiago de Chile 2003
DP09	1990-03-06 Nacionalidad- Resolución de la Dirección General de Registros – la inscripción de la pérdida de la nacionalidad no tiene efectos constitutivos
DP10	1993-01-27 Sentencia de la Corte Suprema de Chile sobre venta de acciones de una S.A.- Doctrina aplicada en la inversión del Sr. Pey
DP11	1995-10-02 GOSS-Demanda de Sr. Pey c. el Fisco- Restitución tras su depósito necesario en 1973
DP12	1995-10-02 GOSS-Requête Pey c Fisco- Restitution en 1995 après son dépôt forcée en 1973
DP13	1996-06-19 Nacionalidad- Resolución de la Dirección General de Registros – la inscripción de la pérdida de la nacionalidad no tiene efectos constitutivos
DP14	1997-12-10 Términos del consentimiento al arbitraje-Preguntas del CIADI a los Demandantes
DP15	1997-12-19 Consentimiento al arbitraje bajo el art. 7 de la Constitución-Respuesta de los Demandantes al CIADI
DP15f	1997-12-19 Consentement à l'arbitrage sous l'art. 7 de la Constitution- Réponse des Demandereses aux questions du CIRDI
DP16	1998-02-12 Términos del consentimiento al arbitraje Preguntas del Sr. Shihata, Secretario General del CIADI
DP17	1998-03-20 Consentimiento al arbitraje bajo el artículo 7 de la Constitución- Respuesta de los Demandantes a las preguntas del CIADI

DP18	1998-03-23 Consentimiento al arbitraje-Respuesta de los Demandantes a las preguntas del CIADI
DP19	1998-03-23 Termes du consentement à l'arbitrage-Réponse des Demanderesses aux questions du CIRDI
DP20	1998-03-30 Términos del consentimiento al arbitraje- Respuesta de los Demandantes a las preguntas del CIADI
DP20f	1998-03-30 Termes du consentement à l'arbitrage- Réponse des Demanderesses aux questions du CIRDI
DP21	1998-07-25 Nacionalidad-Sentencia de la Corte Suprema asimila la denegación del pasaporte a la retirada de la nacionalidad chilena
DP22	1998-07-25 Nationalité-Arrêt de la Cour Suprême assimilant le refus du passeport au retrait de la nationalité chilienne
DP23	1998-12-11 ORREGO-VICUÑA c. la Fundación española Presidente Allende : <i>Opinión confidencial dirigida a los Law Lords en el proceso de extradición de Augusto Pinochet solicitada por la Fundación Presidente Allende, parte querellante</i> ²⁹²
DP24	1999-06-23 GOSS- Victor Pey notifica al 1er Juzgado Civil de Santiago el arbitraje ante el CIADI
DP24f	1999-06-23 GOSS- Victor Pey communique à la 1ère Chambre Civile l'arbitrage en cours auprès du CIRDI
DP25	1999-09-24 Accord sur la Protection des Investissements entre le Chili et la Suisse, appliqué dans la demande de suspension provisoire de la procédure GOSS auprès des juridictions internes
DP26	2001-01-03 GOSS El 1er Juzgado Civil de Santiago cita a las partes a oír la Sentencia
DP26f	2001-01-03 GOSS La 1ère Chambre Civile de Santiago cite les parties à entendre la Sentence
DP27	2001-03-05-GOSS El 1er Juzgado Civil reitera citación a las partes para oír la Sentencia
DP27f	2001-03-05-GOSS La 1ère Chambre Civile réitère la mise en délibéré de la Sentence
DP28	2001-06-21 Décision 43-Audience sur la demande de mesures provisoires-Intervention des Demanderesses
DP29	2001-09-26 Decisión del Tribunal de arbitraje sobre petición de medidas provisionales
DP29f	2001-09-26 Décision du Tribunal d'arbitrage relative à la pétition de mesures conservatoires
DP30	2002-03-27 Decisión 43- El Gobierno de Chile aprueba la evaluación del patrimonio de CPP SA y EPC Ltda.
DP31	2002-06-21- La venta de las acciones de CPP SA al Sr. Pey y los traspasos firmados en blanco -Dictamen del Prof. Bruna
DP31f	2002-06-21- La vente des actions de CPP SA à M. Pey et les transferts signés en blanc- Consultation du prof. Bruna
DP32	2002-08-08 GOSS Communication du dossier judiciaire où on a reconnu que M Pey est propriétaire de la totalité des actions de CPP SA
DP33	2002-11-04 GOSS Víctor Pey pide suspensión provisional del proceso ante el 1er Juzgado Civil de Santiago en tanto el arbitraje está en curso
DP33f	2002-09-04 GOSS Victor Pey demande la suspension provisoire de la procédure tandis que l'arbitrage est en cours
DP34	2002-09-21 Denegación del derecho al arbitraje- Cámara de Diputados de Chile-Acta de sesión especial sobre el arbitraje ante el CIADI
DP34f	2002-09-21-Dénégation du droit à l'arbitrage-Chambre des Députés du Chili-Procès Verbal de la session spéciale sur l'arbitrage auprès du CIRDI
DP35	2002-11-14 GOSS 1ère Chambre Civile rejette la demande de suspension provisoire de la procédure tandis que l'arbitrage est en cours

²⁹² Accesible en <http://www.elclarin.cl/images/pdf/19981211OrregoVicucConfidentialOpinionSpain.pdf>

DP36	2002-12-18 GOSS 1ère Chambre Civile reçoit le recours en appel de la décision de ne pas suspendre provisoirement la procédure
DP37	2003-01-23 Confiscación-Sentencia de la Corte Suprema de Chile -Nulidad derecho público
DP38	2003-02-10 Investissements Étrangers Opinion de Me Araya sur le Rapport Santa Maria, expert du Chili
DP39	2003-02-19 Rapport d'Alejandro Arráez y Asociados sur la valeur du patrimoine de CPP S.A.
DP40	2004-01-29 Nacionalidad CDN España-Chile: cabe renunciar a doble nacionalidad chilena- Informe de la Dirección de Registros- Ministerio de Justicia de España
DP40f	2004-01-29 Nationalité CDN Espagne-Chili : on peut renoncer à la double nationalité chilienne- Communication de la Direction des Registres. Ministère de Justice de l'Espagne
DP41	2005-09-23 <i>The Financial Times</i> y Paul Wolfowitz citados por el Sr. Bedjaoui el 7-11-2005 en respuesta a una invitación del CIADI
DP42	2006-04-05 (Coup de 2005) Les Demanderesses sollicitent lever l'immunité de M. Leoro Franco
DP42f	2007-02-15 (Coup de 2005) Les Demanderesses sollicitent au Président du Conseil administratif lever l'immunité de M. Leoro Franco
DP43	2007-04-19 Respuesta del Presidente del Consejo administrativo del CIADI a la petición de levantar la inmunidad del Sr. Leoro Franco
DP43f	2007-04-19 Réponse du Président du Conseil administratif du CIRDI à la pétition de lever l'immunité de M. Leoro Franco
DP44	2007-04-26 Observaciones a la respuesta del Pte. del Consejo administrativo del CIADI a la petición de suspender la inmunidad del Sr. Leoro Franco
DP44f	2007-04-26 Observations à la réponse du Président du Conseil administratif du CIRDI à la pétition de lever l'immunité de M. Leoro Franco
DP45	2007-08-21 Eduardo Vieira S.A. (España) c República de Chile CIADI ARB-04-7 Laudo
DP46	2008-02-22 Confiscation-Déclaration du Président du Conseil de Défense de l'État relative à la jurisprudence constante de la Cour Suprême sur le Décret 77 de 1973
DP47	2008-05-18 Bilateral Investment Treaties protection to non-profit organisations
DP48	2008-07-24 GOSS Sentencia de 1ª Instancia del 1er Juzgado Civil de Santiago
DP48f	2008-07-24 GOSS Sentence de 1ère Instance de la 1 ^{ère} Chambre Civile de Santiago
DP49	2008-09-15 ORREGO VICUÑA et la désignation du Comité <i>ad hoc</i> à venir- Lettre au Président du Conseil administratif du CIRDI
DP50	2009-06-16 GOSS Le Fisc affirme que la procédure GOSS aurait été abandonnée et demande qu'elle soit déclarée sans effet
DP51	2009-08-06 GOSS <i>Inaudita parte</i> la 1ère Chambre Civile rejette la demande du Fisc de déclarer que cette procédure aurait été abandonnée
DP52	2009-08-12 GOSS <i>Inaudita parte</i> le Fisc forme appel contre la décision de la 1ère Chambre Civile de 2009-08-06
DP53	2009-12-18 GOSS <i>Inaudita parte</i> la Cour d'Appel de Santiago déclare que la procédure GOSS a été abandonnée. Mise aux archives
DP54	2009-Nationalité-SLOANE (Robert D.) <u>Breaking the Genuine Link -The Contemporary International Legal Regulation of Nationality</u> -2009
DP55	2010-08-10-Vivendi Second Annulment Decision
DP56	2010-08-23-Déni de justice-FRANCIONI (Francesco) "Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law" 20 <u>EURJIL</u> 729 23-8-10 1307
DP57	2010-08-23-Déni de justice-KURTZ (Jürgen) "Access to Justice, Denial of Justice and International Investments" 20 <u>EURJIL</u> 1077 23-8-10 1302
DP58	2010-08-23-MCLACHLAN (Campbell) "Investment Treaties and General International Law" <u>ICLQ</u> 2008 23-8-10 1215

DP59	2010-12-10 Eduardo Vieira S.A. (España) c Chile Decisión del Comité <i>ad hoc</i> sobre nulidad del Laudo
DP60	2010-12-17 Affaire Pinochet- Arrêt de la Cour d'Assises de Paris - Condamnations à perpétuité
DP61	2010-MORTENSON (J.D.) "The Meaning of 'Investment' ICSID's travaux and the Domain of International Investment Law" 51 HVILJ 257 23-8-10 1253
DP61b	2010-12-01 CAMPOLIETI (F.) « Sur le défaut de motifs comme cause d'annulation des sentences arbitrales CIRDI » <u>Les Cahiers de l'Arbitrage</u> , 2010-4
DP62	2011-01-24 GOSS- V. Pey pide conocer lo actuado en este procedimiento después del 1-09-2002
DP62f	2011-01-24 GOSS- V. Pey demande à connaître ce qui est intervenu dans ce dossier à partir du 1er sept. 2002 en avant
DP63	2011-01-31 GOSS- Los Demandantes toman conocimiento de las actuaciones realizadas en este procedimiento desde el 1 de septiembre de 2002
DP64	2011-01-31 GOSS- Nulidad de la decisión que declara que los Demandantes habrían abandonado este proceso
DP64f	2011-01-31 GOSS- Nullité de la décision déclarant que les Demanderesses auraient abandonné cette procédure
DP65	2011-02-28 La corrélation entre le Jugement de la 1 ^{ère} Chambre Civile de Santiago du 24.07.2008 dans l'affaire GOSS et la procédure d'arbitrage devant le CIRDI