

# Inmunidad de jurisdicción relativa a la resolución de controversias en materias de inversión ante el CIADI: análisis crítico de la ejecución del laudo *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende con República de Chile*

*Immunity of jurisdiction regarding the resolution of investment matters before ICSID: critical analysis of the enforcement of the award Víctor Pey Casado and Fundación Presidente Allende v. Republic of Chile*

CRISTIÁN JARA BRITO<sup>1</sup> 

## RESUMEN:

El siguiente artículo se refiere al caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende con República de Chile*, el de mayor duración en el sistema CIADI, y que actualmente se encuentra en fase de ejecución ante la justicia española. Se abordarán, principalmente, los aspectos fácticos y procesales que devinieron en la situación procesal actual, así como la particularidad del exorbitante monto por el cual se busca ejecutar el laudo arbitral contra el Estado de Chile en una jurisdicción foránea.

**Palabras clave:** Arbitraje, inversiones, inmunidad, jurisdicción, responsabilidad estatal.

## ABSTRACT:

The following article refers to the case *Víctor Pey Casado and Fundación Presidente Allende v. Republic of Chile*, the longest in the ICSID system and is currently in the execution phase before the Spanish justice system. We will review

<sup>1</sup> Abogado. Magíster en Derecho de los Negocios, ex diplomático de carrera y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Los Andes, Chile. Email: cristianfelipejara@gmail.com

the factual and procedural aspects regarding the current procedural situation and the particularity of the exorbitant amount for which the arbitration award against the State of Chile pretends to enforcement in a foreign jurisdiction.

**Keywords:** *Arbitration, investments, immunity, jurisdiction, state liability.*

## 1. Introducción

En este artículo se buscará dilucidar la importancia de los principales elementos jurídicos presentes en la ejecución del laudo *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende con República de Chile*, el caso que más tiempo ha implicado en su desarrollo ante el Centro Internacional de Arbitrajes Internacionales (CIADI).

Luego de realizar una breve reseña, se analizarán las diversas dimensiones que se presentan en la etapa de su cumplimiento, tales como el alcance de la inmunidad de los Estados en este tipo de materias, la proporcionalidad de la cuantía del monto indemnizatorio, por el cual fue condenado el Estado de Chile; así como el alcance de las cortes locales —en este caso España— para ejecutar un fallo arbitral como el que nos ocupa.

En suma, desarrollaremos con una mirada crítica las diversas circunstancias que concurren en su ejecución, sin pronunciarnos mayormente o pretender un análisis sustantivo de las etapas previas.

En tal sentido, partimos desde una profunda convicción del beneficio para las economías —y desde luego para la chilena— del libre movimiento de capitales, de la inversión extranjera y de la existencia de mecanismos internacionales apropiados para la solución de controversias relacionadas.

Es más, nuestra realidad nacional haría absurdo cuestionar la que, al menos hasta 2022, fue una política de Estado, cuya denominación politológica pudo variar en el tiempo, hablándose de regionalismo abierto (Van Klaveren, 1997), de un país cuya vocación es la de ser “puerto y puente” de la región con el Asia-Pacífico (Wilhelmy, 2010); entre otras posibles aproximaciones conceptuales. En los hechos, no hay duda que los más de 32 acuerdos comerciales de Chile —en sus distintas denominaciones y tipologías— son un aporte a nuestro rol como país llamado a ser potencia en productos de la agroindustria. Y en maximizar nuestras ventajas competitivas y comparativas, como una economía pequeña, pero confiable, con reglas claras y una serie de características que nos diferencian aún del resto de la región, y de anquilosadas y fracasadas teorías proteccionistas, como la industrialización por sustitución de importaciones y, en general, de la aproximación “cepaliana” al modelo desarrollo. En efecto, si observamos los tratados de libre comercio, en la gran mayoría, sino en todos, se contemplan métodos de resolución de controversias entre un inversor extranjero y un Estado, brindándole al privado fundamentalmente tres posibilidades: acudir a tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, instar un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, o iniciar un arbitraje internacional basado en el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (Fernández, 2005, pp. 4-5).

Por lo demás, es innegable el progreso económico para Chile luego de abrazar las ideas de la libertad y facilitar el libre comercio, maximizando, mediante inversiones extranjeras, actividades de producción y prestaciones de servicios en sectores específicos (como ocurre en materia de obras públicas y en la gran minería), lo que responde a que “por lo general, todo progreso tiene que ser patrocinado por unas pocas personas peritas en la materia de que se trate” (Hayek, 1960, p. 715).

## 2. Cuestión previa: El caso ante el CIADI y de la inmunidad de jurisdicción en general

### 2.1 Origen, contexto y reseña de la participación de Chile ante el CIADI

La creación del Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, CIADI, se origina —en parte— como una alternativa a un tema de larga data, como es el caso de las inversiones extranjeras que, desde la época de la doctrina de protección diplomática de Vattel, y ante respuestas latinoamericanas como, por ejemplo, las doctrinas Calvo y Drago, buscó configurar un sistema distinto de las precitadas doctrinas y aproximaciones políticas y jurídicas (Campusano *et al.*, 2015, p. 246).

El Convenio de Washington de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados marca un hito, y no contiene una definición taxativa y excluyente de inversión, adoptando una postura laxa para que todo tipo de inversión pueda acogerse al sistema. Así las cosas, y aunque no toda la doctrina concuerda, en materia internacional nunca se puede perder de vista el vínculo ineludible entre la política y el derecho internacional, cuya interdependencia, en mayor o menor medida, se produce por las circunstancias y/o contexto, así como tampoco que esta relación se ha plasmado durante toda la historia en normas e instituciones, sin perjuicio de adquirir —en la mayoría de los casos— una autonomía propia, más o menos completa (Van Klaveren, 2012, pp. 764-765).

### 2.2 Reseña fáctica y procesal del caso

#### 2.2.1 Origen

Este caso presenta un alto interés en su análisis por las particularidades presentes en él, siendo la más relevante para los fines de este artículo su etapa de ejecución. Sin perjuicio de lo cual es innegable que consideraciones políticas, procesales y la presencia de diversas normativas confluyentes configuran un todo complejo propio de considerar para aproximarnos, tanto a su origen como estado actual, haciendo del asunto una materia propicia para los más diversos análisis y conclusiones y que, como ya se precisó, en este escrito estará centrada en su etapa de ejecución.

El caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende con República de Chile* tiene sus orígenes en lo acaecido en Chile con posterioridad al quiebre democrático de 1973, sin perjuicio de que el demandante, Víctor Pey —por medio de la Fundación Salvador Allende— comenzó un periplo de alegaciones en contra del Estado de Chile de manera previa a concurrir al sistema CIADI. Así las cosas, asuntos como la nacionalidad del demandante —elemento clave para determinar sus estatus de inversionista extranjero—, el hecho de haber recurrido a la jurisdicción chilena previo al sistema CIADI, que dio pie a que el demandado invocara la denominada cláusula *fork in the road* contemplada en el APPI Chile-España; la confluencia de diversos regímenes normativos como e APPI Chile-España, como las dispuestas en torno a las posibles jurisdicciones atingentes en torno a la transferencia del dominio del diario *El Clarín* —considerando las diversas estructuras societarias bajo las que se amparó su propiedad—, derivaron en el caso de más lato conocimiento que se ha suscitado ante en el CIADI, que se encuentra en su etapa final de cumplimiento. Este artículo pretende aproximarse de la manera más objetiva posible a determinar cuál es el alcance y la facultad del Estado que se encarga de su ejecución. Todo para lograr comprender armónicamente las potestades emanadas del Convenio CIADI y del precitado laudo arbitral con el principio de inmunidad de los Estados.

## 2.2.2 El inicio de un largo periplo del demandante ante el CIADI

Luego de no ver satisfechas sus pretensiones reparatorias por parte del Estado chileno, al considerar incumplidas sus pretensiones indemnizatorias producto de su alegada privación de la propiedad del diario *El Clarín* con motivo de los decretos de la Junta de Gobierno que se constituyó el 11 de septiembre de 1973 —por parte del Ejecutivo, del Ministerio de Bienes y por medio de la Ley 19.568, que buscó indemnizar a personas afectadas por las confiscaciones de bienes realizadas con posterioridad al quiebre institucional del año 73—, el demandante decidió recurrir ante el CIADI, invocando su pretendida y finalmente aceptada condición de inversionista extranjero. Así las cosas, pasamos a reproducir los aspectos que estimamos sustantivos del *iter* arbitral del caso:

El día dos de octubre de mil novecientos noventa y siete, don Víctor Pey Casado, actuando a nombre propio y en representación de la Fundación Presidente Allende (entidad española sin fines de lucro) presentó una solicitud de arbitraje en contra del Estado de Chile, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), dando origen a un extenso litigio internacional vigente hasta nuestros días. En su demanda, los actores sostienen que Chile ha incurrido en violaciones respecto de su inversión extranjera, según el Acuerdo entre España y Chile para la Protección y Fomento Recíprocos de Inversiones (APPI España-Chile); luego, en el año 2002, los actores interpusieron una demanda complementaria alegando nuevas vulneraciones, relativas a actuaciones de la República (administrativas y judiciales) llevadas adelante en el periodo comprendido entre 1995 y 2002.

Chile se defendió impugnando la competencia del Tribunal de Arbitraje, al señalar —entre otras cosas— que los demandantes no cumplían con el requisito de “extranjería”, prescrito tanto en el Convenio CIADI como en el APPI España-Chile, para su demanda. Respecto a la demanda complementaria, la República fundó su defensa en señalar que los gobiernos democráticos de la década del noventa han destinado todos sus esfuerzos a indemnizar y reparar, en la medida de lo posible; los perjuicios sufridos por quienes fueron víctimas de actos ilegales y/o arbitrarios. (Pino, 2015, p. 7)

El conflicto se extendió en un primer término hasta la dictación del laudo en el año 2008, en que el tribunal arbitral CIADI señaló en la parte dispositiva del precitado laudo, el ser competente; el haberse configurado una vulneración al trato justo y equitativo por parte del Estado chileno para con el inversionista extranjero y el pago de un monto indemnizatorio superior a los diez millones de dólares americanos junto a una condena en costas<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> El Tribunal arbitral CIADI señaló en la parte dispositiva del precitado Laudo que:

1. Decide que es competente para conocer del litigio entre las demandantes y la República de Chile;
2. Constata que la demandada ha violado su obligación de garantizar a las demandantes un tratamiento justo y equitativo, incluida la obligación de abstenerse de toda denegación de justicia;
3. Se constata que los demandantes tiene derecho a compensación;
4. Ordena a la República de Chile que pague a las demandantes la suma de US\$10.132.690,18, con un interés compuesto anual del 5 %, a partir del 11 de abril de 2002 hasta la fecha de envío del presente laudo;
5. Exige a la demandada que contribuya a las costas y gastos incurridos por las demandantes, con un importe de US\$2.000.000 (dos millones);
6. Decide que las costas del procedimiento serán soportadas por las partes en la siguiente proporción: 3/4 del importe total (es decir, US\$3.136.893,34) por la Demandada y 1/4 del importe total (es decir, US\$1.045.631,11) por las Demandantes; y en consecuencia, ordena a la Demandada que pague a las Demandantes la suma de US\$1.045.579,35;
7. Ordena a la República de Chile que proceda al pago de las sumas que figuran en la presente parte dispositiva (puntos 4, 5 y 6) en un plazo de noventa días a partir de la fecha de envío del presente laudo, de lo contrario, se aplicará al importe un tipo de interés compuesto anual del 5 %, a partir de la fecha de envío del presente laudo hasta la fecha en que se efectúe la totalidad del pago;
8. Rechaza cualquier conclusión distinta o más amplia. (*Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende con República de Chile*) (CIADI, 2008).

El tribunal arribó a esta conclusión, entre otras consideraciones, atendido el reconocimiento que existió por parte del Estado chileno del dominio del señor Pey Casado sobre los bienes confiscados, relacionando esto con la Ley 19.568, cuyo fin fue reparar y, en este caso, proceder a la devolución de los bienes expropiados a sus respectivos dueños, además de eso el Estado chileno en aquella época indemnizó a terceros y no a Pey.

Asimismo, es del caso recalcar que con la demanda complementaria de 2002 los demandantes intentaron soslayar la irretroactividad del APPI, determinando el tribunal que se trataría de una suerte de nueva expropiación, violando Chile, teóricamente, las disposiciones del tratado al no establecer un “tratamiento justo y equitativo” hacia los demandantes e incurriendo en “denegación de Justicia” respecto de estos (Campusano *et al.*, 2015, pp. 262-263). Con todo, cuando la parte demandante invocó el APPI, Chile argumentó fundamentalmente que el tribunal inicial carecía de competencia *ratione temporis* respecto de eventos y actos que ocurrieron mucho antes de la entrada en vigor del APPI; supuesto del diario *El Clarín* y los hechos ocurridos durante la dictadura militar. Pues bien, a raíz de esta alegación, fundada en el tenor expreso del tratado ya mencionado, los demandantes desarrollaron la teoría de la “expropiación continua”.

Atendido lo expuesto es preciso aludir al tenor literal del Acuerdo para la Protección y Fomento Recíproco de las Inversiones y su Protocolo Anexo, suscrito el 2 de octubre de 1991, entre el gobierno de la República de Chile y el reino de España, el cual es claro, y en su artículo 2.3 prescribe: “No se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor” (Decreto 291 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 1994, artículo 2 N° 3).

Por otro lado, agrega el mencionado tratado en su artículo 4, numerales 1 y 2, que:

1. Cada parte garantizará en su territorio, de acuerdo con su legislación nacional, un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte, bajo condiciones no menos favorables que para sus inversionistas nacionales.
2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de un tercer país.

Posteriormente, el asunto devino en una serie actuaciones procesales, que se tradujeron en, por ejemplo, la decisión sobre anulación del 1° Comité *ad hoc* del CIADI, de 18 de diciembre de 2012, que en lo que nos parece más pertinente para este reseña fáctica y procesal del caso, señaló en los puntos 1, 4 y 5:

1. En virtud del Artículo 52(1) (d) y (e), decide la anulación del párrafo 4 de la parte dispositiva del laudo del 8 de mayo de 2008 y los párrafos correspondientes del cuerpo del laudo en relación con los daños (Sección VIII).

(...)

4. Constata que los párrafos 1 a 3 y 5 a 8 de la parte dispositiva, así como también el cuerpo del laudo, a excepción de la sección VIII, son cosa juzgada.

5. Decide que no existe necesidad alguna de ordenar la suspensión temporal de la ejecución de la parte no anulada del laudo.

### 2.2.3 De la etapa de ejecución

En 2016, con fecha 13 de septiembre, el nuevo tribunal, nomenclatura utilizada por el propio tribunal CIADI, al tratarse de un procedimiento de nueva sumisión, señaló en el numeral 79 que se “limitará estrictamente a observar y analizar la del Primer Tribunal, y los principios de compensación que se deducen de esa determinación”<sup>3</sup>. Al respecto, el nuevo tribunal acepta la reclamación de la demandante, de haber existido denegación de justicia y la ausencia de un trato justo y equitativo, y se hace cargo en el punto 91 del informe pericial del señor Eduard Saura de la firma *Accuracy*, quien presta declaración testimonial en forma oral durante la audiencia, confirmando su informe, y en el cual se eleva sustancialmente el monto a reparar —como se precisará en las siguientes páginas—. Así las cosas, el nuevo tribunal, en los punto que nos interesan —el monto indemnizatorio— resolvió:

- 2) Que, tal como ya ha señalado el Primer Tribunal, su reconocimiento formal de los derechos de las demandantes y su conclusión de que fueron víctimas de denegación de justicia constituyen por sí mismas una forma de satisfacción en virtud del derecho internacional por la violación por parte de la demandada del Artículo 4 del TBI;
- 3) Que las demandantes, que tenían la carga de la prueba pertinente, no han probado que hayan sufrido ningún otro perjuicio susceptible de cuantificación a causa de la violación del artículo 4 establecida por el Primer Tribunal en su laudo;
- 4) Que el tribunal, por lo tanto, no puede otorgarles a las demandantes compensación financiera por este concepto.

Posteriormente, y luego de nuevas actuaciones procesales referentes a cuestionar la imparcialidad de algunos miembros del tribunal arbitral, se interpuso por la demandante una solicitud de nulidad del procedimiento, la que si bien fue rechazada por la decisión del segundo Comité *ad hoc* del CIADI, de 8 de enero de 2021, recordaría el criterio del Tribunal Supremo español en cuanto a que a la “determinación de la cuantía de la indemnización deben aplicarse los criterios del derecho internacional consuetudinario, principalmente, codificados en los artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas” (Tribunal Supremo, RJ 2021-3826). Al respecto es dable reproducir el punto 687 de la decisión:

De ello se deduce que el “derecho a compensación” de los solicitantes conforme al efecto de cosa juzgada del primer laudo debe interpretarse como implícitamente condicionado al establecimiento de daños y perjuicios de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional. Por lo tanto, el primer laudo otorga a los solicitantes un derecho a compensación “por cualquier daño evaluable económicamente que puedan establecer”<sup>4</sup>.

Es decir, y pese a que en la prensa chilena e incluso por parte de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, se publicó que existió un fallo favorable para los intereses nacionales<sup>5</sup>, lo cierto es que la decisión de 8 de enero de 2020 configuró los presupuestos factuales y legales que posibilitaron a la parte demandante la ejecución forzosa ante la justicia española, dando certeza definitiva —vista la reconocida autoridad de cosa juzgada del deber de reparar que se consigna por CIADI— a las inversiones del señor Pey y posibilitando, por tanto, la ejecución forzosa del

<sup>3</sup> El expediente puede consultarse en: <https://www.italaw.com/cases/829>.

<sup>4</sup> Traducción del autor.

<sup>5</sup> Nota web de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. Disponible en el siguiente enlace: <http://bit.ly/45WPuPy>.

laudo con mérito ejecutivo ante el Juzgado de Primera Instancia número 101 de Madrid, en autos que pasaremos a revisar.

### 3. De la inmunidad de los Estados ante el CIADI

#### 3.1 Distinciones generales en relación con la inmunidad de jurisdicción y ejecución

En primer lugar, es pertinente hacer la distinción de las dos clases de inmunidades que resultan atingentes para el caso en comento, a saber: la inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

En tal sentido, la inmunidad de jurisdicción y ejecución tradicionalmente recaen sobre: 1) Cualquier Estado extranjero reconocido como tal y que no podría ser juzgado por un tribunal chileno conforme a las normas de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; 2) La inmunidad abarcaría igualmente a jefes y ex jefes de Estados extranjeros; 3) Asimismo, conforme a lo previsto en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, los sujetos sobre los cuales recae esta normativa también gozarían de inmunidad de jurisdicción (siendo esta renunciable); 4) De acuerdo a lo previsto en el artículo 43 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, los cónsules también gozarían del privilegio aquí descrito, el cual al igual que en el caso de los diplomáticos sería renunciable; 5) Por último, serían sujetos de inmunidad de jurisdicción, según los artículos 31 y 41 de la Convención sobre Misiones Consulares, las misiones especiales y organizaciones internacionales.

Lo dicho ha variado parcialmente con el paso del tiempo, así, por ejemplo, en Chile en juicios laborales:

Se ha logrado el reconocimiento de los derechos laborales dictándose sentencias, en ocasiones, en contra de las delegaciones internacionales, ya sean, embajadas u organismos internacionales, pero en sede ejecutiva, no se ha visto el mismo avance, por cuanto se inicia la ejecución, pero nuevamente aparece el problema de la inembargabilidad de los bienes, para lo cual debería recurrirse a la distinción de, si aquellos bienes corresponden a los destinados a actos de gestión, en cuyo caso no correspondería sustraerlos del instituto del embargo, o si corresponden a actos de imperio, en cuyo caso procede la inembargabilidad (Rojas, 2016, p. 8).

Es decir, para abordar el tema de la inmunidad se debe distinguir entre los denominados actos *iure imperii* y aquellos *iure gestionis*, apelando la distinción a si se trata de un acto del Estado propiamente tal o de un particular realizando acciones no soberanas.

Al respecto, es del caso mencionar el Proyecto de Artículos sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de Naciones Unidas y que, por ejemplo, en el numeral 2 del artículo 10 señala: “2. Un Estado que intervenga en un procedimiento ante un tribunal de otro Estado para presentar una demanda no podrá invocar la inmunidad respecto de la jurisdicción de ese tribunal en lo concerniente a una reconvencción formulada contra él y basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda presentada por él”. Sin embargo, la misma CDI al comentar este artículo indica que ese consentimiento dado al ejercicio de la jurisdicción no es un consentimiento a la ejecución que constituya una cuestión separada.

Así las cosas, debido a tratados internacionales, como el que nos atañe en relación con el CIADI, así como el desarrollo de la Comisión de Derecho Internacional, partimos de la base de que el principio de inmunidad de los Estados no es de carácter absoluto, pudiendo bajo ciertos supuestos existir límites.

Por otro lado, aunque la denominada inmunidad de ejecución representa un concepto diverso, apela a los mismos fundamentos de la anterior, de jurisdicción. Para el tópico específico que nos interesa importa esta última, ya que nos encontramos en presencia de un supuesto básico para que opere, cual es, la existencia de un fallo por parte de un tribunal, en este caso arbitral, mas no deja de presentar interrogantes si aquella disminución del principio de inmunidad alcanza la entidad suficiente para concebir el que tácitamente Chile se despoje totalmente de la inmunidad de ejecución que le es propia, atendido el tenor del pronunciamiento del tribunal español en torno al laudo que nos ocupa.

Pero el asunto no es tan simple, existen matices y diferencias en la doctrina al respecto que no siempre permiten ponderar con absoluta claridad el grado, tipo y densidad de la renuncia de jurisdicción del Estado, así, por ejemplo, existe una diferencia sustancial entre una renuncia pura y simple ante un laudo y por tanto la atribución de competencia internacional de un tribunal, a, por otro lado, una renuncia tácita o prórroga de jurisdicción. Lo dicho se expone en el sentido que no es lo mismo para un tribunal tener como impedimento la inmunidad de jurisdicción para conocer de un litigio completo a, por otro lado, tener desde su génesis jurisdiccional un fuero de competencia internacional (Gascón, 2008, p. 172).

Sobre la materia el derecho consuetudinario internacional reconoce desde antiguo que ciertas personas y entidades se encuentran excluidas de la jurisdicción, tradicionalmente: Estados extranjeros, jefes de Estado, embajadores, organismos internacionales, entre otros. Hoy el alcance de estas inmunidades ha avanzado sustancialmente en tratados internacionales y en las legislaciones internas de muchos países. Con todo, en materia civil la tendencia moderna es reconocer a un respectivo Estado extranjero inmunidad en los actos de imperio, pero no en los referidos a actos de negocios (Ramírez, 2005, pp. 216-217).

### 3.2 El caso de la inmunidad y el CIADI

Un Estado parte de la Convención de Washington de 1965, al aceptar someter un asunto a la jurisdicción del CIADI renuncia a su inmunidad de jurisdicción y ejecución, ya que, en caso contrario, no tendría sentido la existencia misma de la sustanciación de un determinado laudo.

El propio Convenio CIADI en el artículo 25 se refiere expresamente a esto:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

A mayor abundamiento, una lectura armónica de los artículos 53 y 54 del Convenio CIADI, hace concluir ineludiblemente la falta de necesidad del trámite del *exequatur* para el cumplimiento del fallo, para lo cual basta citar la primera parte del artículo 54 del convenio:

Todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.

Ante lo expuesto en las páginas precedentes y visto que el CIADI determinó el deber de reparación por parte del Estado chileno contra el demandante en el laudo que nos ocupa, es del caso observar la legislación aplicable en el foro español y el consecuente tribunal competente para la ejecución forzosa del laudo, el cual tiene el mérito de título ejecutivo. Es decir, en el Convenio CIADI existen normas expresas

y particularidades propias del Centro que no permiten al Estado que se sometió al sistema ampararse en algún tipo de inmunidad. Es más, los laudos arbitrales CIADI no necesitan un *exequatur* previo para su ejecución forzosa en un Estado parte del Convenio y el artículo 54.1 señala:

Todo Estado contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

Con todo, la inmunidad de ejecución difiere sustancialmente de la de jurisdicción, ya que, aunque pueda tener los mismos presupuestos basales, entender esta de una manera absoluta haría inoficiosos los laudos condenatorios emanados de los tribunales arbitrales en materia de inversión. Por otro lado, las inmunidades diplomáticas y consulares a las cuales se hizo referencia tienen otro sentido, y es una realidad que los Estados poseen bienes en jurisdicciones foráneas para el desarrollo de fines comerciales, en cuyo caso, y en tanto no ser objeto de aquellos actos referidos al ejercicio de potestades soberanas, se debe entender por lógica una interpretación restringida al alcance de las precitadas inmunidades (de jurisdicción y ejecución).

Al respecto, es pertinente citar la Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes de Naciones Unidas del año 2004, que en su artículo 19 señala:

Inmunidad del Estado respecto de medidas coercitivas posteriores al fallo

No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes:

- a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados:
  - i) por acuerdo internacional;
  - ii) por un acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito; o
  - iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes.

Es decir, actualmente —atendido el dinamismo del comercio internacional y de los múltiples acuerdos comerciales que incorporan cláusulas de arbitraje internacional en materia de inversiones— la doctrina y jurisprudencia internacional mayoritaria entienden por superado el concepto clásico y absoluto de la inmunidad de los Estados.

Con todo y más allá de lo expuesto, queda claro que las inmunidades de jurisdicción y ejecución surgen de la costumbre internacional, estando por un lado la inmunidad soberana basada en el principio del derecho internacional *par in parem non imperium*, según el cual un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro, es decir, los tribunales de un Estado no pueden juzgar a un Estado extranjero, sus órganos, a determinadas persona; y la inmunidad de ejecución, referida a la imposibilidad que tiene un

Estado extranjero de someter a remate y realización los bienes de un Estado extranjero —como ocurre con su embajada— salvo excepciones y supuestos ya esbozados (Canelo, 2014, pp. 76-85).

En el caso de Chile, nuestro país ha suscrito diversos tratados sobre inmunidad de jurisdicción, como, por ejemplo, el Código de Bustamante que al tratar la inmunidad como una excepción a las reglas de competencia en materias civiles y mercantiles, conforme los artículos 333 a 339, no es ni general ni tajante en la distinción entre actos de soberanía o de imperio y actos de gestión o privados. Sin embargo, el artículo 334, referido a las acciones reales contra el Estado extranjero o sus jefes de Estado en asuntos civiles o mercantiles, y salvo sumisión o demanda reconvenicional, señala que siempre tendrán inmunidad a menos que el acto sea de carácter público, es decir, de autoridad o imperio:

En el mismo caso y con la propia excepción, serán incompetentes cuando se ejerciten acciones reales, si el Estado contratante o su jefe han actuado en el asunto como tales y en su carácter público, debiendo aplicarse lo dispuesto en el último párrafo del artículo 318 (artículo 334).

En el mismo Código, se contempla que no opera la inmunidad de jurisdicción cuando el Estado —sea su jefe o un particular— actúa como particular, excluyéndolos de ser titulares de inmunidad cuando se trate de acciones reales o mixtas de competencia de la jurisdicción local.

### 3.3 Marco normativo de España

En la jurisdicción española el tema ha evolucionado, siendo la legislación actual diametralmente diferente a la Ley de Arbitrajes Privados de 1953, que dio cuenta de un momento histórico de la política española. Sin embargo, España ya había ratificado el Convenio de Ginebra de 1927 y el Protocolo sobre Arbitraje de 1923 (Cortes, 1981, p. 209).

Así las cosas, hoy en el ordenamiento jurídico español, la Ley 19 de 4 de julio de 2003, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, señala en su artículo 2 una referencia específica en materia de residencia para personas naturales y jurídicas, y expresa que tendrán la condición de no residentes, las personas físicas que tengan su residencia habitual en el extranjero y las personas jurídicas con domicilio social también el extranjero.

En similares términos se expresa el artículo 5 del Real Decreto 664, de 23 de abril de 1999, sobre el Régimen Jurídico de Inversiones Exteriores. A su vez, el artículo 6.1 del referido Real Decreto 664/1999, determina qué operaciones tienen la condición de inversiones españolas en el extranjero y que son, entre otras, las siguientes:

- Participación en sociedades extranjeras;
- Sucursales de sociedades españolas en el extranjero;
- Suscripción de valores negociables representativos de empréstitos;
- Participación en fondos de inversión, etc.

La mirada privatista del decreto al cual nos referimos puede excluir inversiones que tienen el carácter de tal conforme al derecho internacional público, dejando así abierto un hipotético problema ante el ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado español.

Por estas consideraciones es que se presenta como más conveniente acudir al derecho internacional para aproximarnos a una definición práctica de la figura del inversor extranjero o de la inversión extranjera.

Más allá de lo expuesto, en una cuestionable interpretación de la justicia española, la ejecución del laudo que analizamos se basa fundamentalmente en la Ley 1, de 7 de enero del año 2000 y modificada en 2022, sobre Enjuiciamiento Civil, al ejecutar el laudo y pronunciarse el Juzgado de Primera Instancia N° 101 de Madrid, en los autos que se analizan a continuación, basado en la información de carácter pública a la fecha.

### 3.3.1 De los autos dictados por el tribunal español de primera instancia

Ante la solicitud de ejecución forzada interpuesta por la parte demandante, con fecha 29 de octubre de 2021, el Juzgado de Primera Instancia N° 101 de Madrid, dispuso con fecha 7 de diciembre de 2021 lo siguiente:

Se despacha ejecución por importe de USD 429.797.000,00 en concepto de principal, y USD 121.972.726,00 que se fijan provisionalmente en concepto de intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y las costas procesales, sin perjuicio de ulterior liquidación.

Posteriormente y ante la presentación por parte del ejecutante de escrito de fecha 31 de enero de 2021, el mismo juzgado español resolvió con fecha 8 de marzo de 2022, que se declaran embargados los siguientes bienes:

Créditos líquidos y derechos de toda naturaleza, que existan en la empresa Nexans Iberia SL, a favor de la mercantil Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO Chile) en cuanto sean suficientes a cubrir las responsabilidades reclamadas, que ascienden a USD 429.797.000,00 de principal, más USD 131.972.726,00, debiéndose efectuar el ingreso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, o indicar las razones para no hacerlo.

De conformidad con lo solicitado, líbrese oficio a Nexans Iberia S.L, a fin de que proceda a la retención acordada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso directo de revisión en el plazo de cinco días desde su notificación, ante este Juzgado, expresando la infracción en que la resolución hubiera incurrido a juicio del recurrente (artículos 451 y 454.2 bis y siguientes de la L.E. Civil), previa constitución de un depósito de 25 euros, en la cuenta 5061-0000-05-0008-21 de esta oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en Banco se Santander.

### 3.3.2 Una aproximación para intentar comprender el *quantum* de los autos de la justicia española

Por parte del CIADI se aludió al informe pericial de la firma *Accuracy*, pero para intentar comprender el cuantioso monto que la parte demandante intenta ejecutar en contra del Estado de Chile, es ineludible volver a referirnos al proyecto de artículos que —sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos— aprobara en una segunda lectura la Comisión de Derecho Internacional (CDI), del año 2001, y sobre el que tomó nota la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución número 56/83 (Vargas, 2012, p. 794).

Así las cosas, la obligación general de reparar consignada en el artículo 31 del texto de la CDI, se presenta más como una obligación que como un derecho, debiendo el Estado responsable reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito, comprendiendo aquella reparación la de todo daño, material y moral (Vargas, 2012, p. 822-823). Sin embargo, el artículo 36 del proyecto de artículos de la CDI señala que el Estado responsable está obligado a indemnizar el daño causado, desarrollando esta idea en el párrafo 2 del mismo, al especificar que la indemnización debe cubrir todo daño susceptible de evaluación financiera, incluyendo el lucro cesante de estar comprobado. Es decir, se contempla un daño susceptible de evaluación financiera que abarca tanto el daño sufrido por el Estado, así como por las personas naturales o jurídicas de éste (Vargas, 2012, p. 825).

Con todo, al tratarse de modalidades de arreglo de diferencias en materia de inversión, la realidad es otra a la anteriormente descrita, ya que no involucra en principio un conflicto entre Estados, y el mismo Convenio de Washington consigna expresamente que los Estados renuncian a la protección diplomática al someterse al sistema CIADI. Es más, los tratados de inversión, como ocurre en el caso específico en comento, se opusieron abiertamente a los procedimientos existentes con anterioridad y que daban preminencia a los tribunales del Estado receptor de la inversión, contemplando el recurso a otras instancias internacionales. Por este motivo, en el caso del arbitraje de inversiones puede darse el caso de la presencia de instancias diversas para resolver un amplio abanico de procedimientos —como ocurrió en el caso *Pey con Chile*—, dando lugar a una suerte de desorden procesal (Fernández, 2012, p. 1024).

Particularmente, en este caso se intentó la anulación del laudo, contraviniendo esta opción uno de los propósitos principales del arbitraje comercial, como lo es el control de los laudos arbitrales por la jurisdicción estatal establecida por el legislador y así velar por la coherencia del sistema jurídico, salvaguardando el principio de la tutela judicial efectiva. Sin embargo, es del caso aclarar que el CIADI, no arbitra ni concilia controversias cuyas funciones son propias de “las comisiones de conciliación y los tribunales de arbitraje, constituidos *ad hoc* por las partes, para cada procedimiento. Así, las funciones del CIADI son básicamente las de una secretaría de apoyo a las tareas de los tribunales de arbitraje” (Figueroa, 2010, p. 543).

De regreso a lo estrictamente procesal, la Convención de Washington señala que el consentimiento de someterse a la competencia del CIADI excluye cualquier otro remedio o vía jurisdiccional, siendo los laudos arbitrales dictados por los tribunales constituidos mediante los mecanismos del CIADI de carácter inapelable, por lo que no pueden ser revisados por las cortes locales. Sobre este control o impedimento de control jurisdiccional es preciso tener presente que el convenio contempla como únicos recursos los de revisión, rectificación, interpretación y anulación, los que deben ser conocidos ante el propio CIADI. Sin embargo, el único reconocimiento en que el sistema contempla a los tribunales nacionales es la ejecución de los laudos (Fernández, 2012, pp. 1029 y 1030).

Es así, como junto a otras argumentaciones se ha desarrollado la idea en el sistema europeo de que no existiría incoherencia en aceptar, conforme a la costumbre, el principio de la reparación íntegra y a la vez limitar su aplicación cuando los efectos de determinadas formas de reparación calificables de desproporcionados o incapacitantes.

Sobre esta materia parece interesante observar cómo el alto monto que engloba el total de la condena en contra del Estado chileno se enmarcaría en los supuestos que considera Paporinskis (2021, pp. 1246-1286), quien postula como plausible al explorar la incorporación de un recurso asociado al “carácter incapacitante” de determinadas reparaciones contenidas en los laudos o al menos dable de consideración este elemento.

Por lo señalado y si bien actualmente esta materia es meramente doctrinaria —atendiendo al alto monto por el cual se pretende condenar al Estado, es razonable plantear que, en casos como este, una aproximación en torno al “carácter incapacitante” resulta completamente pertinente ante el posible efecto contraproducente para los fines de la solución internacional de controversias vía arbitraje internacional. Asunto que, además, estaría acorde con una mirada que apunte a un incremento de la validación del sistema en el ámbito latinoamericano, y que avance hacia una mayor aceptación del arbitraje de inversiones por medio de una mayor certidumbre en relación con las expectativas y alcances para las partes.

#### 4. Conclusiones

Sumado a la tesis de las reparaciones incapacitantes esbozada en el punto anterior, es importante mencionar que sin perjuicio de la aparente licitud normativa acerca de la forma en la que se llegó al monto pretendido de ejecutar en contra del Estado de Chile, no cabe duda en la ejecución forzosa que nos ocupa que el latinazgo *lex fori* se lleva al extremo. Todo lo dicho, sin perjuicio de que el propio convenio CIADI en el artículo 54.3 señala, en relación con la ejecución de sentencias, que aquello se realizará de acuerdo con las normas que estuvieren en vigor en el territorio en que dicha ejecución se pretenda. Es decir, que cada Estado puede decidir de acuerdo con su propio ordenamiento jurídico procesal las condiciones aplicables a su autoridad coactiva para hacer valer las obligaciones pecuniarias impuestas por un determinado laudo (Fernández, 2004, pp. 337-343).

El abogado chileno Jorge Carey —que representó al Estado de Chile—, ha afirmado que en el caso existiría cosa juzgada y ha agregado, también, que tanto España como Chile se habían comprometido a respetar las sentencias del tribunal arbitral y que éste ya había resuelto este asunto (El mercurio legal, 2022), sin perjuicio de calificar lo resuelto como “una aberración”, añadiendo que Chile no puede pagar, máxime existiendo a su juicio un incumplimiento a los dos tratados suscritos en la materia, en los cuales Chile y España se habían comprometido a respetar los fallos del CIADI, asunto que —a su juicio— España no estaría haciendo (El mercurio legal, 2022).

Actualmente el Estado de Chile se encuentra en rebeldía, y estimamos que una de las hipótesis de la defensa, ya ahora ante la Corte Internacional de Justicia, donde se podría llevar el asunto en caso de perpetuarse el incumplimiento, es la de un abuso del derecho o abuso del procedimiento por parte del demandante, siendo una de las tipologías más conocidas —la del abuso del proceso— en el ámbito del arbitraje internacional, ante el intento de determinados inversores de acudir, de forma artificiosa, a la protección otorgada por determinados tratados de inversión (el denominado *treaty shopping*). Materia que en el ámbito del arbitraje de inversiones, si bien está lejos de ser aceptada de forma generalizada, sí tiene un reconocimiento incipiente (Muñoz, 2021).

Por último, lo que queda claro es que este es el proceso más largo en toda la historia del CIADI, y que a más de 25 años desde su inicio aún queda bastante por dilucidar en términos jurídicos y políticos, atendida su repercusión sobre la inversión extranjera y la credibilidad de Chile en el sistema de justicia internacional.

## 5. Bibliografía

- Campusano, Raúl y Bolado, Álvaro (2015): “Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 32: pp. 245-279. Disponible en: <https://bitly.ws/TIe9>.
- Canelo, Carola (2020): *Derecho Procesal Internacional*. Editorial Jurídica.
- Cortés, Valentín (1981): *Derecho Procesal Civil Internacional*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- El Clarín (2022, 6 de julio): “Gobierno de Boric rechaza pagar indemnización a dueños del diario El Clarín: mantiene misma línea de la Concertación y Piñera”. Disponible en: <https://bit.ly/3kGAKvz>.
- El Diario (2022, 12 de mayo): “Un juez ordena a Chile indemnizar con 520 millones de euros a los accionistas españoles de un diario confiscado por Pinochet”. Disponible en: <https://bit.ly/3kIwNwM>.
- El Mercurio Legal (2022, 22 de mayo): “Jorge Carey y fallo por Clarín: Chile no puede pagar, España está violando los tratados”. Disponible en: <https://bit.ly/3H7F4Se>.
- Fernández, Enrique (2004): *Arbitraje en Inversiones Extranjeras: El Procedimiento Arbitral en el CIADI*. Tirant lo Blanch.
- Fernández, Enrique (2005): “Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los tratados de protección y promoción de inversiones”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 18, N° 1: pp. 1-20.
- Fernández, José (2012): “Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional”, en Llanos, Hugo y Picand, Eduardo (coordinadores), *Estudios de Derecho Internacional*. Thomson Reuters.
- Figuerola Pla, Uldaricio (2010): *Organismos Internacionales: Teorías y Sistemas Universales (tomo I)*. RIL Editores.
- García, Ignacio (2022): *Código de Derecho Internacional Privado - Anotaciones y concordancias*. Thomson Reuters.
- Gascón, Fernando (2008): *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial frente a Estados Extranjeros*. Editorial Aranzadi.
- Hayek, Friedrich (1960): *Los Fundamentos de la Libertad*. Unión Editorial.
- Llanos, Hugo (2021): *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público (tomo I)*. Editorial Jurídica.
- Mahu, Pablo y Rojas, Maximiliano (2016): *Arbitraje de Inversiones. Los casos chilenos ante el CIADI (2003-2015)*. Aremi Ediciones Ltda.
- Microjuris (2016, 15 de septiembre): “Ciadi establece que Chile no deberá pagar indemnización alguna por caso Clarín”. Disponible en: <https://bit.ly/3WxrGwr>.
- Morelli, Gaetano (1970): *Derecho Procesal Civil Internacional*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Muñoz Arturo (2021): “El abuso del proceso en el arbitraje de inversiones: New skin for the old ceremony”, *Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 13, N° 2: pp. 119-158. Disponible en: <https://bit.ly/402UXlx>.
- Naciones Unidas (2006): “Actas resumidas de las sesiones del quincuagésimo tercer período de sesiones 23 de abril-1° de junio y 2 de julio-10 de agosto de 2001”. Disponible en: <https://bit.ly/3H5AUu1>.
- Paparinskis, Martins (2021): “A case against crippling compensation in International Law of State Responsibility”, *The Modern Law Review*, vol. 83, N° 6: pp. 1246-1286. Disponible en: <https://bit.ly/3Jtu6JR>.

- Pino, Alfredo (2015): Caso Clarín - Aspectos jurídicos relevantes: Nacionalidad, aplicabilidad del APPI España-Chile, trato justo y equitativo y denegación de justicia (Memoria de grado). Universidad de Chile. Disponible en: <https://bit.ly/3QZxLRf>.
- Ramírez, Mario (2005): Derecho Internacional Privado. Lexis Nexis.
- Ruiz, María (1994): “La inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional”, Derecho Privado y Constitución, N° 2: pp. 369-389.
- Van Klaveren, Alberto (1997): “América Latina: hacia un regionalismo abierto”, Estudios Internacionales, vol. 30, N° 117: pp. 62-78. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0719-3769.1997.15176>
- Van Klaveren, Alberto (2012): “La política del Derecho Internacional - El análisis de los regímenes internacionales”, en Llanos, Hugo y Picand, Eduardo (coordinadores), Estudios de Derecho Internacional. Thomson Reuters.
- Vargas, Edmundo (2012): “El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional”, en Llanos, Hugo y Picand, Eduardo (coordinadores), Estudios de Derecho Internacional. Thomson Reuters.
- Wilhelmy, Manfred (2010): “La trayectoria de Chile frente a la región Asia-Pacífico”, Estudios Internacionales, vol. 43, N° 167: pp. 125-141. Disponible en: <https://bitly.ws/TIfw>
- Wright, Brian (2010): Sistema de solución de controversias entre privados. Librotecnia.

## Normas jurídicas

- Ley 19.568 (23/07/1998): Dispone la restitución o indemnización por bienes confiscados y adquiridos por el Estado a través de los Decretos Leyes 12. 77 y 133, de 1973; 1.697, De 1977, y 2.346, de 1978.
- Decreto 569 del Ministerio de Relaciones Exteriores (15/11/1958): Convenio entre los Gobiernos de Chile y España sobre doble nacionalidad.
- Decreto 1304 del Ministerio de Relaciones Exteriores (09/01/1992): Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados.
- Decreto 291 del Ministerio de Relaciones Exteriores (27/04/1994): Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la Protección y Fomento recíprocos de Inversiones y su Protocolo Anexo.
- Convención sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (2004).
- Código de Derecho Internacional Privado (1934).
- Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021).
- Documento A/38/10 (1983): Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 35° periodo de sesiones.
- Ley española 1 (07/01/2000): Sobre Enjuiciamiento Civil.

## Jurisprudencia

- Fundación Presidente Allende España con Muñoz* (2017): 28° Juzgado Civil de Santiago, 24 julio de 2017, Rol: C-14986-2017.
- Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende con República de Chile* (2008): CIADI, Laudo del 8 de mayo de 2008, ARB/98/2.
- Juzgado de 1ª Instancia 101 de Madrid, Sentencia del 8 de marzo de 2022.
- Juzgado de 1ª Instancia 101 de Madrid, Sentencia del 4 de julio de 2013.
- Juzgado de 1ª Instancia 101 de Madrid, Sentencia del 7 de diciembre de 2021.
- Tribunal Supremo español, Sentencia del 9 de julio de 2021.