

**LA COMPETENCIA DEL CENTRO INTERNACIONAL PARA
EL ARREGLO DE LAS DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES (CIADI) PARA PROTEGER LAS INVERSIONES
EXTRANJERAS REALIZADAS POR LOS PARTICULARES: EL
LAUDO DE 8 DE MAYO DE 2008 DICTADO POR UN TRIBUNAL
DEL CIADI EN EL CASO VÍCTOR PEY CASADO Y FUNDACIÓN
PRESIDENTE ALLENDE Y LA REPÚBLICA DE CHILE
(Caso CIADI N° ARB/98/2)[§]**

Francisco José PASCUAL VIVES*

I. INTRODUCCIÓN.- II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CASO *CLARÍN*: 1. Los hechos que originaron la diferencia entre las partes. 2. La presentación de la demanda y su desarrollo ante el Tribunal arbitral.- III. LAS CUESTIONES DE CARÁCTER MATERIAL RELACIONADAS CON EL CONCEPTO DE INVERSIÓN: 1. La existencia de un contrato de compraventa entre Víctor Pey Casado y Darío Sainte-Marie. 2. Los derechos cedidos gratuitamente a la Fundación Presidente Allende. 3. La consideración de los contratos de compraventa y cesión como una inversión a la luz del Convenio CIADI. 4. La consideración de los contratos de compraventa y cesión como una inversión a la luz del Acuerdo para la Protección y el Fomento Recíprocos de las Inversiones (API) entre Chile y España.- IV. LAS CUESTIONES DE CARÁCTER SUBJETIVO RELACIONADAS CON LA NACIONALIDAD DEL INVERSOR: 1. La nacionalidad de las demandantes a la luz del Convenio CIADI. 2. La nacionalidad de las demandantes a la luz del API entre Chile y España.- V. LAS CUESTIONES DE CARÁCTER ADJETIVO RELACIONADAS CON LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL: 1. La competencia *rationae temporis* del Tribunal arbitral en virtud del API entre Chile y España. 2. El ejercicio de la opción irrevocable prevista en el API entre Chile y España. 3. La celebración de consultas amistosas por parte de la Fundación Presidente Allende.- VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El 8-5-2008 la Secretaría del CIADI remitió a las partes el laudo que resuelve el *Caso Clarín*, un procedimiento entablado entre Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende, quienes actuaban como demandantes, y la República de Chile, el

[§] Este trabajo constituye un borrador de la investigación publicada con el mismo título por el *Anuario Español de Derecho Internacional (AEDI)*, vol. XXIV (2008), pp. 177-214.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público y relaciones internacionales (Universidad de Alicante).

Estado demandado¹. Esta decisión arbitral condena a la parte demandada al pago de una indemnización y de una gran parte de las costas procesales², al considerar probada la existencia de una discriminación y la no concesión de un trato justo y equitativo a los demandantes, unos inversores de nacionalidad española, como resultado de la confiscación del consorcio periodístico editor del Diario chileno *Clarín*, iniciada en la década de los 70. El *iter* procesal de este litigio ha estado salpicado por innumerables avatares de orden jurídico³, económico⁴ y político⁵, que han dilatado la obtención del laudo arbitral nada menos que 11 años.

Aunque no es menos cierto que aquella decisión parece representar sólo la culminación de la primera etapa del *Caso Clarín*⁶. En este orden de ideas, tras la notificación del laudo las partes demandantes han solicitado su revisión parcial el 2-6-

¹ El laudo del Tribunal arbitral, algunas Memorias presentadas por las partes, así como los principales documentos probatorios invocados por la demandante se han obtenido y pueden consultarse en la página web del Diario *Clarín* (<http://www.elclarin.cl/fpa/arbitraje.html>). Por lo que se refiere al resto de decisiones arbitrales citadas en el trabajo, pueden consultarse en las siguientes páginas web: <http://ita.law.uvic.ca> y <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

² El Tribunal ordena a Chile al pago de US\$10.132.690,18 con un interés compuesto anual del 5%, contabilizado desde el 11-4-2002 hasta el 8-5-2008. Asimismo, exige a la demandada que contribuya a las costas y gastos incurridos por las demandantes (US\$2.000.000) y le atribuye las $\frac{3}{4}$ partes del importe total de las costas procesales (US\$3.136.893,34).

³ La elección de los miembros del Tribunal arbitral se realizó conforme al Artículo 37.2.b) del Convenio CIADI y constituye un simple ejemplo de los problemas surgidos en el presente litigio. Las partes actoras designaron como árbitro al Juez Mohammed Bedjaoui (Argelia), mientras que Chile al Profesor Jorge Witker Velásquez, de origen chileno, si bien había renunciado a esta nacionalidad a favor de la mexicana el 23-2-1989. Ante la protesta de los demandantes y la consecuente renuncia del Profesor Witker Velásquez, Chile nombró como árbitro al Embajador Galo Leoro Franco (Ecuador). Por su parte, el Presidente del Consejo de Administración del Banco Mundial propuso como Presidente del Tribunal al Sr. Albert Jan van den Berg (Holanda), pero ante la protesta de Chile, los demandantes aceptaron una nueva propuesta para ocupar el cargo de Presidente, que recayó en la persona del Juez José Francisco Rezek (Brasil). No obstante, el 12-3-2001 los demandantes denunciaron por escrito una serie de irregularidades procesales que perjudicaban seriamente su derecho a la defensa y solicitaron la renuncia del Presidente del Tribunal, quien hizo la efectiva el 16-3-2001. En la primavera de 2001 se designó como nuevo Presidente al Profesor Pierre Lalive (Suiza). El 23-8-2005, escasos días antes del inicio de las deliberaciones, Chile solicitó la recusación de los tres miembros del Tribunal, hecho que fue seguido de la renuncia del Embajador Galo Leoro Franco. Así las cosas y en virtud de su competencia, el Presidente del Consejo de Administración decidió cubrir la vacante dejada por el árbitro ecuatoriano con el Profesor Emmanuel Gaillard (Francia), aceptó la recusación del Juez Bedjaoui, quien fue sustituido por el Sr. Mohammed Chemloul (Argelia), y rechazó la recusación efectuada al Presidente del Tribunal. Resultan muy ilustrativos de todo este proceso los intercambios de comunicaciones entre las partes, los miembros del Tribunal y la Secretaría del CIADI entre septiembre de 2005 y agosto de 2006.

⁴ La petición efectuada por las demandantes, según consta en la p. 150 de su Exposición complementaria sobre el fondo de la cuestión de 11-9-2002, ascendía a US\$397.347.287, más los daños morales y extrapatrimoniales. En este sentido, pueden consultarse los informes presentados a petición de los demandantes por la firma "Alejandro Arráez y Asociados, S.A." el 3-9-2002 y el 19-2-2003.

⁵ JIMÉNEZ PIERNAS, C., "Proteger las inversiones en Latinoamérica", *Diario Expansión*, de 9-6-2008, p. 43. Entre ellos, destaca la filtración a Chile por parte del entonces árbitro Sr. Leoro Franco del proyecto de sentencia preparado por el Presidente del Tribunal. Ante esta situación, el Tribunal decidió comunicar oficialmente dicho proyecto a ambas partes el 13-9-2006, en calidad de "documento de trabajo". Para ponderar la trascendencia política del litigio en Chile, por ejemplo, importa destacar que el 21-8-2002 la Cámara de Diputados celebró una sesión especial y monográfica en la que acordó que no correspondía a Chile pagar suma alguna, por ningún concepto, en este procedimiento arbitral: *vid.* Cámara de Diputados de Chile, Legislatura 347ª, Sesión 33ª (especial), de 21-8-2002.

⁶ Puede consultarse un breve análisis de este litigio en las pp. 65-71 de la ponencia presentada por el Dr. Hugo Llanos Mansilla con el título "El arbitraje en la solución de controversias: arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversiones", en el marco del XXV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Esta contribución se encuentra pendiente de publicación en el próximo volumen del *Anuario IHLADI* (2009).

2008⁷, sobre la base del Artículo 51 del Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI)⁸. Como consecuencia de las incertidumbres jurídicas que podría suscitar la ejecución inmediata del laudo, mientras no se decida la revisión, el Tribunal arbitral ha atendido el requerimiento formulado por Chile el 22-7-2008 y ha suspendido su ejecución⁹.

Todo ello no obsta para que pueda realizarse una evaluación de aquella parte de la controversia referida a la competencia del Tribunal arbitral, que sí ha quedado definitivamente fijada por el laudo de 8-5-2008. En este sentido, el presente trabajo persigue analizar exclusivamente desde un plano jurídico los elementos de la citada controversia que se refieren a la competencia del CIADI. Entre ellos, para su mejor sistematización, distinguimos entre los que presentan un carácter material, subjetivo y adjetivo. Sin perjuicio de que esta tarea también nos obligue a referirnos en algún momento al fondo del litigio; de hecho el propio Tribunal arbitral optó por emitir una decisión conjunta sobre la competencia y el fondo¹⁰. El examen de este último aspecto bien podría ser objeto de un comentario de jurisprudencia autónomo.

En particular, el Artículo 25 del Convenio CIADI establece los requisitos elementales que permiten predicar la competencia de cualquier Tribunal arbitral constituido en este ámbito institucional:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho

⁷ El fundamento de esta solicitud reside en el descubrimiento de nuevos hechos que hubieran podido influir decisivamente en el laudo y que fueron desconocidos para el Tribunal: *vid.* párs. 6-59 de la Petición de revisión parcial del laudo, de 2-6-2008.

⁸ *BOE* 13-9-1994. España y Chile son ambos partes de tal Convenio desde el 17-9-1994 y el 24-10-1991, respectivamente.

⁹ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Decisión sobre la suspensión de la ejecución del laudo de 8-5-2008).

¹⁰ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Decisión sobre la unión al fondo de las cuestiones de competencia de 8-5-2002, párs. 100 y ss). El Tribunal considera, siguiendo el Artículo 41 del Convenio CIADI, que resulta necesario ponderar conjuntamente la competencia y el fondo del asunto para dilucidar los principales elementos de controversia mantenidos por ambas partes. Para fundamentar esta posición el Tribunal invoca no sólo la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el *Caso de las cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación de la Convención de Montreal de 1971 surgidas tras el incidente aéreo en Lockerbie (Libia c. Estados Unidos de América)*, Sentencia de 27-2-1998, *ICJ Reports* 1998, párs. 49-50 y en el *Caso de la frontera terrestre entre Camerún y Nigeria (Camerún c. Nigeria)*, Sentencia de 11-6-1998, *ICJ Reports* 1998, párs. 116-117. Además, hizo suyos algunos precedentes dictados por otros Tribunales constituidos en el seno del CIADI como, por ejemplo, en los casos *AMCO Asia c. Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/81/1, Decisión sobre competencia de 25-9-1983), *Klöckner Industrie c. Camerún* (Caso CIADI N° ARB/81/2, Laudo de 21-10-1983), *Tradex Hellas c. Albania* (Caso CIADI N° ARB/94/2, Decisión sobre competencia de 24-12-1996) o *AMT c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI N° ARB/93/1, Laudo de 21-2-1997).

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

Dado que el consentimiento por escrito de ambas partes conforma la base fundamental de dicha competencia, según reza el citado precepto, resulta necesario examinar adicionalmente cómo han manifestado tal consentimiento tanto los Estados como los particulares, para definir con absoluta precisión la competencia del Tribunal arbitral. Es por esto que todos los epígrafes de nuestro trabajo realizan, no sólo un estudio de los requisitos de competencia generalmente reconocidos en el Artículo 25 del Convenio CIADI, la nacionalidad del inversor y el carácter de la inversión, sino además de aquellos expresados de manera bilateral en el instrumento internacional por el que Chile y España han decidido manifestar su consentimiento al arbitraje¹¹, el API hecho en Santiago el 2-10-1991 y en vigor para ambas partes desde el 29-3-1994¹².

Asimismo, la presencia de un particular (el Sr. Pey Casado) y una entidad sin ánimo de lucro (la Fundación Presidente Allende) como partes demandantes supone otro elemento que condiciona la estructura del presente trabajo, puesto que en el laudo arbitral se formula un examen individualizado de los citados requisitos referidos a la competencia del CIADI. Por consiguiente, el análisis de la competencia que planteamos debe referirse y distinguir necesariamente entre ambos actores.

Si se ponderan, en fin, todas las particularidades que caracterizan esta controversia, se hace necesario exponer con carácter sumario los principales hechos que la originaron y algunos momentos procesales importantes, antes de examinar la competencia del Tribunal arbitral encargado de enjuiciarla.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE EL CASO CLARÍN

1. Los hechos que originaron la diferencia entre las partes

Los orígenes del *Caso Clarín* se remontan a los años 70, fecha en la que Víctor Pey Casado convino la compra del Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (CCP S.A.) y de la Empresa Periodística *Clarín* Ltda. (EPC Ltda.) con el ciudadano chileno Darío Sainte-Marie, su hasta entonces propietario. Como más adelante se analizará en el

¹¹ Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párr. 118).

¹² BOE 19-3-1994.

epígrafe III, en virtud de la estrecha relación de confianza y amistad que ligaba a ambos contratantes, esta compraventa se realizó de una manera bastante informal. En cualquier caso, según se desprende de los documentos presentados ante el Tribunal, hacia octubre de 1972 el Sr. Pey Casado habría completado definitivamente su adquisición¹³.

Unos meses después, el 13-9-1973, tuvo lugar el Golpe militar liderado por el General Augusto Pinochet y el Presidente Salvador Allende fue derrocado¹⁴. La Junta Militar que asumió el Poder Constituyente, así como las responsabilidades ejecutivas y legislativas procedió a la incautación de todos los bienes y documentos de CPP S.A. y EPC Ltda., mientras que el Sr. Pey Casado se refugiaba en la Embajada de Venezuela en Santiago y el 27-10-1973 abandonaba Chile. El nuevo Gobierno elaboró sucesivas disposiciones normativas que ordenarían el embargo y la posterior disolución de ambas sociedades y la transferencia de todos sus bienes al Estado¹⁵.

Con la restauración de un régimen democrático, tras el plebiscito de 5-10-1988, el Sr. Pey Casado regresó a Chile con pasaporte español e inició los trámites oportunos para recuperar sus empresas ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago, quien le reconoció tal derecho mediante una sentencia dictada el 29-5-1995. No obstante, tras solicitar sin ningún éxito la ejecución de esta última decisión al propio Presidente de la República y al Ministerio de Bienes Nacionales, el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende decidieron presentar una solicitud de arbitraje internacional contra Chile en el marco del CIADI¹⁶.

Para las demandantes, la reiterada negativa de las autoridades chilenas a indemnizarles por la confiscación de sus bienes resultaba inconsistente con varias obligaciones establecidas en el marco del API entre Chile y España. En particular, alegaban la violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo a los inversores de la otra parte (Art. 4), así como la de no establecer ninguna medida de expropiación o confiscación de manera discriminatoria o contraria al ordenamiento chileno (Art. 5).

¹³ Las demandantes aportan como evidencias varios certificados de las transferencias bancarias emitidas por el Sr. Pey Casado a favor del Sr. Sainte-Marie, en las fechas indicadas, por un importe total de US\$1.280.000.

¹⁴ *Cfr.* “Chronique des faits internationaux”, *RGDIP*, t. 78, n° 3 (1974), pp. 765-782.

¹⁵ Nos referimos, principalmente, al Decreto N° 276, de 21-10-1974; al Decreto N° 165, de 10-2-1975; al Decreto N° 580, de 24-4-1975 y al Decreto N° 1200, de 25-11-1977.

¹⁶ El 25-6-1998, tras haber manifestado los demandantes su consentimiento al arbitraje, se promulgó la Ley N° 19568 de restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado. En ese momento, las demandantes notificaron al Ministerio de Bienes Nacionales el 24-6-1999 que no se acogerían a aquella normativa chilena, sino que se someterían a la jurisdicción del Tribunal arbitral.

Iniciado el procedimiento arbitral en sede internacional, el Ministerio de Bienes Nacionales dictó la Decisión N° 43 mediante la que se atribuía una compensación derivada de la confiscación de CPP S.A. y EPC Ltda.¹⁷ al Sr. Venegas, a los herederos de los Sres. González, Carrasco y Sainte-Marie, así como a una empresa denominada ASINSA, que había adquirido importantes porcentajes de los bienes objeto del litigio a algunos de los anteriores herederos. Esta Decisión zanjaba cualquier reclamación interna relativa a la confiscación de las citadas empresas y, pese a la sentencia de 29-5-1995, no otorgaba ninguna indemnización al Sr. Pey Casado.

2. La presentación de la demanda y su desarrollo ante el Tribunal arbitral

El consentimiento a arbitraje del Sr. Pey Casado se otorgó el 2-10-1997, mientras que la Fundación Presidente Allende lo manifestó el 6-10-1997. El 3-11-1997 ambas partes interpusieron una demanda ante el CIADI contra Chile, solicitando que se declarara ilegítima y contraria al Derecho Internacional (DI) la ocupación y confiscación de la inversión efectuada por el Sr. Pey Casado¹⁸. Ello no obstante, se excluyó del sometimiento a arbitraje la cuestión de la confiscación de la rotativa *Goss*, también propiedad de las demandantes, pues las autoridades judiciales chilenas estaban conociendo tal asunto desde 1995 en un procedimiento paralelo.

Pese a la oposición de Chile, el Secretario General del CIADI procedió a registrar la solicitud de arbitraje el 20-4-1998 y, acto seguido, se iniciaron los trámites pertinentes para designar a los miembros del Tribunal arbitral¹⁹. La demandada solicitó al Tribunal que se pronunciara en torno a su propia competencia, puesto que consideraba que la referida controversia superaba manifiestamente las atribuciones del CIADI²⁰. Asimismo, esta última presentó una solicitud de medidas provisionales el 13-9-1999, que pretendía garantizar la solvencia de las partes demandantes en el supuesto de que debieran afrontar los gastos y las costas resultantes del procedimiento arbitral.

Las primeras audiencias del Tribunal relativas a la competencia, una vez que las partes habían presentado sus argumentos por escrito durante el primer cuatrimestre de 2000, tuvieron lugar los días 3 y 5 de mayo de ese año. Finalizadas las audiencias, las

¹⁷ Por un valor de US\$9.000.000, que tanto el Gobierno como la Cámara de Diputados chilenos decidieron ejecutar inmediatamente.

¹⁸ Memoria de las demandantes, de 17-3-1999, pp. 71-72.

¹⁹ *Supra*, nota 3.

²⁰ Memoria de incompetencia de la demandada, de 20-7-1999, pp. 156-157.

demandantes solicitaron medidas provisionales tendentes a suspender la ya citada Decisión N° 43 del Ministerio de Bienes Nacionales. Por medio de una resolución de 25-9-2001, el Tribunal no admitió las medidas provisionales que habían solicitado ambas partes²¹, si bien les recomendó que se abstuvieran de realizar cualquier acto que pudiera perjudicar o agravar la diferencia²².

El 8-5-2002, en virtud del Artículo 41 del Convenio CIADI, el Tribunal decidió unir al fondo las excepciones sobre incompetencia propuestas por Chile²³, fijando un calendario para la celebración de nuevas audiencias. Posteriormente, el 8-10-2002, rechazó la petición chilena de separar aquellas cuestiones de responsabilidad derivadas del incumplimiento de las obligaciones esenciales que disciplinan el tratamiento recíproco de las inversiones en el API entre Chile y España, de lo referido a los daños y perjuicios causados al inversor.

El 4-11-2002, después de que la jurisdicción chilena no hubiera atendido las reiteradas peticiones de los demandantes en el caso de la rotativa *Goss*²⁴ y que se hubiera ya dispuesto una indemnización por tal concepto en la Decisión N° 43 del Ministerio de Bienes Nacionales, aquellos presentaron una demanda complementaria ante el CIADI relativa a la compensación de los daños dimanantes de la requisita de la rotativa *Goss*. La aparición de esta nueva circunstancia condujo a la asignación de nuevas fechas para la presentación de alegaciones y también a la celebración de audiencias a lo largo del primer semestre de 2003.

Durante el verano de 2005, el Presidente del Tribunal transmitió un primer proyecto de laudo al resto de miembros con carácter confidencial para su posterior deliberación, pero Chile tuvo conocimiento de su contenido a partir de los comentarios del miembro del Tribunal que dicha parte había designado²⁵. Este hecho motivó la recusación del Tribunal, una modificación de su composición y el señalamiento de nuevas audiencias para las partes en enero de 2007. Tras su celebración y la resolución

²¹ *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Decisión sobre la adopción de medidas provisionales de 25-9-2001, párs. 59-61 y 82-86).

²² *Ibíd.*, pár. 77.

²³ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Decisión sobre la unión al fondo de las cuestiones de competencia de 8-5-2002, párs. 79 y ss).

²⁴ En particular, el Sr. Pey Casado había planteado una demanda de restitución de la rotativa *Goss* o, subsidiariamente, de indemnización de su valor ante el 1° Juzgado Civil de Santiago el 4-10-1995. Esta acción fue admitida pero nunca dio lugar a una sentencia definitiva, por lo que el demandante acudió en defensa de su derecho, con idéntico resultado, a otros órganos jurisdiccionales (Corte Suprema) y administrativos (Contraloría) de Chile: *vid. Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pp. 150-152 y, especialmente, la nota 409).

²⁵ Así lo reconoció posteriormente la propia delegación chilena, según manifestó el Secretario General del CIADI en una carta enviada a ambas partes el 2-12-2005.

de ciertos incidentes procesales planteados por Chile, las partes fueron invitadas a presentar sus gastos y costas, declarándose cerrado el procedimiento el 31-1-2008.

Después de este breve resumen de los hechos y los momentos procesales más relevantes del *Caso Clarín*, pasamos a analizar el primer elemento que conforma la competencia del CIADI: el concepto de inversión tanto desde la perspectiva del Convenio CIADI, como del API entre Chile y España.

III. LAS CUESTIONES DE CARÁCTER MATERIAL RELACIONADAS CON EL CONCEPTO DE INVERSIÓN

1. La existencia de un contrato de compraventa entre Víctor Pey Casado y Darío Sainte-Marie

La existencia de una controversia surgida “directamente” de una inversión constituye uno de los requisitos constitutivos para predicar la competencia de los Tribunales arbitrales creados bajo el amparo del Convenio CIADI. Por consiguiente, para evaluar la respuesta que el *Caso Clarín* ofrece sobre este particular expediente, debemos considerar una cuestión jurídica preliminar relacionada con la validez y los efectos de la transacción comercial celebrada por los Sres. Pey Casado y Sainte-Marie. La existencia o no de aquella relación, sin constituir el elemento que fundamenta la reclamación, resulta capital para discernir la existencia de una inversión y, en consecuencia, si ésta recibió un tratamiento contrario al API entre Chile y España.

El Estado demandado había basado buena parte de su estrategia de defensa en desnaturalizar la compraventa y sostuvo que el Sr. Pey Casado había actuado como testaferro en la adquisición de las citadas empresas por parte de algunos sectores económicos estrechamente vinculados al socialismo chileno y, en particular, a Salvador Allende²⁶. En virtud de estos argumentos, se entiende que el Tribunal examinara con carácter preliminar si dicho negocio podía calificarse en puridad jurídica como un contrato de compraventa o si la posición de la parte demandante era la de un mero intermediario. De una cosa u otra dependía, nada menos, su ulterior consideración como inversión en los términos establecidos por el Convenio CIADI y el API entre Chile y España.

²⁶ Cfr. *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 138-139) y Traducción de los documentos presentados por el Estado de Chile el 12-11-2002, a petición del Tribunal de Arbitraje, Documento D-20, de 5-5-2003, pp. 51-91.

La razón de esta discrepancia jurídica, como ya se apuntó en el epígrafe anterior, reside básicamente en el carácter tan informal que se le concedió al contrato de compraventa suscrito por Víctor Pey Casado y Darío Sainte-Marie en Estoril el 13-5-1972. En el mismo, se convenía la compraventa de las citadas sociedades mediante la entrega del título sobre las acciones a cambio de un precio. De hecho, tras la firma de este pacto, el Sr. Pey Casado fue nombrado Presidente del Consejo de Administración de CPP S.A. el 30-3-1972. Aunque según sostenían las propias contratantes, hasta que no fueron elevadas a escritura pública las modificaciones de los estatutos societarios en octubre de ese mismo año, no puede entenderse completada la transacción²⁷.

Todo este negocio jurídico no plantearía ningún problema adicional si no fuera porque el Sr. Pey Casado, conforme a la legislación mercantil chilena vigente en ese momento, acordó inscribir un importante paquete accionarial en el Libro-Registro de Accionistas de CPP S.A. a nombre de los Sres. González, Venegas y Carrasco. Para comprender estos movimientos accionariales efectuados a favor de terceros, conviene tener presentes dos circunstancias. En primer lugar, según el Derecho comercial chileno vigente en aquella época, una sociedad limitada como EPC Ltda. no podía quedar bajo el control único de otra persona física o jurídica, lo que explicaría que se transfiriera un 1% de su capital al Sr. Carrasco. En segundo lugar, tras completar la adquisición, el Sr. Pey Casado pretendía dar entrada a nuevos socios en CPP S.A., concretamente a los Sres. González, Venegas y Carrasco.

Debe advertirse que esta inscripción se efectuó bajo condición suspensiva, puesto que el Sr. Pey Casado mantenía las acciones en su poder y sólo las cedería cuando se pactara un precio justo por ellas y éste le fuera abonado. Así las cosas, si bien Víctor Pey Casado había desembolsado una considerable cantidad económica para adquirir CPP S.A. y EPC Ltda. y conservaba los títulos oportunos para demostrar su participación en tal negocio, paradójicamente en el Libro-Registro de Accionistas no figuraba su nombre, sino el de los Sres. González, Venegas, Carrasco y Sainte-Marie. Las partes dedicaron buena parte de sus alegatos durante las sucesivas audiencias a discutir el valor declarativo o constitutivo que el ordenamiento jurídico chileno le concedía a la inscripción en el Libro-Registro de Accionistas²⁸, así como a presentar pruebas a favor y en contra de la existencia del contrato de compraventa.

²⁷ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 155-159).

²⁸ Informe en Derecho del Prof. Guillermo Bruna Contreras relativo a la venta de las acciones de CPP S.A. a D. Víctor Pey Casado y los traspasos firmados en blanco, Documento D-17, de 21-6-2002, pp. 42-50; Réplica a la

El Tribunal arbitral considera probado la existencia del contrato, a la luz de la mayor concreción de los argumentos esgrimidos por las demandantes. En efecto, éstas habían presentado el documento suscrito en Estoril en mayo de 1972²⁹, así como la notificación de las transferencias efectuadas desde las cuentas bancarias del Sr. Pey Casado a las del Sr. Sainte-Marie³⁰. Asimismo, desde el 6-4-1972 el comprador había recibido un poder notarial, que le facultaba para ejercer completas funciones en la administración cotidiana de las sociedades³¹.

Por el contrario, los argumentos de la demandada se sostenían únicamente con arreglo a ciertas declaraciones efectuadas por los Sres. González, Venegas y Carrasco ante las autoridades administrativas y jurisdiccionales chilenas tras la confiscación de ambas sociedades. Estos individuos, al conocer su inscripción en el Libro-Registro de Accionistas y la salida del Sr. Pey Casado de Chile, se personaron en calidad de accionistas durante el procedimiento incoado para tramitar la confiscación y solicitaron una indemnización al Gobierno chileno³².

Sus declaraciones, sin embargo, contrastaban con varios documentos y manifestaciones realizadas por varios órganos del Estado, en los que no se discutía la titularidad de las acciones a favor del Sr. Pey Casado³³. El más reciente de ellos databa de 1995, la ya referida sentencia dictada por el 8º Juzgado del Crimen de Santiago³⁴, que no fue recurrida por terceros, donde se reconocía expresamente el derecho de aquel a obtener la restitución de todos los documentos relacionados con CPP S.A. y EPC Ltda.

Debe valorarse muy positivamente la importancia que el Tribunal le otorga al principio de buena fe y, más concretamente al *estoppel*, como instrumento susceptible de calibrar el alcance de los argumentos y las pruebas presentadas por las partes para

contestación de la República de Chile, de 23-2-2003, pp. 24-28 y Transcripción de la audiencia pública, de 5-5-2003, pp. 56-60.

²⁹ Y que había sido completado el 2-10-1972, mediante una declaración escrita del Sr. Pey Casado en Ginebra: *vid. Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 180, 185 y 190).

³⁰ *Ibid.*, párs. 181 y 191-192.

³¹ *Ibid.*, pár. 189.

³² Cabe precisar que Osvaldo Sainte-Marie, hermano del vendedor, declaró durante tal procedimiento administrativo que la compra efectuada por el Sr. Pey Casado había sido completada con éxito y que la inscripción en el Libro-Registro de Accionistas no reflejaba el verdadero accionariado de las empresas. Los Sres. González, Venegas y Carrasco reclamaron su propiedad sobre las acciones controvertidas, hasta que las autoridades chilenas descubrieron los trasposos de las mismas en posesión del Sr. Pey Casado. En ese momento, se observó un cambio sustancial en sus argumentos que, según las demandantes, se debería a que llegaron a un pacto secreto con Chile: *vid. Réplica a la contestación de la República de Chile, de 23-2-2003, pp. 82-102.*

³³ El Tribunal se refiere concretamente al Memorándum del Subsecretario de Interior, de 3-2-1975, y al Informe de los inspectores del Servicio de Impuestos Internos, presentado el 26-11-1975: *vid. Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 205-207 y 209). Sobre este punto también: *cf. Réplica a la contestación de la República de Chile, de 23-2-2003, pp. 24-28.*

³⁴ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 214-217).

mantener sus posiciones³⁵. Se entiende así que el laudo acoja la pretensión de las demandantes, pues los argumentos de Chile eran contradictorios a la luz de las pruebas presentadas. En efecto, Chile se remitía únicamente a las declaraciones efectuadas por los particulares en el procedimiento desarrollado ante sus autoridades administrativas, pero no había logrado presentar ningún documento que probara una transacción comercial entre los Sres. González, Venegas y Carrasco con el Sr. Sainte-Marie. Mientas que, en todo aquello referido a la existencia del contrato entre los Sres. Pey Casado y Sainte-Marie, la demandante había insistido continuamente en la mala fe de Chile³⁶.

En conclusión, el Tribunal arbitral afirma la existencia de un contrato de compraventa entre Víctor Pey Casado y Darío Sainte-Marie en virtud de una interpretación basada en el efecto útil de los documentos probatorios presentados³⁷. El laudo apela a este método de interpretación generalmente admitido por el DI³⁸, frente a un método literal o estricto, reconociendo sin embargo el carácter informal e impreciso de dicho contrato³⁹. Unas condiciones que para el Tribunal no influyen decisivamente en virtud del principio de libertad de forma de los contratos, así como de la estrecha relación de amistad y confianza que mantenían ambas partes:

“222. (...) Sin embargo, existe un acuerdo sobre la cosa y el precio, sin restricción de forma, lo que satisface las condiciones estipuladas por el derecho aplicable (...).

223. (...) El hecho de que los Protocolos de Estoril y el Documento de Ginebra no sean totalmente exhaustivos y hayan podido completarse mediante acuerdos verbales entre las partes es perfectamente compatible con la aplicación del principio de libertad de forma”⁴⁰.

La posición del Tribunal representa, a nuestro juicio, una contribución esencial para la consolidación del principio de buena fe en este tipo de controversias inversor-

³⁵ Proyecto de Sentencia preparado por el Presidente del Tribunal de arbitraje, de 13-9-2006, párs. 225-235.

³⁶ Cfr. Tablas cronológicas sobre el fondo y la competencia, Documento D-21, de 5-5-2003 y Memorandum de la mala fe de Chile a lo largo del procedimiento de arbitraje, provocando su prolongación y el aumento de su costo, Documento C-268, de 19-9-2005.

³⁷ Víctor... (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 185 y 222).

³⁸ *Caso relativo a las Pesquerías del Atlántico Norte (Reino Unido/Estados Unidos de América)*, Laudo de 7-9-1910 (RIIA, vol. XI, pp. 198-199). La jurisprudencia internacional ha invocado este mismo criterio de interpretación en posteriores precedentes: *vid. Caso del Estrecho de Corfú (Reino Unido c. Albania)*, Sentencia de 9-4-1949, *ICJ Reports 1949*, p. 24; *Caso relativo a la Interpretación y aplicación del artículo 78.7 del Tratado de Paz en el territorio etíope (Francia/Italia)*, Laudo de 16-3-1956 (RIIA, vol. XIII, p. 655) y *Caso de la controversia territorial (Libia/Chad)*, Sentencia de 3-2-1994, *ICJ Reports 1994*, p. 23.

³⁹ Exposición complementaria sobre la competencia del Tribunal de Arbitraje, Documento D-15, de 11-9-2002, pp. 17-41.

⁴⁰ Víctor... (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 222-223).

Estado. Todo lo anterior, empero, permitiría tan sólo admitir la existencia de un negocio jurídico entre Víctor Pey Casado y Darío Sainte-Marie, pero conviene ahora referirse a la posición jurídica de la Fundación Presidente Allende en esta controversia.

2. Los derechos cedidos gratuitamente a la Fundación Presidente Allende

La Fundación Presidente Allende se constituyó el 16-1-1990 en Madrid y en esta ciudad estableció su domicilio⁴¹. El capital de la Fundación se componía, de una parte, de varias aportaciones económicas efectuadas por los fundadores, y de otra, por el 90% de los haberes de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., que había sido donado por el Sr. Pey Casado. La Fundación presentó como evidencia de dicha cesión a título gratuito las escrituras y documentos mediante los que aquella se había instrumentalizado entre 1989 y 1990.

El Tribunal considera relevante, entre otros, el contrato de cesión irrevocable a título gratuito firmado por el Sr. Pey Casado ante notario a favor de la Fundación el 6-2-1990, así como el documento de aceptación de la cesión por parte de aquella. La cesión, según los pactos estipulados, implicaba la subrogación del cesionario en la posición ocupada por el cedente en el “primitivo contrato” de compraventa al que nos hemos referido en el apartado anterior. Además, en línea con el argumento de las demandantes, el laudo afirma que el consentimiento del deudor, en el caso que nos ocupa Chile, no es necesario para perfeccionar la cesión⁴².

Por último, el Tribunal descarta que una cesión gratuita, instrumentada por medio de la donación, constituya una operación preparada en fraude de ley por el Sr. Pey Casado con el objeto de asegurar la condición de inversor extranjero del propietario de CPP S.A. y EPC Ltda., ante una eventual reclamación internacional. Chile había desarrollado esta tesis a partir de la consideración del Sr. Pey Casado como nacional chileno, pero el Tribunal no contempla esta posibilidad, fundamentalmente porque la cesión se produjo 7 años antes de la solicitud de arbitraje⁴³. Tampoco puede obviarse que el API entre Chile y España no entró en vigor hasta 1994, por lo que parece no existir un nexo causal directo entre aquel hecho y la constitución de la Fundación. Lo cierto es que, como examinaremos en el siguiente epígrafe, la condición de la

⁴¹ La Fundación Presidente Allende fue aprobada, clasificada y registrada en el Registro de Fundaciones de España por Orden Ministerial de 27-4-1990 (BOE 6-7-1990).

⁴² Víctor... (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 527-528).

⁴³ *Ibid.*, pár. 529.

nacionalidad se encuentra bien tasada en el Convenio CIADI. Por esta razón, cuando una entidad jurídica asuma la condición de inversor antes de las fechas críticas que determinan la nacionalidad en aquel tratado y de la entrada en vigor de un acuerdo bilateral de inversiones, resulta bastante complejo imputarle mala fe en su actuación.

Una vez que se han identificado los derechos e intereses jurídicos de ambas demandantes, conviene examinar si ambas son titulares de una inversión desde la perspectiva del Convenio CIADI y del API entre Chile y España.

3. La consideración de los contratos de compraventa y cesión como una inversión a la luz del Convenio CIADI

El Convenio CIADI no ofrece en su Artículo 25 una definición del concepto de inversión y sus trabajos preparatorios ponen de relieve cómo se prefirió que fueran los propios Estados quienes concretaran dicho término, a través de los correspondientes instrumentos internacionales de carácter bilateral o multilateral que fueran celebrando para someterse a la competencia del CIADI o en sus respectivos ordenamientos nacionales⁴⁴.

Ello no es óbice para que los Tribunales arbitrales se pronuncien acerca de este requerimiento a la luz del Convenio CIADI, puesto que el tenor de los apartados 1º y 4º del Artículo 25 revela la existencia de algunas diferencias relativas a inversiones que quedarían excluidas del ámbito de competencia del CIADI⁴⁵. Las decisiones arbitrales han ido perfilando este último concepto de manera fiel a los trabajos preparatorios del Convenio CIADI y a los propósitos establecidos en su articulado. Los primeros formulaban una definición precisa de inversión, jamás cristalizada en el texto final, que consideraba como tal cualquier aportación económica o de cualesquiera otros activos de la misma naturaleza, efectuada con carácter indefinido o, al menos, por un periodo no inferior a 5 años⁴⁶. Mientras que entre los objetivos del Convenio CIADI, su Preámbulo

⁴⁴ BROCHES, A., "The Convention on the Settlement of Investments Disputes Between States and Nationals of Other States", *RCADI*, t. 172 (1972-II), 331-410, p. 362.

⁴⁵ Los Estados partes pueden limitar la competencia del CIADI sobre determinadas materias *ex* Artículo 25.4 del Convenio CIADI. Así, por ejemplo, China comunicó en 1993 que otorgaba su competencia sólo para las controversias consistentes en la determinación de la compensación resultante de una expropiación o una nacionalización. Más recientemente, en 2007, Ecuador comunicó al CIADI su voluntad de excluir la competencia del mismo sobre aquellas "diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros".

⁴⁶ SCHREUER, Ch. H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge 2001, pág. 81.

destaca el papel que juegan las inversiones internacionales de carácter privado en “la cooperación internacional para el desarrollo económico”.

De acuerdo con estos parámetros generales, la jurisprudencia arbitral señala como elementos integrantes del concepto de inversión⁴⁷: 1) que exista una contribución o aporte económico; 2) que se realice por un determinado periodo de tiempo; 3) que además la operación plantee ciertos riesgos económicos para el inversor; y 4) que, atendiendo al Preámbulo del Convenio CIADI, la inversión contribuya efectivamente al desarrollo económico del Estado receptor⁴⁸. Pero la consideración de estos caracteres, dado el silencio del Convenio CIADI, no se ha realizado de manera homogénea por la jurisprudencia⁴⁹. De hecho, en algunas decisiones se realiza un análisis global de todos ellos⁵⁰, mientras que en otras el cuarto y último requisito citado no se concibe de manera autónoma, sino que se considera incluido en los otros⁵¹.

En el *Caso Clarín* el Tribunal arbitral acoge precisamente la última de estas posiciones, y concluye la presencia necesaria de tres caracteres definitorios para calificar el contrato de compraventa de las empresas CPP S.A. y EPC Ltda. como inversión a la luz del Convenio CIADI. Se entiende así probado que el Sr. Pey Casado realizó una aportación de capital con el objeto de adquirir, por un periodo de tiempo prolongado, aquellas empresas posteriormente confiscadas por el Gobierno. En este orden de ideas, el Tribunal afirma que la existencia de un riesgo para el comprador, también puede deducirse como resultado de la adquisición de las empresas, a pesar de que cuando se suscribió el negocio jurídico el Diario *Clarín* poseía la tirada más importante de Chile⁵².

El Tribunal justifica su decisión apelando a dos circunstancias exógenas, ajenas al propio contrato de inversión: “la especificidad de su sector de actividad y lo incierto del contexto económico-político de la época”⁵³. Esta interpretación del criterio del riesgo, si se pondera la posición de privilegio que ocupaban las sociedades confiscadas en el panorama empresarial chileno, resulta sumamente significativa y otorga al inversor

⁴⁷ *Salini Costruttori c. Marruecos* (Caso CIADI N° ARB/00/4, Decisión sobre competencia de 23-7-2001, pág. 52) y *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo* (Caso CIADI N° ARB/99/7, Decisión del Comité *Ad Hoc* sobre anulación de 1-11-2006, párs. 27-30).

⁴⁸ Cabría añadir la magnitud de la inversión como un elemento adicional, al menos si se atiende a algún comentarista del Convenio CIADI: *cfr.* SCHREUER, Ch. H., *The ICSID...*, *op. cit.*, párs. 88 y 122.

⁴⁹ *Fedax c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/96/3, Laudo sobre competencia de 11-7-1997, pág. 43) y *MCI Power c. Ecuador* (Caso CIADI N° ARB/03/6, Laudo de 31-7-2007, pág. 165).

⁵⁰ *Saipem c. Bangladesh* (Caso CIADI N° ARB/05/07, Laudo de 21-3-2007, pág. 99).

⁵¹ *Consorzio LESI-Dipenta c. Argelia* (Caso CIADI N° ARB/03/8, Laudo de 10-1-2005, pág. 13).

⁵² *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pág. 234).

⁵³ *Ibid.*, pág. 233.

mayor flexibilidad probatoria para apoyar sus pretensiones ante el CIADI. El Tribunal, en suma, sitúa el riesgo empresarial no tanto en el balance contable de la empresa, sino también en una valoración general de la situación económica, política y social que impera en el territorio donde ésta desempeña su actividad.

En cuanto a la exigencia de contribuir al desarrollo del Estado receptor de la inversión, el Tribunal acoge la “doctrina LESI-Dipenta” y considera que éste no constituye un requisito autónomo del concepto de inversión:

“La exigencia de una contribución al desarrollo del Estado receptor, difícil de establecer, es en su opinión más una cuestión de fondo del litigio que de competencia del Centro. Una inversión puede resultar o no útil para el Estado receptor sin dejar por ello de ser una inversión. Es cierto que el preámbulo del Convenio CIADI menciona la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Sin embargo, dicha referencia se presenta como una consecuencia, no como un requisito de la inversión: al proteger las inversiones, el Convenio favorece el desarrollo del Estado receptor. Ello no significa que el desarrollo del Estado receptor sea un elemento constitutivo de la noción de inversión. Es por esta razón, como han señalado algunos tribunales de arbitraje, que este cuarto elemento está en realidad englobado en los tres primeros”⁵⁴.

Por lo que se refiere a la consideración del contrato de cesión como una inversión de la Fundación Presidente Allende, el Tribunal no muestra ninguna duda en avalar la condición de inversor de la Fundación en los términos del Convenio CIADI. La cesión, sostiene el Tribunal, no confiere automáticamente la legitimación activa para acudir a un arbitraje internacional, sino que por contra otorga el estatus de inversor⁵⁵. Para presentar con éxito una reclamación internacional, la Fundación debería no sólo reunir la condición de inversor a la luz del Convenio CIADI, sino los demás requisitos derivados de este instrumento y del API entre Chile y España⁵⁶.

Así las cosas, una vez reconocidos los contratos controvertidos como inversiones desde el ámbito multilateral, debe evaluarse esta misma condición tomando como parámetro las relaciones bilaterales entre Chile y España.

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 232.

⁵⁵ *Ibid.*, párs. 542-544.

⁵⁶ Sobre este particular, además, se invoca un precedente que ya había fijado la cuestión con anterioridad: *vid. AMCO...* (Caso CIADI N° ARB/81/1, Decisión sobre competencia de 25-9-1983).

4. La consideración de los contratos de compraventa y cesión como una inversión a la luz del API entre Chile y España

A diferencia del Convenio CIADI, el API entre Chile y España contempla una definición de inversión en su Artículo 1.2. Como resulta habitual en la práctica bilateral de inversiones entre los Estados, se trata de un concepto abierto que incluye con carácter no exhaustivo determinadas categorías de bienes y activos. Interesa resaltar de su redacción, además, que este API considera como inversiones las acciones y otras formas de participación en sociedades, siempre que se hubieran adquirido de acuerdo con la legislación del Estado receptor de la inversión.

No obstante, la interpretación efectuada por parte de Chile de este precepto imponía un par de requisitos adicionales, a saber: que la inversión implicara una transferencia de capital hacia el Estado receptor y que aquella fuera realizada en el territorio de éste⁵⁷. Conviene advertir en este punto, que tal interpretación extensiva del Artículo 1.2 del API estaba basada tanto en su lectura sistemática junto al Preámbulo, como en un documento interpretativo resultante de una reunión técnica celebrada entre representantes diplomáticos de España y Chile.

El Artículo 9 del API señala que “cualquier controversia entre las Partes referente a la interpretación o aplicación del presente Convenio será resuelta, hasta donde sea posible, por los Gobiernos de las dos Partes”. Una vez presentada la solicitud de arbitraje por el Sr. Pey Casado, Chile requirió la celebración de una reunión en Madrid entre los días 29-9-1998 y 1-10-1998. Advertido Chile del procedimiento arbitral iniciado y considerando el carácter tan extenso que asume el concepto de inversión en el API, sorprende muy poco que en la agenda de trabajo de este encuentro diplomático se solicitara por la parte chilena la necesidad de formular una definición más restringida de dicho concepto.

En virtud de todo lo anterior, el Tribunal estaba llamado a interpretar la inversión efectuada por ambas demandantes a la luz del API y, además como cuestión previa, debía pronunciarse acerca de los otros requisitos con los que Chile había caracterizado el concepto de inversión. Sin perjuicio de que una parte pueda interpretar el texto de un API con mayor o menor amplitud, en este litigio Chile parecía ir más allá de esta facultad, pues apelaba a un instrumento como las actas de las reuniones técnicas

⁵⁷ Memoria de contestación de la demandada, de 3-2-2003, p. 154.

celebradas en Madrid, elaborado tras haberse presentado la solicitud de arbitraje, para fijar con más rigor el concepto de inversión. El Artículo 31.3 Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados⁵⁸ señala que para interpretar los tratados internacionales, además del contexto, se debe considerar “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”.

En el laudo, sin embargo, el acta de las reuniones técnicas no se toma en consideración para definir el concepto de inversión. El Tribunal apela al Artículo 10.6 del API entre Chile y España para inferir la inadecuación de aquellas actas ministeriales como criterios de interpretación del API en el *Caso Clarín*⁵⁹. Se trata de un precepto muy generalizado en la práctica convencional de inversiones, que impone a ambas partes el deber de abstenerse “de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial ya en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieren sido concluidos”. La invocación de esta norma sienta un precedente muy importante acerca de los límites de la práctica posterior de las partes, como herramienta interpretativa en materia de inversiones.

Aunque esta solución es suficiente para restar cualquier protagonismo hermenéutico a las actas técnicas, el Tribunal no esclarece en absoluto los efectos de una eventual invocación de estas últimas en otros supuestos. En principio, este silencio no indicaría que tales documentos puedan servir para interpretar el API entre Chile y España siempre que se invoquen antes de la solicitud de arbitraje. Pese a que en el laudo del *Caso Clarín* no se entra en más detalles respecto a esta cuestión, sobre la eficacia de aquellas actas técnicas pesan todavía importantes dudas en virtud del DI general.

Las demandantes intentaron que el Tribunal se pronunciara más claramente sobre su naturaleza jurídica y declarara que carecían de la condición de tratado internacional, ya que no habían sido publicadas oficialmente en España. A instancias de las demandantes, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo español habían concluido muy sumariamente que tales actas no podían considerarse como actos administrativos, ni tampoco como tratados internacionales⁶⁰.

Sin embargo, el laudo prefiere no abordar un asunto que las propias autoridades españolas trataron en sede interna con mucha sutileza y mantener cierta distancia con las decisiones de los órganos jurisdiccionales internos. Esta posición del órgano arbitral

⁵⁸ BOE 13-6-1980.

⁵⁹ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párr. 377).

⁶⁰ *Cfr.* Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 23-2-2000, FJ. 2 y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 27-1-2004, FJ. 2-3.

contrasta con la mantenida por otro Tribunal del CIADI en el *Caso Vieira*, litigio donde también se invocaba la aplicación del API entre Chile y España. En esta última controversia el órgano arbitral prestó atención a las actas técnicas, al menos de manera auxiliar, si bien es cierto que tampoco valoró su naturaleza jurídica desde la perspectiva del DI⁶¹. En cualquier caso, con carácter general convendría recordar que la jurisprudencia internacional considera que, para predicar su aplicación, la práctica posterior debe ser conocida por las partes y ambas deben coincidir en otorgarle tales efectos hermenéuticos⁶².

En cuanto a la caracterización del término de transferencia de capitales, que Chile había deducido al calor del Preámbulo del API, el Tribunal se muestra igualmente reacio a admitir una interpretación más restrictiva del concepto de inversión que la prevista expresamente en el API, sobretodo porque los Artículos 1.2 y 2.2 del API no generaban dudas o problemas hermenéuticos, por lo que concluye que aquél requisito no puede servir para completar la interpretación de dichos preceptos en función de la máxima *in claris non fit interpretatio*⁶³.

Así las cosas, el Tribunal centra su análisis jurídico exclusivamente en el requisito reconocido por el API, esto es, que la inversión fuera conforme con las leyes chilenas en vigor cuando se efectuó. Un aspecto que no estaba en absoluto exento de controversia. Chile abogaba por la ilicitud de la inversión, puesto que ésta no habría reunido las condiciones establecidas por la legislación chilena de inversiones en 1972. Esta normativa⁶⁴, que desarrollaba los compromisos de integración comercial convenidos por varios Estados latinoamericanos y plasmados por el Acuerdo de Cartagena, incorporaba una serie de obligaciones para el inversor que los Sres. Pey Casado y Sainte-Marie no habían observado. Las demandantes, por el contrario, sostenían que esa normativa no les era aplicable y que, en todo caso, debía considerarse otra legislación sobre inversiones como vigente en 1972⁶⁵. Una legislación mucho más flexible, cuya aplicación además era optativa para el inversor, y que por tanto no suponía ninguna traba para la validez jurídica del contrato de compraventa.

⁶¹ *Eduardo Vieira c. Chile* (Caso CIADI N° ARB/04/7, Laudo de 21-8-2007, párs. 231-234).

⁶² *Caso relativo a la Isla Kasiki/Sedudu (Botswana/Namibia)*, Sentencia de 13-12-1999, *ICJ Reports 1999*, párs. 47-55 y 68-70.

⁶³ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 348-348, 375 y 378).

⁶⁴ Decreto N° 482, de 25-6-1971 y Decreto N° 488, de 30-6-1971.

⁶⁵ Decreto Ley N° 258, de 30-3-1960 y Decreto N° 1272, de 7-9-1961. Sobre este aspecto: *vid.* Réplica a la contestación de la República de Chile, de 23-2-2003, pp. 55-61.

Nótese que el problema planteado, en definitiva, radicaba en decidir cuál era la legislación de inversiones aplicable en Chile durante 1972. Para ello resultaba necesario dilucidar la efectividad de ambas normativas, recurriendo a los principios que disciplinan las relaciones entre el DI y el derecho interno. En primer lugar, el Tribunal concluye que la normativa reglamentaria dictada en aplicación del Acuerdo de Cartagena⁶⁶ estaba vigente en Chile desde el 13-7-1971, aun cuando se hubieren manifestado ciertos problemas técnicos durante su adecuación en Colombia y el propio Chile⁶⁷.

No obstante, pese a afirmar la idoneidad del acto interno de recepción de la normativa regional sobre inversiones en el ordenamiento chileno a la luz del DI general, el laudo también evalúa su “aplicación práctica” antes de adoptar una posición definitiva. En otras palabras, para aceptar los argumentos de Chile el Tribunal no sólo considera necesario la existencia de un desarrollo interno de la Decisión del Acuerdo de Cartagena, sino también que ésta despliegue plenos efectos jurídicos para los particulares.

Es en este último punto donde el Tribunal contradice los argumentos de Chile y termina reconociendo como normas aplicables aquellas que pretendían las demandantes. Pese a la publicación en un Decreto ejecutivo de la Decisión del Acuerdo de Cartagena, las autoridades chilenas no habían desarrollado la organización del Comité de Inversiones Extranjeras, órgano competente según disponía aquella para autorizar, registrar y controlar las inversiones extranjeras en Chile⁶⁸. Este hecho incluso había sido oficialmente reconocido por la Junta del Acuerdo de Cartagena, que emitió un informe el 8-9-1974 donde declaraba que el único Estado que cumplía efectivamente la referida Decisión era Perú.

El Tribunal se acoge de nuevo al principio hermenéutico del efecto útil y, otorgando un importante valor probatorio al contenido del acto unilateral dictado por aquel órgano internacional, falla a favor de las demandantes aceptando como inversión a la luz del API una adquisición de acciones de una sociedad chilena en el extranjero, mediante el pago de divisas extranjeras en cuentas bancarias europeas⁶⁹.

Menos problemas plantea la consideración del concepto de inversión en el API desde la perspectiva del segundo demandante, la Fundación Presidente Allende. El

⁶⁶ Decisión N° 24, aprobada durante el Tercer Periodo de Sesiones Extraordinarias celebrado del 14 al 31-12-1970.

⁶⁷ *Victor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 385-391).

⁶⁸ *Ibid.*, pár. 394.

⁶⁹ *Ibid.*, párs. 400-402, 405 y 411.

Tribunal, invocando la doctrina recogida en un precedente arbitral anterior⁷⁰, admite que la Fundación detenta una inversión. La cesión gratuita del Sr. Pey Casado, a través de la que aquella recibió un elevado porcentaje de las acciones de CPP S.A. y EPC Ltda., constituye el elemento decisivo para asumir esta condición, toda vez que el API entre Chile y España no exige que sea el propio inversionista el que ha efectuado la inversión “lo que deja abierta la posibilidad de que una inversión (y la calidad de inversionista) pueda derivarse de una cesión por parte del inversionista inicial”⁷¹.

La constatación de que la inversión efectuada por las demandantes se encuentra dentro de las coordenadas del Convenio CIADI y del API entre Chile y España constituye sólo el primer requisito para admitir la competencia del CIADI. Resulta necesario detenerse en las siguientes páginas en el análisis de la nacionalidad de las demandantes, la segunda condición necesaria para predicar aquella competencia.

IV. LAS CUESTIONES DE CARÁCTER SUBJETIVO RELACIONADAS CON LA NACIONALIDAD DEL INVERSOR

1. La nacionalidad de las demandantes a la luz del Convenio CIADI

A diferencia de lo que sucede con la definición de inversión, el Artículo 25.1 del Convenio CIADI dispone de manera muy tasada el requisito de la nacionalidad del inversor, ya sea éste persona física o jurídica. Recordemos que el vínculo de la nacionalidad constituye uno de los elementos esenciales para el ejercicio de la protección diplomática en el DI⁷², por lo que parece razonable que se concretara con precisión también en el marco del CIADI, institución creada precisamente para suplir la invocación de las normas generales sobre protección diplomática en materia de inversiones.

A tenor de la dualidad de actores en el *Caso Clarín*, el Tribunal arbitral estudia por separado el requisito de la nacionalidad. Por lo que se refiere al Sr. Pey Casado, el Artículo 25 del Convenio CIADI exige que la diferencia sea sometida a arbitraje por el “nacional de otro Estado Contratante”, entendiendo como tal en su apartado 2º:

⁷⁰ *CME c. República Checa* (Caso UNCITRAL, Laudo parcial de 13-9-2001, pár. 384).

⁷¹ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pár. 558).

⁷² CRESPO NAVARRO, E., “El Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas”, *REDI*, vol. LVII (2005-1), 221-238, pp. 230-233.

“(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia”.

Las partes en la controversia habían mantenido durante todo el procedimiento importantes discusiones sobre este punto, ya que es pacífico que tras llegar a Chile procedente de España en 1939 el Sr. Pey Casado se había acogido a los beneficios del Convenio de doble nacionalidad celebrado entre España y Chile⁷³. El Tribunal estaba llamado a decidir, por tanto, no sólo sobre si el demandante cumplía el requisito de la nacionalidad en los dos momentos críticos que establece el Convenio CIADI: la fecha del consentimiento al arbitraje y la fecha del registro de la solicitud de arbitraje por el Secretario General. También debía ventilar si, dada la condición de doble nacional del Sr. Pey Casado desde 1958⁷⁴, el último párrafo del Artículo 25.2.a) resultaba de aplicación a esta controversia, hecho que automáticamente excluiría la competencia del CIADI. Importa recordar que este precepto no otorga legitimación activa a los dobles nacionales que en las citadas fechas críticas ostentaran también la nacionalidad del Estado demandado, aunque ésta no fuera su nacionalidad predominante o efectiva.

La demandante no se consideraba como doble nacional en las fechas críticas y ello porque afirmaba haber sido privada de su nacionalidad chilena por las autoridades y, además, porque había renunciado posteriormente a la misma. En este sentido, no obstante la condición de doble nacional asumida por el Sr. Pey en 1958, los hechos acaecidos contra su persona tras el Pronunciamiento militar de 1973 habrían supuesto una privación efectiva de su condición de nacional chileno en aquel momento⁷⁵. El nuevo Gobierno, en efecto, había denegado al Sr. Pey Casado la renovación de su pasaporte y sólo mediante un salvoconducto abandonó Chile hacia Venezuela, donde le concedieron un pasaporte de apátrida. Tras su llegada a España en 1974, Víctor Pey Casado se inscribió en el Registro Civil de Madrid, donde fijó su residencia, obtuvo un documento de identidad español y volvió a ejercer “efectivamente” su nacionalidad

⁷³ BOE 14-11-1958.

⁷⁴ El Sr. Pey Casado obtuvo la nacionalidad chilena en virtud de Decreto Supremo N° 8054, de 11-12-1958.

⁷⁵ Réplica a la contestación de la República de Chile, de 23-2-2003, pp. 220-223.

española. Con pasaporte español también viajó en varias ocasiones a Iberoamérica, entre ellas a Chile en 1989.

Sobre el argumento de la desnaturalización o la desposesión de la nacionalidad chilena, el Tribunal toma en consideración la Constitución vigente en 1973 y el resto de la legislación chilena. Dicho régimen jurídico, el único derecho relevante según aquel órgano para determinar la adquisición y la pérdida de la nacionalidad chilena⁷⁶, admitía expresamente la desnaturalización como causa para la pérdida de la nacionalidad chilena, siempre que mediara una resolución de la Administración competente. Chile se había apoyado en la inexistencia de cualquier acto administrativo que expresamente privara de su nacionalidad al demandante para considerar al Sr. Pey Casado como nacional chileno hasta nuestros días⁷⁷.

El Tribunal refrenda en este punto la tesis chilena, al no existir ninguna prueba fehaciente en forma de acto administrativo que evidenciara dicha privación de la nacionalidad⁷⁸. Sin perjuicio de que las violaciones de los derechos humanos cometidas por el Gobierno chileno en 1973 puedan ser valoradas al calor de otros sectores del ordenamiento internacional⁷⁹, el órgano arbitral concluye que éstas no pueden ser tomadas en consideración para decidir una cuestión tan concreta como la privación de la nacionalidad chilena⁸⁰, sobretodo si se considera la claridad del procedimiento administrativo establecido por Chile para decretar tal situación jurídica. La separación entre los aspectos económicos y los relativos a la protección de los derechos humanos, sin duda era uno de los principales escollos que presentaba el *Caso Clarín*, pero ya el Tribunal había advertido que no se iba a detener más que en el conocimiento de las cuestiones de índole económica relacionadas directamente con la controversia⁸¹.

Tras la inadmisión de sus argumentos sobre la desposesión de la nacionalidad chilena, los intereses de la demandante pasaban porque el alegato referido a la efectividad de la renuncia fuera admitido por el Tribunal. De lo contrario, el Sr. Pey Casado sería considerado como doble nacional español y chileno y, por ende, la

⁷⁶ Víctor... (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pár. 260). El órgano arbitral aplica para examinar esta cuestión la jurisprudencia internacional consagrada en el *Caso Nottebohm (Lietchtenstein c. Guatemala)*, Sentencia de 6-4-1955, *ICJ Reports 1955*, pp. 21-25.

⁷⁷ Puede consultarse en este sentido la intervención del Sr. Becker ante la Cámara de Diputados chilena: *vid.* Cámara de Diputados de Chile, Legislatura 347ª, Sesión 33ª (especial), de 21-8-2002, p. 12. Por el contrario, la posición del Gobierno español en 1997 no era similar: *vid.* Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, n° 147, de 19-2-1997, p. 4012.

⁷⁸ Víctor... (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pár. 269 *in fine*).

⁷⁹ FERRER LLORET, J., "Impunity in Cases of Serious Human Rights Violations: Argentina and Chile", *SYLL*, vol. III (1993-1994), 3-41, pp. 11-17 y 20-32.

⁸⁰ Víctor... (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pár. 273).

⁸¹ *Vid.* las directrices del Presidente del Tribunal en la Transcripción de la audiencia pública de 5-5-2003, pp. 2-4.

competencia del CIADI quedaría descartada. El Sr. Pey Casado, tras su regreso a Chile en 1989, había realizado varios actos tendentes a renunciar expresamente a su nacionalidad chilena. Más en particular, en 1996 había comunicado al Departamento de Extranjería y Migración Chileno que no tenía la intención de prevalerse de los beneficios del Convenio de doble nacionalidad, mientras que el 16-9-1997 renunciaba a su nacionalidad chilena ante el Consulado español de Mendoza, en Argentina. Por último, a instancias del demandante, el Registro Civil chileno inscribió esta renuncia el 4-8-1998. Pero esta segunda línea argumental no dejaba de ser compleja⁸², puesto que la Constitución chilena no preveía expresamente la renuncia en su Artículo 11 como causa para la pérdida de la nacionalidad⁸³.

El Tribunal arbitral, sin embargo, considera necesario interpretar aquel precepto constitucional al calor de la legislación y la práctica desarrollada por Chile. Y es que las demandantes habían presentado varias evidencias de las que parecía inferirse que Chile acogía la renuncia a la nacionalidad en su ordenamiento jurídico, a pesar de lo que manifestaba su Constitución.

De una parte, algunos compromisos internacionales asumidos por Chile en el ámbito de la protección de los derechos humanos reconocían un derecho tal al individuo⁸⁴. De hecho, la Corte de Apelaciones de Valparaíso de Chile, mediante sentencia de 2-4-2001, ya había admitido el derecho a renunciar a la nacionalidad chilena con el objeto precisamente de adecuar el ordenamiento interno y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En segundo lugar, el Artículo 6 del Convenio de doble nacionalidad celebrado entre España y Chile reconocía expresamente el derecho de renunciar a la nacionalidad de origen, tanto para los ciudadanos españoles como chilenos⁸⁵. Asimismo, en algunos de los documentos integrantes del expediente administrativo mediante el que se instruyó la confiscación de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., el Sr. Pey Casado había sido calificado por las autoridades competentes

⁸² No es de extrañar así que el Presidente de la Corte Constitucional de Chile integrara la delegación que representó a la demandada durante la última audiencia pública el 15-1-2007 e interviniera para referirse a la cuestión de la nacionalidad.

⁸³ Tan sólo en el año 2005 se introdujo una reforma constitucional en aquella disposición, mediante la que se admitía esta causa de pérdida de la nacionalidad.

⁸⁴ Entre ellos destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22-11-1969 (*Diario Oficial de la República de Chile* 3-1-1991).

⁸⁵ Dicho precepto establece que “Los españoles y los chilenos que hubiesen adquirido la nacionalidad chilena o española renunciando previamente a la de origen, podrán recuperar esta última, declarando que tal es su voluntad ante el Encargado del Registro correspondiente. A partir de esa fecha se les aplicarán las disposiciones del presente Convenio sin perjuicio de los derechos ya adquiridos”.

como español, sin hacer ninguna referencia a su condición de doble nacional⁸⁶. Por último, la renuncia a la nacionalidad chilena paradójicamente también había estado presente en otro estadio del procedimiento arbitral, puesto que el primer árbitro designado por Chile para formar el Tribunal, el Profesor Witker Velásquez, era un nacional mexicano que en 1989 había renunciado a su nacionalidad de origen chilena.

Con arreglo a todas estas consideraciones el Tribunal arbitral decide emplear su facultad de apreciación sobre el derecho interno aplicable a una controversia e interpretar de manera extensiva el conjunto de causas que permiten decretar la pérdida de la nacionalidad chilena previsto por el Artículo 11 de la Constitución. Esta opción no es nueva en la práctica arbitral del CIADI, pues trae causa del precedente emitido en el *Caso Soufraki*:

“(…) Cuando, como sucede en el presente caso, la competencia de un Tribunal internacional depende de una cuestión relacionada con el requisito de la nacionalidad, este Tribunal no sólo tiene la facultad, sino también la potestad, para decidir esa cuestión”⁸⁷.

La dificultad en la apreciación del requisito de la nacionalidad por parte del Tribunal se debe a la forma tan rígida con la que ésta se define en el Convenio CIADI, para los casos de inversores con doble nacionalidad. Y ello a pesar de la brecha abierta al menos desde un punto de vista teórico por el *Caso Champion Trading*, en el que un Tribunal arbitral admitió que los dobles nacionales podrían invocar el Convenio CIADI, siempre que la exclusión del Artículo 25.2.a) *in fine* diera lugar a un resultado manifiestamente absurdo e ilógico⁸⁸. En la fundamentación del Tribunal arbitral que resuelve el *Caso Clarín* se encuentran algunas referencias implícitas a esta última decisión arbitral:

“309. Bajo el derecho chileno, la renuncia voluntaria no está autorizada ni es válida si conduce a una situación de apátrida (...). Si ese no es el caso, la constitución permite la renuncia voluntaria y no sólo, como es lógico si la renuncia debe ir seguida de la adquisición de otra

⁸⁶ Réplica a la contestación de la República de Chile, de 23-2-2003, p. 151 y Traducción de los documentos presentados por el Estado de Chile el 12-11-2002, a petición del Tribunal de Arbitraje, Documento D-20, de 5-5-2003, pp. 88-91.

⁸⁷ *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI N° ARB/02/7, Decisión sobre la solicitud de anulación de 5-6-2007, pár. 55) (traducción libre).

⁸⁸ Debe señalarse que en este litigio el Tribunal finalmente no consideró que se daban las circunstancias excepcionales para aplicar esta doctrina, por lo que se declaró incompetente: *vid. Champion Trading c. Egipto* (Caso CIADI N° ARB/02/9, Decisión sobre competencia de 21-10-2003, p. 15).

nacionalidad, sino también cuando esa otra nacionalidad ya ha sido adquirida, como en el caso de la doble nacionalidad (...)

311. La *ratio legis*, al igual que la simple coherencia y una lógica elemental imponen esta conclusión. Nada ha sido establecido, ni se ha presentado texto alguno ni resolución alguna, ni se ha formulado argumento alguno capaz de justificar (...) un régimen discriminatorio en materia de renuncia voluntaria: permisivo en el caso de adquisición de otra nacionalidad y prohibitivo en caso de que se haya adquirido otra nacionalidad, es decir, en el caso de doble nacionalidad⁸⁹.

La decisión del Tribunal en el *Caso Clarín* gravita en torno a los referidos precedentes arbitrales, si bien tan sólo el primero es citado expresamente en el laudo. El órgano arbitral se remite a la práctica de las instancias jurisdiccionales y administrativas de Chile, de las cuales se concluye la legalidad de la renuncia a la nacionalidad cuando ésta no conllevara la condición de apátrida. Una interpretación contraria de esta práctica, además de poner en jaque la necesaria interdependencia entre el sistema americano de protección de los derechos humanos y el derecho chileno, habría generado resultados contradictorios y discriminatorios para los dobles nacionales en Chile.

Del expediente elaborado durante el procedimiento arbitral se infiere las incógnitas que el Tribunal mantenía respecto a la determinación de la nacionalidad. De hecho, se hace necesario resaltar que incluso en las últimas audiencias de 2007, el Presidente mostró un especial interés por interrogar a los abogados de las partes respecto a esta cuestión⁹⁰. En definitiva, el Tribunal opta por evitar cualquier desarrollo jurisprudencial al calor de la “doctrina Champion Trading” y prefiere atenerse a algunos parámetros que ya había invocado en la valoración del requisito de la inversión: la buena fe y el efecto útil⁹¹.

De acuerdo con los anteriores, y a la vista de las pruebas presentadas por ambas partes, concluye la condición exclusiva de nacional español del Sr. Pey Casado⁹² en las dos fechas críticas. La fecha del consentimiento a arbitraje, el 2-10-1997 (salvo la demanda relativa a la rotativa *Goss*), y la fecha del registro de la solicitud de arbitraje, el

⁸⁹ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 309 y 311). Los abogados de las demandantes aprovecharon las últimas audiencias para poner de manifiesto la necesidad de aplicar la “doctrina Champion Trading”: *vid.* Transcripción de la audiencia pública de 15-1-2007, pp. 10-11.

⁹⁰ Durante la presentación de los alegatos de la demandante, el Presidente interrumpió el discurso de sus abogados y les preguntó concretamente si sería posible para Chile condicionar el reconocimiento de la renuncia a la adquisición de una nacionalidad extranjera o si, por el contrario, la renuncia se admitiría en cualquier caso, sin importar la adquisición de otra nacionalidad: *vid.* Transcripción de la audiencia pública de 15-1-2007, p. 35, párs. 19-35.

⁹¹ Proyecto de Sentencia preparado por el Presidente del Tribunal de arbitraje, de 13-9-2006, párs. 199-224.

⁹² *Supra*, epígrafes 3.1 y 3.4 del presente trabajo.

20-4-1998⁹³. Según el laudo, cuando un inversor ha disfrutado de las ventajas de la doble nacionalidad, debe evitarse que un Estado siga imponiéndole su nacionalidad para privarle de la legitimación activa ante el CIADI:

“Un inversionista que posea la doble nacionalidad no puede tener acceso al sistema CIADI a menos que renuncie a la nacionalidad del Estado demandando antes de otorgar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, la validez de esta renuncia se aprecia en principio con arreglo a la legislación nacional de dicho Estado, en el entendido, no obstante, que el derecho nacional en cuestión no es vinculante en todos los casos para un tribunal internacional”⁹⁴.

El Tribunal recurre a su facultad de apreciación de las pruebas y, dado que ninguna parte había logrado demostrar suficientemente los hechos relativos a la nacionalidad, interpreta de manera extensiva las condiciones previstas por la legislación chilena para decretar su pérdida. Esta solución, basada en la buena fe y la efectividad, nos parece coherente con la *ratio decidendi* seguida en todo el laudo. Importa destacar que el Tribunal es consciente de los límites impuestos por el Artículo 25.2.a) del Convenio CIADI y los soluciona de una manera particular, durante la práctica de la prueba, sin necesidad de pronunciarse sobre el alcance general de aquel precepto, ni de desarrollar la hasta hoy inédita “doctrina Champion Trading”.

En otro orden de cosas, por lo que respecta a la nacionalidad de la Fundación Presidente Allende, cabe referirse nuevamente al Artículo 25.2 del Convenio CIADI, que considera como “nacional de otro Estado Contratante” a:

“(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

El Convenio CIADI emplea un enunciado mucho más flexible para otorgar la posibilidad a las personas jurídicas de someter una controversia a arbitraje, ya que no establece ninguna definición del concepto de persona jurídica. Tampoco dispone ningún

⁹³ Debe entenderse que si entre 1997 y 1998 el demandante era nacional español exclusivamente, también lo era con posterioridad, cuando en el año 2002 introdujo la demanda complementaria relacionada con la rotativa *Goss*.

⁹⁴ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pár. 320).

criterio concreto para identificar la nacionalidad de las personas jurídicas y además, en un claro guiño a los intereses de los accionistas extranjeros, permite que aquellas entidades que posean la misma nacionalidad que el Estado demandando puedan acudir al arbitraje, previo acuerdo entre las partes. Pese a estos importantes silencios parece existir un acuerdo unánime entre la jurisprudencia arbitral⁹⁵ y la doctrina⁹⁶ a la hora de someter el requisito de la nacionalidad de las personas jurídicas a factores como el lugar de constitución o la sede⁹⁷.

En páginas anteriores ya hemos hecho referencia al proceso de constitución e inscripción de la Fundación Presidente Allende en España⁹⁸. Chile alegaba, por el contrario, que su nacionalidad debía medirse en función del control efectivo de los socios. Y en virtud de esta tesis, la Fundación no podría considerarse de nacionalidad española porque gran parte de sus miembros fundadores eran chilenos.

El Tribunal mantiene una postura conservadora y afín a las anteriores interpretaciones del Convenio CIADI. De esta manera considera aplicables al caso los criterios generales que determinan la nacionalidad de las personas jurídicas⁹⁹ (el lugar de constitución o la sede). Por consiguiente, a la vista de que la Fundación se había constituido legalmente en España y allí tenía su sede, se aceptó también la competencia del CIADI para conocer de la demanda interpuesta por aquella contra Chile.

En resumen, el laudo admite tras una ardua motivación jurídica la condición de nacional español tanto de Víctor Pey Casado como de la Fundación Presidente Allende desde la perspectiva del Convenio CIADI. Veamos ahora cómo considera este expediente a la luz del API entre Chile y España.

2. La nacionalidad de las demandantes a la luz del API entre Chile y España

El requisito de la nacionalidad de los inversores se encuentra regulado en el Artículo 1.1 del API entre Chile y España, cuyo tenor expresa lo siguiente:

⁹⁵ *SOABI c. Senegal* (Caso CIADI N° ARB/82/1, Decisión sobre competencia de 27-11-1985, pág. 29).

⁹⁶ SCHREUER, Ch. H., *The ICSID...*, *op. cit.*, párs. 460 y 500.

⁹⁷ No obstante, algún Tribunal arbitral también ha concluido que, a la vista del enunciado tan general recogido por el Convenio CIADI, se hace necesario dejar un margen de apreciación a las partes de la controversia, para que puedan fijar de manera razonable la nacionalidad de las personas jurídicas a partir del criterio del control efectivo: *vid. Autopista Concesionada c. Venezuela* (Caso CIADI N° ARB/00/5, Decisión sobre competencia de 27-9-2001, párs. 107-122).

⁹⁸ *Supra*, epígrafe III.2 de este trabajo.

⁹⁹ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pág. 549).

“1. Por ‘inversionistas o inversores’ se entenderán:

Las personas físicas o naturales nacionales, según el derecho de la Parte correspondiente y las personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de la misma, no obstante pertenezcan a personas naturales o jurídicas extranjeras”.

En cuanto a la nacionalidad del Sr. Pey Casado, el API no establece las fechas críticas en las que debe cumplir este requisito, sino que simplemente exige que sea nacional de los Estados Parte conforme a sus disposiciones internas. Nótese que, a diferencia del Convenio CIADI, el API no excluye a los dobles nacionales de manera expresa, por lo que cabría entenderlos incluidos en el concepto de inversor y sometidos a la legislación del Estado con el que mantuvieran un vínculo de nacionalidad efectivo. A esta conclusión llegamos después de una interpretación sistemática de la más reciente práctica española en materia de acuerdos de inversiones con países iberoamericanos. Por ejemplo, el Artículo 11.4 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) celebrado entre España y Colombia en 2005 establece que:

“En el caso de que el inversionista sea una persona física o natural que ostente la nacionalidad de ambas Partes Contratantes, el presente Acuerdo sólo se aplicará respecto de aquellas inversiones que se encuentren en el territorio del Estado respecto del cual el inversionista no está ejerciendo de modo efectivo la nacionalidad”¹⁰⁰.

Sin necesidad de apelar a esta práctica, que por otra parte debería servir para inspirar la política convencional española de inversiones en el futuro¹⁰¹, el Tribunal asume que la doble nacionalidad no supone ningún problema para los inversores a tenor del API entre Chile y España, por lo que no podría este precepto interpretarse en perjuicio de aquellos con el objeto de añadir un requisito más a la condición de inversor¹⁰². Resuelto este interrogante, faltaría por dilucidar cuándo el inversor debe estar investido con la condición de nacional de uno de los dos Estados Parte. Para suplir el silencio del API el Tribunal recurre a la teoría general del DI y señala que las dos fechas críticas serían la del consentimiento al arbitraje, así como el momento en el que

¹⁰⁰ BOE 12-9-2007 (cursiva añadida).

¹⁰¹ Hasta la fecha, además del reciente y citado APPRI con Colombia, se encuentran escasas referencias expresas a la resolución de los problemas derivados de la doble nacionalidad, por ejemplo, en los APPRI celebrados con Argentina (BOE 18-11-1992) y Uruguay (BOE 27-5-1994).

¹⁰² Víctor... (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 415 y 417).

se produjeron las supuestas violaciones del API¹⁰³. Como en ambas fechas se había acreditado suficientemente la nacionalidad española del Sr. Pey Casado, el laudo resuelve a favor de esta demandante y le otorga legitimación para acudir al medio de arreglo de las controversias del CIADI.

Por cuanto respecta a la observancia del requisito de la nacionalidad en el API por parte la Fundación Presidente Allende, el citado precepto contempla como inversores a las personas jurídicas. Lo cierto es que esta disposición resulta más precisa que el Convenio CIADI, ya que expresamente señala como criterios para determinar su nacionalidad el del lugar de constitución y la sede, que deberán estar presentes además de manera cumulativa¹⁰⁴. Por tanto, desde la perspectiva del API entre Chile y España, el Tribunal no tiene ningún problema para proclamar su competencia sobre la demanda presentada por la Fundación¹⁰⁵.

No obstante, el API deja abierto el problema teórico de considerar a una entidad sin ánimo de lucro como inversor. El Tribunal ni siquiera se planteó este interrogante, pero convendría valorar la posibilidad de introducir una referencia general a este tipo de personas jurídicas en la redacción de aquellos preceptos que definen al inversor, como por ejemplo así lo hacen los APPRI celebrados por España con Panamá¹⁰⁶ y Costa Rica¹⁰⁷.

Además de las cuestiones de carácter material y subjetivo, en el análisis de la competencia del Tribunal arbitral que resuelve el *Caso Clarín* deben valorarse otra serie de aspectos adjetivos.

V. LAS CUESTIONES DE CARÁCTER ADJETIVO RELACIONADAS CON LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. La competencia *rationae temporis* del Tribunal arbitral en virtud del API entre Chile y España

La competencia del CIADI depende de un compromiso entre los Estados Partes y los inversores extranjeros. En el consentimiento de ambos al arbitraje, como se indicó

¹⁰³ *Ibíd.*, párs. 414 y 416.

¹⁰⁴ La práctica española combina no siempre de manera homogénea el requisito de la constitución, la sede y, en algunas ocasiones, incluso el del control efectivo: *vid.* GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección de las inversiones exteriores. Los Acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones celebrados por España*, Tirant, Valencia 2005, pp. 144-151.

¹⁰⁵ *Víctor...* (Caso CIADI Nº ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 561-562).

¹⁰⁶ *BOE* 23-10-1998.

¹⁰⁷ *BOE* 17-7-1999.

anteriormente, radica la efectividad de este medio de arreglo de las controversias. De esta forma, antes de aceptar su competencia sobre cualquier controversia, el Tribunal correspondiente debe dirimir si la solicitud efectuada por el particular puede subsumirse en la oferta de arbitraje realizada por el Estado, generalmente a través de un APPRI. Este análisis no sólo se debe formular en términos subjetivos o materiales, sino que resulta necesario contemplarlo también desde unas coordenadas temporales.

En el *Caso Clarín* esta perspectiva cobra una importancia capital, puesto que los hechos que originaron la controversia datan de 1973. Es por esto que el Tribunal se detiene en el examen de su competencia *rationae temporis* con arreglo a lo dispuesto en la oferta de arbitraje efectuada por la demandada, el API entre Chile y España. Conviene destacar que esta labor no implica indagación alguna acerca de las supuestas violaciones del API cometidas por Chile, aspecto que no entra dentro del objeto de nuestro trabajo y sobre el que Tribunal sólo podría conocer después de haber admitido su competencia¹⁰⁸, y simplemente supone la verificación de que la controversia o controversias suscitadas entre las partes quedan cubiertas por la oferta de consentimiento efectuada por Chile en el API.

Una oferta que, siguiendo los tradicionales parámetros de la política convencional española sobre promoción y protección recíproca de las inversiones exteriores, extiende la aplicación del API “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”¹⁰⁹. En virtud de lo anterior, los inversores a los que se dirige el API entre Chile y España disponen de una facultad para solicitar la activación de un procedimiento arbitral ante el CIADI¹¹⁰, incluso respecto de aquellas inversiones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de aquél.

Nótese que el API extiende su cobertura a las inversiones efectuadas antes de su entrada en vigor, pero también la excluye expresamente respecto de las “controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”¹¹¹. Para admitir su competencia, por tanto, el Tribunal debía precisar en el *Caso Clarín* si la controversia quedaba protegida por el API en virtud de los anteriores enunciados. Para ello este órgano se remite al concepto más clásico de controversia, tantas veces definido

¹⁰⁸ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 423-424).

¹⁰⁹ Artículo 2.2 del API entre Chile y España.

¹¹⁰ Si bien es cierto que esta facultad de los inversores es excluyente, según el Artículo 10.2 del API entre Chile y España, y por lo tanto queda siempre supeditada a que no se hubieran sometido tales controversias a su conocimiento por los órganos jurisdiccionales internos.

¹¹¹ Artículo 2.4 del API entre Chile y España.

por la jurisprudencia internacional¹¹², y concluye la necesidad de distinguir entre la controversia y los hechos que dieron origen a la misma¹¹³.

El Tribunal arbitral identifica tres controversias distintas en este litigio, esto es, tres puntos de desacuerdo u oposición de intereses entre las partes. En primer lugar, señala la controversia de 1995, ocasionada por el rechazo del Gobierno chileno a atender la demanda de restitución de los bienes confiscados a CPP S.A. y EPC Ltda¹¹⁴. En segundo término, se reconoce otra controversia en el año 2000, con motivo de la promulgación de la Decisión N° 43 del Ministerio de Bienes Nacionales, donde por aquel mismo concepto el Gobierno chileno concedía una indemnización a individuos distintos de los demandantes¹¹⁵. Por último, y en tercer lugar, entre 2002-2003 se identifica una nueva controversia, cuando tras 7 años fracasaron todas las acciones judiciales y administrativas que habían sido emprendidas por las demandantes en sede interna, para obtener la restitución o una indemnización por la confiscación de la rotativa *Goss*¹¹⁶.

Al aceptar que las citadas controversias pueden incluirse bajo la cobertura del API entre Chile y España¹¹⁷, el Tribunal reconoce su competencia para valorar el fondo y, por consiguiente, determinar si tales controversias suponen una violación de las disposiciones del API que se refieren a la protección de las inversiones, tales como la concesión de un trato justo y equitativo, así como la interdicción de adoptar medidas discriminatorias durante el procedimiento de expropiación de unos bienes¹¹⁸.

Además el Tribunal comprende que estas controversias se extienden tanto para el Sr. Pey Casado, como para la Fundación Presidente Allende, puesto que ambas partes se habían dirigido de manera coordinada al Gobierno chileno y, con ocasión del procedimiento arbitral, habían actuado conjuntamente¹¹⁹. Esta conclusión seguramente constituye un precedente valioso para futuros litigios ante el CIADI en los que exista pluralidad de actores.

¹¹² *Caso de Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, Sentencia de 30-6-1995, *ICJ Reports 1995*, pág. 22. En el marco del CIADI: *vid. Eduardo...* (Caso CIADI N° ARB/04/7, Laudo de 21-8-2007, pág. 249).

¹¹³ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 439, 465 y 579-585).

¹¹⁴ *Ibid.*, párs. 445-446. En el mismo sentido: *vid.* Transcripción de la audiencia pública, de 5-5-2003, pp. 66-73.

¹¹⁵ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pág. 453).

¹¹⁶ *Ibid.*, párs. 459-464.

¹¹⁷ El Gobierno español se había manifestado favorable a la aplicabilidad del API *rationae temporis*, según se desprende de la intervención del Ministro de Asuntos Exteriores Abel Matutes Juan ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados: *vid.* Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, n° 66, de 9-10-1996, p. 1432.

¹¹⁸ Para ello apela a las normas del DI general y, en particular, a la doctrina del hecho ilícito continuado: *vid. Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 574-674).

¹¹⁹ *Ibid.*, párs. 565-567.

Otra lectura del laudo que conviene realizar consiste en la necesidad de redactar con precisión las obligaciones de promoción y protección recíprocas de las inversiones reconocidas por los Estados. En este caso puede comprobarse la insuficiente redacción del Artículo 2.4 del API entre Chile y España, con el que seguramente Chile consideraba excluida la competencia del CIADI de todas las controversias en materia de inversiones originadas a raíz del Golpe militar de 1973. Tanto es así que Chile intentó por todos los medios aclarar esa redacción con ocasión de las reuniones ministeriales de 1998, fijando un nuevo concepto de “controversia” distinto al que reconoce la jurisprudencia internacional y los propios precedentes arbitrales del CIADI. Sin perjuicio de lo que ya se ha expuesto en este trabajo acerca de la validez de las actas ministeriales a la luz del DI general¹²⁰, el Tribunal descarta tal interpretación por considerarla contraria a la práctica jurisprudencial¹²¹.

Asimismo, debe examinarse también si los demandantes habían acudido con carácter previo a la vía interna para resolver este litigio, lo que excluiría la competencia del Tribunal en atención a la cláusula de la opción irrevocable prevista por el Artículo 10.2 del API entre Chile y España.

2. El ejercicio de la opción irrevocable prevista en el API entre Chile y España

Aunque no resulta un criterio muy habitual en la práctica convencional española¹²², el API entre Chile y España establece una cláusula de opción irrevocable para definir la sede interna o internacional que conocerá las controversias entre el inversor y el Estado. El inversor puede seleccionar libremente aquella instancia, pero lo hace de manera definitiva y queda impedido, por tanto, para acogerse al resto de foros que hubieren pactado ambas Partes en el API.

Este último argumento era el que precisamente invocaba Chile para desvirtuar la competencia del Tribunal arbitral, pues es cierto tanto que el Sr. Pey Casado había iniciado un procedimiento judicial ante el 8º Juzgado del Crimen de Santiago en 1995 para obtener la restitución de los bienes confiscados a CPP S.A. y EPC Ltda., como que posteriormente había interpuesto otra demanda ante el 1º Juzgado Civil de Santiago para solicitar la restitución o una indemnización por la confiscación de la rotativa *Goss*.

¹²⁰ *Supra*, epígrafe III.4 de este trabajo.

¹²¹ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 442-443 y 446).

¹²² GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La protección...*, *op. cit.*, pp. 274-282.

El laudo, sin embargo, no acoge los argumentos de la demandada y ello con arreglo nuevamente a la doctrina asentada por los precedentes arbitrales que se han pronunciado sobre este expediente en el seno del CIADI. En efecto, para constatar la aplicación de la opción irrevocable el órgano arbitral exige que las acciones planteadas en sede interna e internacional posean una identidad en su objeto, fundamento y partes¹²³. Mientras que de no concurrir todas estas condiciones, no cabría considerar operativa la opción irrevocable. En virtud de estos postulados el Tribunal, incluso para el litigio de la rotativa *Goss*, concluye que:

“La demanda de arbitraje y la demanda interpuesta ante el juez chileno tienen, por lo tanto un objeto y un fundamento distintos. La primera tiene por objeto obtener la reparación del perjuicio derivado del embargo y confiscación respecto de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda., sobre la base de determinadas disposiciones del A(P)PI entre Chile y España, mientras que la segunda tiene por objeto la restitución de un bien mueble concreto, la rotativa *Goss*, expresamente excluido del consentimiento al arbitraje, y se basa en el derecho chileno”¹²⁴.

Esta decisión arbitral incorpora dos elementos que podrían servir en un futuro para completar la aplicación de la cláusula de opción irrevocable en la política convencional española. En primer lugar, el Tribunal reitera que la mera amenaza de introducir demandas por parte del inversor en el foro interno, no puede ser significativa a los efectos de verificar aquella cláusula, ya que para que ésta pueda operar se requiere la interposición efectiva de aquellas demandas internas¹²⁵. En segundo lugar, cuando el inversor seleccionara el foro interno y los órganos competentes del Estado receptor de la inversión no resolvieran el procedimiento en un plazo razonable, incurriendo en graves dilaciones, aquel podría solicitar un arbitraje en el marco del CIADI, alegando una violación del trato justo y equitativo y una denegación de justicia¹²⁶. En todo caso, esta última opción se limita a las relaciones convencionales que contemplaran una opción irrevocable de manera rígida en el precepto de regula la solución de controversias inversor-Estado, que son muy pocas en el caso español.

¹²³ *CMS Gas c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/8, Laudo sobre competencia de 17-7-2003, pár. 80); *Azurix c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/12, Laudo sobre competencia de 8-12-2003, pár. 89) y *Enron c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/3, Laudo sobre competencia de 14-1-2004, pár. 97).

¹²⁴ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pár. 491).

¹²⁵ *Ibíd.*, pár. 492. En el mismo sentido: *vid. Pan American c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/04/8, Laudo sobre objeciones preliminares de 27-7-2006, pár. 155).

¹²⁶ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, párs. 494-496).

3. La celebración de consultas amistosas por parte de la Fundación Presidente Allende

La última de las cuestiones de carácter adjetivo que conoce el Tribunal se refiere a los efectos jurídicos de la ausencia de consultas amistosas entre Chile y la Fundación Presidente Allende, antes de solicitar ésta el arbitraje ante el CIADI. El Artículo 10 del API entre Chile y España dispone la exigencia de someter a consultas amistosas toda controversia suscitada entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante. En este particular asunto, debe considerarse que el Sr. Pey Casado había mantenido tales consultas, a título particular y en representación de la Fundación, durante el periodo de 6 meses recomendado por el API.

Precisamente por esta razón, el Tribunal concluye que no resulta necesario verificar dicha condición para la Fundación Presidente Allende¹²⁷. Además, basándose en varios precedentes arbitrales anteriores¹²⁸, el Tribunal recuerda que la celebración de consultas no constituye un requisito imperativo, sino facultativo. En esta misma línea se pronuncia el API entre Chile y España, pues predica la celebración de consultas empleando la fórmula “en la medida de lo posible”¹²⁹. En tercer y último lugar, el fallo recoge una razón más para no tomar en consideración la ausencia de consultas, admitiendo que éstas hubieran resultado con toda probabilidad infructuosas, a tenor del comportamiento de las autoridades chilenas¹³⁰.

En conclusión, la doctrina asentada por el Tribunal arbitral en el *Caso Clarín* sobre el agotamiento del periodo de consultas previas previsto en el acuerdo bilateral de inversiones, podría invocarse en aquellos contenciosos futuros donde un inversor, a título particular, comparta la demanda con una entidad jurídica o incluso con otros inversores particulares¹³¹.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

1. El examen de la parte relativa a la competencia del CIADI en el laudo arbitral del *Caso Clarín* constituye una evidencia de la trascendencia que asume el DI general a

¹²⁷ *Ibíd.*, pág. 571.

¹²⁸ *Conorzio...* (Caso CIADI N° ARB/03/8, Laudo de 10-1-2005, pág. 32) y *Bayindir Insaat c. Pakistán* (Caso CIADI N° ARB/03/29, Decisión sobre competencia de 15-11-2005, pág. 100).

¹²⁹ *Víctor...* (Caso CIADI N° ARB/98/2, Laudo de 8-5-2008, pág. 573).

¹³⁰ *Ibíd.*, pág. 572.

¹³¹ Este sería el caso, por ejemplo, de varios asuntos registrados contra Argentina: *cfr. Giovanni Alemanni y otros c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/8); *Giovanna a Beccara y otros c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/07/5) y *Giordano Alpi y otros c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/08/9).

la hora de resolver los arbitrajes internacionales relativos a inversiones extranjeras. En particular, resultan de necesaria aplicación las normas consuetudinarias y convencionales sobre el Derecho de los Tratados, especialmente aquellas relativas a los elementos que conforman el concepto de tratado internacional, su recepción en el derecho interno, su aplicación territorial y temporal, así como la invocación de los criterios de interpretación. Merece también la pena valorar cómo el Tribunal que resuelve esta controversia observa y respeta los precedentes arbitrales del CIADI y la jurisprudencia de otros órganos jurisdiccionales internacionales, reforzando la uniformidad del DI de las inversiones y permitiendo el progresivo desarrollo de los preceptos constitutivos del Convenio CIADI.

2. El laudo matiza sensiblemente algunos aspectos subjetivos y materiales del DI de las inversiones, pero del mismo no se desvela ningún cambio radical en este sistema de normas internacionales. Fruto del peso específico que el principio de soberanía estatal conserva en este sector normativo, el *Caso Clarín* busca constantemente mantener el equilibrio con las decisiones de los órganos jurisdiccionales y administrativos internos chilenos y españoles que se hubieren pronunciado respecto algún aspecto concreto de la controversia. Esta voluntad del órgano arbitral por mantener un compromiso entre ambos órdenes se evidencia, por ejemplo, en su Decisión sobre medidas provisionales, en su interpretación de la Constitución chilena a la luz de la práctica interna de dicho Estado o en su posición respecto a la validez jurídica de las actas de las reuniones técnicas de 1998 y, en puridad, supone una aportación relevante a la doctrina del pluralismo de sistemas jurídicos.

3. Por lo que se refiere a la valoración de los medios de prueba, interesa resaltar que no pasa desapercibido para el Tribunal la predisposición de ambas partes para proceder a la práctica de las pruebas. En este punto, el órgano arbitral valora el comportamiento de las partes desde que se produjo la confiscación de los bienes controvertidos, hecho este que le permite identificar todas las contradicciones aparecidas durante el procedimiento. Este método, articulado a partir del principio de buena fe, resulta especialmente útil para aquellas controversias cuyos hechos causantes no fueren próximos en el tiempo y debería presidir la actuación futura de los órganos arbitrales del CIADI.

4. Desde una perspectiva institucional, el *Caso Clarín* pone de manifiesto la necesidad de revisar algún aspecto del Convenio CIADI. Por ejemplo, la consideración del requisito de la nacionalidad de las personas físicas, entendida como la imposibilidad

de acceso de los dobles nacionales al CIADI, parece en nuestros días una condición demasiado gravosa, poco coherente con una sociedad cada vez más interdependiente y mundializada donde el individuo está asumiendo un gran protagonismo como actor en las relaciones comerciales internacionales. Se sugiere pues en el futuro una lectura extensiva de esta causal a la luz del laudo que resuelve esta controversia y de los otros precedentes que también han abordado la cuestión de la doble nacionalidad. Menos problemas teóricos plantea el concepto de inversión. Ante su redacción tan flexible en el Convenio CIADI ha sido la práctica arbitral quien lo ha ido definiendo progresivamente y, en este orden de ideas, el *Caso Clarín* plantea dos nuevos y pequeños matices. De una parte, introduce el concepto de persona jurídica sin ánimo de lucro en la esfera del Convenio CIADI y, por otra, modula la valoración del riesgo de la inversión según criterios más generales y no estrictamente contables.

5. Si se pondera este laudo arbitral desde una perspectiva bilateral que considere el marco jurídico previsto por un APPRI para regir la relación entre el inversor y el Estado receptor, deben señalarse varias propuestas para mejorar la redacción de este tipo de compromisos. En primer lugar, se haría necesario concretar el procedimiento de solución de controversias inversor-Estado y, sin mermar el objetivo de garantizar la celeridad procesal para las partes, permitir cierta flexibilidad en la invocación de la opción irrevocable, puesto que de lo contrario pueden acontecer situaciones discriminatorias para el inversor. También en cuanto a este procedimiento de solución de las controversias, cabría flexibilizar el requisito de la solicitud de consultas previas, cuando existiera una pluralidad de actores que demandaran de manera coordinada. En tercer lugar, resultaría además muy útil definir el ámbito de aplicación temporal de los APPRI, distinguiendo la trascendencia y los efectos jurídicos que plantea este expediente en la fase de competencia y en el fondo de una controversia.

6. Por último, las relaciones entre Chile y España en materia de promoción y protección recíproca de las inversiones, tampoco deben quedar inertes. Ya transcurrido el periodo de vida inicial de 10 años del API entre ambos Estados parece razonable, sobretodo después de la interpretación efectuada por el Tribunal de algunos preceptos de este acuerdo, animar a ambas partes para renovar este compromiso. De esta forma se podrían mejorar determinados aspectos de la relación bilateral, como las cuestiones relacionadas con la aplicación temporal del API, la mención a las personas jurídicas sin ánimo de lucro en el concepto de inversor, la redefinición de la cláusula de la opción irrevocable o el reconocimiento expreso del criterio de la nacionalidad efectiva para

resolver los problemas de doble nacionalidad. España ya ha emprendido esta tarea de renegociación con resultados satisfactorios, por ejemplo, en los APPRI con Marruecos, Bolivia, Colombia, México o China. En todo caso, si no se produjera tal revisión, importa poner en cuarentena las actas ministeriales de 1998 que interpretan algunas disposiciones del API, al menos hasta que ambos Estados no les reconozcan cierta eficacia mediante su publicación oficial. Sería conveniente que el *Caso Clarín* sirviera, en definitiva, como acicate para perfeccionar el régimen de promoción y protección de las inversiones españolas, con el objeto de mejorar el nivel de protección a los inversores españoles en el extranjero.