

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias
Relativas a Inversiones

DECISIÓN

sobre la adopción de medidas provisionales solicitadas
por las partes

en el caso CIADI/ARB/98/2

Víctor Pey Casado
Fundación Presidente Allende

Parte demandante

contra:

la República de Chile

Parte demandada

Ante el Tribunal de Arbitraje integrado por:

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

Considerando; los artículos 41, 46, 47, 48 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio) y los artículos 12, 15, 19, 28, 39 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje),

Considerando; la solicitud del 3 de noviembre de 1997 presentada por Víctor Pey Casado y la Fundación Presidente Allende contra la República de Chile;

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

Considerando; las comunicaciones de la República de Chile del 1 y 2 de febrero de 1999 por las que objeta la competencia del Tribunal de Arbitraje,

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

Considerando; la comunicación presentada por la parte demandante, el 9 de febrero de 1999, en la que informa al Tribunal acerca de las declaraciones oficiales efectuadas ante la prensa por el Jefe de la Marina de Guerra Chilena susceptibles de agravar las condiciones del presente litigio, y en la que se reserva el derecho de presentar en el futuro, una solicitud al Tribunal para que se inste a las autoridades de Chile a suspender toda campaña difundida por los medios de comunicación, así como para desmentir oficialmente las declaraciones cuya consecuencia directa fuese el agravamiento del presente procedimiento de arbitraje,

Considerando; el memorial sobre las excepciones a la competencia presentado por la parte demandada el 20 de julio de 1999, y en especial, la tercera sección en la que solicita que el Tribunal “condene a la parte demandante a sufragar las costas y que le sea exigido, a la mayor brevedad, una garantía suficiente para cubrirlas”,

Considerando; la comunicación de la parte demandante del 22 de julio de 1999, en la que solicita al Tribunal que pida a la parte demandada la entrega a éste de los documentos enumerados en dicha comunicación, así como los mencionados en una comunicación previa fechada el 9 de febrero de 1999,



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

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

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

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

Considerando; la dúplica sobre las excepciones a la competencia presentada por la parte demandante el 7 de febrero de 2000,

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

Considerando; las “Respuestas a las preguntas del Tribunal” de la parte demandada presentadas el 5 de mayo de 2000, y las de la parte demandante presentadas el 17 de mayo de 2000,

Considerando; la comunicación del 4 de enero de 2001 presentada por la parte demandante, por la que presentaron sus comunicaciones de fecha 6 de mayo de 2001 al Ministerio de Bienes Nacionales de Chile y al Contralor General de la República,

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

Considerando; el nombramiento del profesor Pierre Lalive como Presidente del Tribunal de Arbitraje el 11 de abril de 2001,



Considerando; la comunicación de la parte demandante del 23 de abril de 2001, en la que solicita al Tribunal la recomendación de medidas provisionales en los siguientes términos:

“En su virtud, vistos los artículos 47, 26 y 25(1) del Convenio de Washington, la Regla de Arbitraje No. 39 y el artículo 10.2 in fine del Acuerdo bilateral de protección de inversiones del 2 de octubre de 1991, se solicita del Tribunal de Arbitraje que:

recomiende a la República de Chile dejar en suspenso la ejecución de la Decisión No. 43 [tomada por el Ministerio de Bienes Nacionales de Chile el 28 de abril de 2000],

[adopte] todas las medidas que fueren necesarias a tal fin, incluso respecto de sus propias administración y jurisdicción nacionales,

invite a las partes a informar periódicamente al Tribunal sobre la aplicación de esas recomendaciones, hasta en tanto que el Tribunal de Arbitraje adopte una decisión definitiva sobre su competencia y, en su caso, sobre el fondo del litigio”,

Considerando; la comunicación del 7 de mayo de 2001 en la que la parte demandante solicita que el Tribunal tenga presente sus precedentes solicitudes de producción de documentos de fechas 9 de febrero y 22 de julio de 1999, y en particular, que el Tribunal tenga presente el memorándum leído durante una conferencia, celebrada el 3 de febrero de 1975, haciendo hincapié en lo pertinente que resulta ese documento en el contexto de la comunicación de la Decisión no. 43,

Considerando; la Resolución Procesal N° 1 del 10 de mayo de 2001, notificada a las partes el 11 de mayo de 2001, mediante la cual el Tribunal de Arbitraje, al constar que ninguna decisión sobre las excepciones preliminares interpuestas por la parte demandada había aún sido adoptada, en el momento en que el Presidente anterior del Tribunal dimitiera, concedió a cada una de las partes un plazo de diez días para pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales presentada por la otra parte,

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

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

Considerando; la Resolución Procesal N° 2 del 13 de junio de 2001, mediante la cual el Tribunal decide, tras consultar a las partes, oír sus alegaciones respecto a las medidas provisionales y concederles la oportunidad de entregar, a más tardar el lunes 18 de junio de 2001, documentos justificativos de los argumentos sobre las medidas provisionales,

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

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

Considerando; a título preliminar, que los argumentos expuestos por las partes, en diversas comunicaciones posteriores a la audiencia del 5 de mayo de 2000, las cuales pretendían excluir del expediente todo documento que hubiese sido entregado al Tribunal de Arbitraje, después del cierre de la audiencia mencionada, han quedado sin objeto, en virtud de las tres resoluciones dictadas por el Tribunal los días 10 de mayo, 13 y 22 de junio de 2001, de las cuales, las dos primeras, ofrecen de nuevo la oportunidad a las partes para que se manifiesten y presenten todo documento útil para los debates sobre la adopción de medidas provisionales,

EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE :

I. De las Medidas Provisionales en el sistema del CIADI

1. Antes de analizar las solicitudes respectivas de las partes, conviene recordar las reglas que rigen la materia en cuestión, y situarlas en su contexto general, a la luz de la jurisprudencia internacional, y en particular, a la luz de las resoluciones dictadas por los tribunales de arbitraje en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), así como de los postulados de la doctrina.

2. Según el artículo 47 del Convenio de Washington de 1965,

“Salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes”.

Lo dispuesto en el artículo anterior no constituye de ninguna manera una innovación en la historia de la jurisdicción internacional; es inspiración directa del artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, motivo por el cual, resulta de especial interés examinar las decisiones, que tanto dicha Corte como su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, han adoptado en el pasado en materia de medidas provisionales. (véase a guisa de ejemplo Christoph Schreuer, en *ICSID Review*, volumen 13 N° 1, primavera de 1998, página 211; así como L. Collins, “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, 234 *Recueil des Cours* 98 (1992–III), página 98 y ss.; Ch. Brower—R. E. Goodman: “Provisional Measures and the Protection of ICSID Jurisdictional Exclusivity against Municipal Proceedings”, 6 *ICSID Review*, 1991, página 431 y ss.; y D. Friedland, “Provisional Measures in ICSID Arbitration”, 2 *Arbitration International* 335 (1986); A.R. Parra, “The Practices and Experiences of ICSID in Conservatory and Provisional Measures in International Arbitration”, 37 publicación de la CCI N° 519 (1993).

3. El artículo 47 del Convenio se retoma, completa y desarrolla en la regla 39 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbi-

traje (Reglas de Arbitraje) que a continuación se reproduce en su versión vigente:

(1) En cualquier etapa del procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesaria la dictación de tales medidas.

(2) El Tribunal dará prioridad a la consideración de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1).

(3) El Tribunal también podrá recomendar de oficio la adopción de medidas provisionales, o recomendar medidas distintas de las identificadas en la petición. Podrá modificar o revocar sus recomendaciones en cualquier momento.

(4) El Tribunal sólo recomendará medidas provisionales, o modificará o revocará sus recomendaciones, después de dar a cada parte una oportunidad para que haga presente sus observaciones.

(5) Nada en esta Regla impedirá que las partes, siempre que lo hayan estipulado en el convenio que registre su consentimiento, soliciten a cualquier autoridad judicial o de otra naturaleza que dicte medidas provisionales, antes de la iniciación del procedimiento, o durante la sustanciación del procedimiento, para la preservación de sus respectivos derechos e intereses.

4. Esta regla, así como el artículo 47 del Convenio antes mencionado, suscita varias observaciones, en virtud de las particularidades del presente caso, la primera de las cuales, concierne la competencia del Tribunal de Arbitraje para adoptar medidas provisionales, al amparo de la Regla 39, en caso de que su competencia para resolver una controversia haya sido objetada.

5. En virtud de la naturaleza propia de las medidas provisionales como institución jurídica, dichas medidas no sólo son provisorias, sino que también son, en primera instancia, generalmente urgentes, ya que deben adoptarse con rapidez, tal como lo dispone la regla 39, párrafo 2 de las Reglas de Arbitraje: “El Tribunal dará prioridad a la consideración

de las peticiones de las partes hechas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1)". Así, estas medidas podrán ser adoptadas, recomendadas, indicadas u ordenadas (conceptos que se explicarán más adelante) en cualquier etapa del procedimiento y, por consiguiente, también antes de que el Tribunal de Arbitraje haya adoptado alguna decisión respecto a las posibles excepciones a la competencia o a la admisibilidad de la solicitud respecto al fondo del asunto.

6. En ocasiones se ha afirmado que aquellos Árbitros, cuya competencia sobre el fondo del asunto haya sido objetada, no tendrían, por tal motivo, competencia para decidir sobre una solicitud de medidas provisionales. No podría sustentarse este argumento seriamente; éste no sólo se contraponen a los textos escritos aplicables, sino también a la consideración de sentido común de que tal tesis despojaría de toda eficacia a la institución jurídica de las medidas provisionales, cuya necesidad ha sido universalmente reconocida en el derecho interno e internacional. Como lo hace notar, por ejemplo, el señor Schreuer (op. Cit. Página 229): *"the urgency of the matter may make it impossible to defer provisional measures until the Tribunal's jurisdiction has been fully argued and decided"*.

7. Al respecto, la jurisprudencia internacional también es clara: la instancia cuya competencia sea objetada no quedará privada de la facultad de dictar medidas provisorias. No obstante, lo anterior ocurre dentro de ciertas condiciones mínimas cuya determinación exacta ha sido objeto de ciertas opiniones, disidentes o particulares, entre los jueces de la Corte Internacional de Justicia (véase Mendelson, "Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction", 46 *British Yearbook of International Law* (1972–73) 259; y L. Collins, op. cit., páginas 220–222).

8. Según la opinión mayoritaria y generalmente aceptada, a la Corte Internacional sólo le basta un test "prima facie", para declararse competente en la indicación de medidas provisionales "si su falta de competencia no es manifiesta y si los textos invocados por la parte demandante en los que funda la competencia de la Corte le confieren 'prima facie' competencia". De cualquier manera, la cuestión se presenta de manera un tanto diferente en el marco de un arbitraje del CIADI, debido a que toda solicitud se somete, de acuerdo con el Artículo 36 del Convenio, a un examen preliminar, por parte del Secretario General, de la jurisdicción del Centro (el llamado "screening"). Este último registra la solicitud "salvo que...encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de

la jurisdicción del Centro”, criterio que se aproxima, en cierta medida y a pesar de las diferencias en cada situación, al test “prima facie” de la Corte Internacional de Justicia.

9. Manley Hudson dijo en su obra sobre la C.P.J.I.:

«Il n'est pas nécessaire ... que la Cour tranche à l'avance et dans le sens affirmatif la question de savoir si elle est compétente pour connaître, quant au fond, de l'affaire dont elle est saisie. En d'autres termes la compétence de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires ne dépend pas d'une constatation préalable de l'existence, en l'espèce, de sa juridiction pour connaître du fond.»

10. En el caso de la *Compétence en matière de pêcheries (Reino Unido contra Islandia)*, citado en numerosas ocasiones en varios lugares, podemos leer que:

«... lorsqu'elle est saisie, d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant d'indiquer ces mesures, de s'assurer de manière concluante de sa compétence quant au fond de l'affaire, mais qu'elle ne doit cependant pas appliquer l'article 41 du Statut lorsque son incompétence au fond est manifeste [El artículo 41 es el que permite a la Corte indicar medidas provisionales].

«... une décision rendue au cours de la présente procédure ne préjuge en rien la compétence de la Cour pour connaître du fond de l'affaire ni aucune question relative au fond lui-même et ... elle laisse intact le droit du défendeur de faire valoir ses moyens tant sur la compétence que sur le fond».¹ (Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni contre Islande), C.I.J.,

¹ Las decisiones de la Corte Internacional de Justicia se dictan únicamente en francés e inglés. El texto en inglés dice lo siguiente: “. . . on a request for provisional measures the Court need not, before indicating them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case, yet it ought not to act under Article 41 of the Statute if the absence of jurisdiction on the merits is manifest.” “the decision given in the course of the present proceedings in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case or any questions relating to the merits themselves and leaves unaffected the right of the Respondent to submit arguments against such jurisdiction or in respect of such merits.”

Recueil 1972, p. 15–16; 1973, p. 99 et ss et 135 et ss; 1976, p. 6 et ss; 1979, p. 13 et ss).

11. Se entiende que el registro efectuado por el Secretario General del CIADI no obliga a nada al Tribunal de Arbitraje, ni lo exime, en caso de que su competencia sea objetada, de asegurarse de que ésta existe prima facie o, expresado en términos negativos, de que no exista incompetencia manifiesta.

12. Un ejemplo típico pertinente es el primer caso de arbitraje que tuvo lugar al amparo del Convenio de Washington, el caso de Holiday Inns–Occidental Petroleum contra el Gobierno de Marruecos, en el cual, si bien su competencia fue objetada por el Gobierno marroquí, el Tribunal consideró que era “*compétent pour recommander des mesures conservatoires suivant les termes de l’article 47 de la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d’autres Etats, les Parties conservant par ailleurs le droit de faire valoir dans la suite de la procédure toute exception relative à la compétence du Tribunal pour connaître d’un autre aspect de l’affaire.*”²

13. No existe, en el presente caso, elemento alguno que ponga en tela de juicio la competencia del Tribunal de Arbitraje para recomendar medidas provisionales, tal como lo disponen el artículo 47 del Convenio y la regla 39 de las Reglas de Arbitraje, tan es así que la parte demandada, la República de Chile, que ha objetado la competencia de este Tribunal sobre el fondo del asunto, solicitó ella misma al Tribunal, tal como lo hemos visto y lo vamos a analizar más adelante, que adopte medidas provisionales contra la parte demandante. Es obvio que tal petición es una aceptación manifiesta de la potestad conferida al Tribunal por el artículo 47 del Convenio y la regla 39 de las Reglas de Arbitraje.

14. Cabe agregar que las medidas provisionales, las cuales son provisionales por naturaleza y definición (tal como lo observa con acierto la

² Esta decisión se dictó en francés e inglés únicamente. El texto en inglés dice lo siguiente: “has jurisdiction to recommend provisional measures according to the terms of Article 47 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, the Parties still having the right to express, in the rest of the procedure, any exception relating to jurisdiction of the Tribunal on any other aspect of the dispute.”

parte demandada), las puede modificar o anular en todo momento el Tribunal, no tienen fuerza de “res judicata”, sólo permanecen vigentes durante el procedimiento, y “quedan automáticamente sin efecto” si el Tribunal de Arbitraje se declara incompetente para conocer de la controversia.

15. Tampoco se objeta que las medidas provisionales estipuladas en el artículo 47 del Convenio y en la regla 39 de las Reglas de Arbitraje, disposiciones que no incluyen indicación ni precisión alguna al respecto, pueden ser extremadamente diversas y que se dejan al criterio de cada Tribunal de Arbitraje. Los autores del Convenio, optaron, con justa razón, dada la amplia gama de situaciones en las que se justifica adoptar dichas medidas, por no delimitar el tipo de medidas que se pueden aplicar. Lo mismo ocurre con el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual, tal como se ha dicho, sirvió de modelo para la elaboración del artículo 47 del Convenio del CIADI.

Asimismo, en la práctica jurídica y arbitral, encuentra su expresión esta amplia variedad de circunstancias y de medidas solicitadas o adoptadas por la instancia competente.

16. Por último, cabe mencionar el hecho de que, según lo dispuesto en la regla 39 de las Reglas de Arbitraje, párrafo 3, el Tribunal de Arbitraje puede actuar de oficio y no está obligado o limitado por las solicitudes de las partes.

De esta manera, en la primera controversia sometida al Tribunal del CIADI, es decir el caso antes mencionado de Holiday Inns contra el Gobierno de Marruecos, el Tribunal de Arbitraje, el cual no adoptó la serie de medidas solicitadas por la parte demandante, no dudó en dictar otras medidas (si bien haciéndolo con una prudencia que fue observada por los especialistas, ya que se trataba de la primera vez que se aplicaba el Convenio), algunas de una manera un tanto ambigua, pero que evitaron el agravamiento del litigio y, al parecer, contribuyeron, junto con otras decisiones del Tribunal, al arreglo final y amistoso entre las partes.

17. Otro asunto general que merece examinarse es la fuerza, obligatoria o no, que tienen las medidas provisionales a que se refiere el artículo 47 del Convenio y la regla 39 de las Reglas de Arbitraje. Este asunto, que ha suscitado tanta polémica en la doctrina, puede decirse que ya ha

quedado resuelto a la luz de la jurisprudencia y, como hemos de ver más adelante, a la luz de una sentencia recientemente dictada por la Corte Internacional de Justicia.

18. Varios especialistas se habían basado en una interpretación literal del artículo 47 del Convenio (así como en el método de interpretación, discutible, de recurrir a los trabajos preparatorios en los que la palabra “prescribe” fue reemplazada por “recommend”), para concluir que las recomendaciones que el Tribunal de Arbitraje dirige a las partes no tendrían un carácter obligatorio, a diferencia de los laudos arbitrales (y de las resoluciones procesales) dictados por el mismo Tribunal.

De manera análoga, se sostuvo que el artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, permitía al órgano judicial principal de las Naciones Unidas únicamente “indicar” la adopción de tales medidas provisionales, más no ordenarlas (consúltese L. Collins, op. cit., página 71, 216–220).

19. En su sentencia del 27 de junio de 2001, referente al caso LaGrand–Alemania contra los Estados Unidos de América, la Corte Internacional de Justicia fue llamada a pronunciarse por primera vez “sobre los efectos jurídicos de [sus] ordenes dictadas conforme al artículo 41 de su Estatuto, cuya interpretación ha sido objeto de numerosas controversias en la doctrina. Una vez interpretado el artículo 41, la Corte declara que sus disposiciones son ordenes que tienen fuerza obligatoria”.

20. En un análisis detallado que no ha lugar a reproducir, la Corte Internacional de Justicia compara las versiones francesa e inglesa de su Estatuto, analiza también los trabajos preparatorios de dicho texto, así como su propia jurisprudencia, y se basa principalmente en el objeto y fin de su Estatuto, los cuales, en su opinión, se definen como “*de permettre à la Cour de remplir les fonctions qui lui sont dévolues par cet instrument, et en particulier de s’acquitter de sa mission fondamentale, qui est le règlement judiciaire des différends internationaux au moyen de décisions obligatoires, conformément à l’article 59 du Statut*”.³ La conclusión de la sentencia, particularmente clara, merece ser citada, en particular porque parece

³ El texto en inglés dice lo siguiente: “(..)to enable the Court to fulfil the functions provided for therein, and in particular, the basic function of judicial settlement of international disputes by binding decisions in accordance with Article 59 of the Statute.”

manifiestamente poder aplicarse, por analogía, al artículo 47 del Convenio del CIADI:

«Il ressort de l'objet et du but du Statut, ainsi que des termes de l'article 41 lus dans leur contexte, que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires emporte le caractère obligatoire des dites mesures, dans la mesure où le pouvoir en question est fondé sur la nécessité, lorsque les circonstances l'exigent, de sauvegarder les droits des Parties, tels que déterminés par la Cour dans son arrêt définitif, et d'éviter qu'il y soit porté préjudice. Prétendre que des mesures conservatoires indiquées en vertu de l'article 41 ne seraient pas obligatoires serait contraire à l'objet et au but de cette disposition.»⁴

21. En el mismo sentido, se puede citar la Resolución Procesal No. 2 del 28 de octubre de 1999 dictada por el Tribunal de Arbitraje del CIADI en Maffezini contra Reino de España (caso ARB/97/17), resolución citada por ambas partes, en la que (según el párrafo 9) la palabra “recomendar” tiene el mismo valor que el término “ordenar”.

22. Podemos también citar la jurisprudencia del Iran–USA Claims Tribunal puesto que también concluye que existe una obligación jurídica de ceñirse a las medidas provisionales que la instancia internacional haya ordenado, recomendado, indicado, etc., la cual obtiene su poder en la materia (incluso si su competencia sobre el fondo del asunto es objetada) de un acuerdo internacional, ya sea que se trate del Estatuto de la Corte Internacional, de la Declaración de Alger por la que el Tribunal de reclamaciones irano–americano fue creado, del Convenio de Washington de 1965 o bien de un tratado bilateral como el que formalizaron Chile y España el 2 de octubre de 1991.

⁴ El texto en inglés dice lo siguiente: “It follows from the object and purpose of the Statute, as well as from the terms of Article 41 when read in their context, that the power to indicate provisional measures entails that such measures should be binding, in as much as the power in question is based on the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, and to void prejudice to, the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court. The contention that provisional measures indicated under Article 41 might not be binding would be contrary to the object and purpose of that Article.”

23. Por ende, en el caso Rockwell contra Irán (laudo No. ITM 17-430-1, del 5 de mayo de 1983, 2 Iran-US.CTR310-11, citado por Brower-Goodman, página 449), el Tribunal dictó que

“both Governments are under an international obligation to comply with any decision rendered by the Tribunal pursuant to [this] agreement”.

Esa obligación de acatar las medidas provisionales, según Hudson (en su obra “The P.C.J.I.” (1943) página 145, 420) *“exist apart from and prior to a determination of the jurisdiction of the Court to deal with merits of the pending case”.*

24. De cualquier manera, e incluso cuando había quienes se cuestionaban sobre la naturaleza jurídica exacta y las consecuencias de “indicar” o “recomendar” la adopción de medidas provisionales, y sobre la facultad de un Tribunal de Arbitraje de velar por su cumplimiento, hay un punto que parece ha sido generalmente aceptado: el Tribunal gozaba del derecho de tener en cuenta, en su decisión final, el comportamiento de las partes y su eventual inobservancia de las medidas provisionales que se hayan recomendado (consúltese por ejemplo C. Schreuer, op. cit. 36-37 y la decisión AGIP contra el Congo, CIRDI ARB/77/1, párrafo 42).

25. También podemos notar, que en la primera edición del antiguo reglamento del CIADI (en vigor a partir del 1 de enero de 1968), en la que se incluían notas explicativas interesantes, en el artículo 39 (página 105) se precisa que el artículo 47 del Convenio “se basa en el principio de que una vez que se somete una diferencia a arbitraje, las partes no deben tomar medidas que puedan agravar o ampliar su diferencia u obstaculizar la ejecución del laudo”, principio que tiene un carácter “general”.

26. De lo anterior se concluye que las medidas provisionales tienen, particular y especialmente, como objeto preservar y proteger la eficacia de la decisión a dictarse sobre el fondo del asunto y, por lo tanto, evitar “que se perjudique la ejecución del laudo”, o impedir que una de las partes, por acción u omisión, atente, de manera unilateral, contra los derechos eventuales de la parte contraria.

27. Es en el contexto antes resumido, que procede ahora analizar sucesivamente las diferentes solicitudes de las partes en el presente arbi-

traje, a la luz, como ya se dijo, de las decisiones jurisprudenciales y de los escritos de la doctrina, que fuesen pertinentes a cada caso en particular, a fin de responder a las preguntas planteadas.

* * *

II. De la solicitud presentada por la parte demandante
(en la que pide que la República de Chile
“ordene la suspensión de la ejecución
de la Decisión No. 43”):

28. En la carta del 23 de abril de 2001 dirigida al Secretariado del CIADI, el abogado de la parte demandante, Juan E. Garcés, estimó necesario “formular, desde ahora, una solicitud de medidas provisionales a fin de preservar tanto los derechos del Sr. Pey Casado y de la Fundación Presidente Allende como la eficacia de la sentencia que puede ser pronunciada en su momento”. Esta solicitud se propone obtener que la República de Chile deje en suspense la ejecución de la decisión del Ministro de Bienes Nacionales dictada el 28 de abril de 2000, conocida como la “Decisión 43”.

En la solicitud se precisa que, según la parte demandante, “es necesario que de inmediato sea paralizada la ejecución de la Decisión no. 43, habida cuenta de las consecuencias irremediables que ella podría tener sobre la ejecución de la sentencia que en su momento recaiga”.

29. Cabe mencionar que la parte demandante hace referencia (en la misma carta, página 6), tanto al Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI, como al artículo 10, apartado 2 in fine del Acuerdo Bilateral de Protección de Inversiones del 2 de octubre de 1991 suscrito entre Chile y España. El artículo 10, intitulado “Conflictos entre una Parte e inversionistas de la otra Parte”, dispone, en resumen, que toda diferencia relativa a inversiones que no haya sido resuelta mediante arreglo amistoso, podrá someterse “a elección del inversionista”, ya sea a la jurisdicción nacional de la parte contratante implicada en la diferencia, o bien a arbitraje internacional que podrá ser, de nuevo según su elección, el arbitraje del CIADI o uno ad hoc (de conformidad con las reglas de la CNUDMI). Se hace constar que la elección del inversionista, una vez tomada, será definitiva (artículo 10, apartado 2, in fine).

30. Según la solicitud de la parte demandante (mismo comunicado, página 5), la “*Decisión 43 es una amenaza al procedimiento de arbitraje*”, al mismo tiempo que decidiría “*la cuantía de la indemnización supuestamente debida a la sucesión de Darío Sainte-Marie*”, ya que el litigio se refiere en especial a la titularidad de las acciones de la sociedad CPP S.A., “sociedad cuyos bienes fueron confiscados el 10 de febrero de 1975 en aplicación del decreto no. 77 de 1973”, o sea un litigio idéntico o análogo al que se encuentra pendiente ante el Tribunal Arbitral. Continuando con las afirmaciones de la parte demandante, la Decisión Ministerial no. 43 habría sido tomada el 28 de abril de 2000, “con el objetivo de cortocircuitar el procedimiento de arbitraje en vísperas de la audiencia final de las alegaciones”. La ejecución de dicha decisión “constituiría un desconocimiento total de la competencia exclusiva del Tribunal de Arbitraje para resolver las cuestiones que le han sido planteadas” (como aquella de la propiedad de las acciones de la sociedad CPP S.A.) y su ejecución “tendría como efecto agravar los términos del litigio”.

31. La parte demandante señala a este respecto, que las autoridades chilenas reconocieron el hecho de que Pey Casado había comprado la sociedad CPP S.A., así como la empresa periodística El Clarín, de lo cual habría quedado constancia en el Memorandum (del 3 de febrero de 1975) del Ministerio del Interior y del Consejo de Defensa del Estado, así como en los diferentes periódicos chilenos de la misma época.

Estos son, en resumen, los principales argumentos, expuestos por la parte demandante, para justificar su solicitud de medidas provisionales.

32. Por lo que respecta a la parte demandada, ésta solicita que dicha solicitud sea denegada, aduciendo que “no tiene relación alguna con las condiciones exigidas por el artículo 47 del Convenio de Washington y la Regla de Arbitraje 39”.

33. Los principales argumentos en los que la parte demandada se basa para justificar este rechazo de la solicitud son los siguientes (de conformidad con el memorandum del 21 de mayo de 2001 enviado al CIADI a la atención del Tribunal de Arbitraje):

La inexistencia de la necesidad de salvaguardar los derechos invocados, derechos o pretensiones, que de hecho, no son “reales

ni actuales”, sino “puramente hipotéticos”; la necesidad de salvaguardar se hace aún más inexistente ya que se trata en el presente caso de una “obligación de género”, que un Estado está “siempre en condiciones” de asumir.

Chile es un Estado soberano que siempre ha cumplido sus obligaciones internacionales y, que es más que solvente en materia de sus obligaciones financieras.

La recomendación de adoptar las medidas provisionales solicitadas representaría “un agravamiento del presente juicio arbitral” y “causaría daños a terceros” que no son parte en el presente arbitraje.

Las medidas solicitadas no serían realmente provisionales, e implicarían “un prejuzgamiento sobre el fondo del asunto”.

Además, “la Resolución no. 43 cuya suspensión se ha solicitado, ha sido dictada conforme a derecho [chileno] y con total prescindencia del presente juicio arbitral”.

34. De conformidad con la regla 39, párrafo 4, de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal de Arbitraje dió “a cada parte la posibilidad de presentar sus observaciones”, y éstas no dejaron de hacer uso de esta posibilidad, tanto en sus análisis escritos muy profundos, como en sus alegatos del 21 de junio de 2001.

* * *

El Tribunal se encuentra por lo tanto en condiciones de pronunciarse con conocimiento de causa sobre la solicitud de la parte demandante.

35. Antes que nada, se debe constatar que, como se ha indicado ya en el preámbulo, el incidente acontecido en mayo de 2000, referente al derecho de respuesta y producción de documentos, ya ha quedado atrás, ya que en la última audiencia se autorizó a ambas partes para que presentaran nuevas observaciones y documentos que éstas considerasen pertinentes en relación con las solicitudes de medidas provisionales.

36. En cuanto a la ejecución de la Decisión Ministerial no. 43, surgen las siguientes observaciones:

Esa decisión se basa en la ley chilena no. 19.568 (publicada en el Diario Oficial el 23 de julio de 1998) sobre la restitución de bienes confiscados después del 11 de septiembre de 1973.

Por tanto, la ley en cuestión es posterior, tanto a la presentación de la solicitud de arbitraje ante el CIADI el 3 de noviembre de 1997, así como al registro de dicha solicitud efectuado por el Secretario General del CIADI el 20 de abril de 1998.

En todo caso, la solicitud de arbitraje no se basa en la ley chilena antes mencionada, tal como lo señaló la parte demandante en su carta del 24 de junio de 1999 dirigida al Ministerio de Bienes Nacionales (anexo C32 de la parte demandante), cuando le declararon a este último que no iban a invocar dicha ley.

37. Por otra parte, la Decisión no. 43 se dirige a una serie de personas que no son la parte demandante, es decir, solicitantes que hacen valer peticiones a título diverso (tales como accionistas o herederos), sobre bienes muebles e inmuebles que pertenecían, en la fecha de la confiscación, por una parte al Consorcio Publicitario y Periodístico (CCP) S.A. y por la otra a la empresa periodística Clarín Limitada, dos compañías que, como ya hemos visto, el señor Pey Casado declara haber comprado.

La Decisión no. 43 considera total o parcialmente procedentes algunas de las solicitudes presentadas, rechaza el resto, y dispone que se aplique la ley 19.568 antes citada (artículos 10 y subsiguientes) para la determinación de las indemnizaciones correspondientes, procedimiento que implica un registro, la fijación del monto de la indemnización y un decreto ratificado por el Ministerio de Finanzas.

38. La parte demandante indicó, de manera particular, que el Contralor General de la República, a quien compete determinar la legalidad de las decisiones que toma la administración chilena, había rechazado sus protestas, (interpretadas, erróneamente según ella, como un "recurso"), habida cuenta de la postura adoptada por los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Bienes Nacionales que señalaban que Chile había objetado la competencia del Tribunal de Arbitraje del CIADI.

39. Tal parece que, hasta este momento, no ha concluido la evaluación de los bienes inmuebles, ni se ha fijado el monto “de la indemnización supuestamente debida a la sucesión de Darío Sainte Marie y a otros”, pero la parte demandante hizo ver (el 23 de abril de 2001, página 4) que:

“a partir del momento en que el Ministro de Bienes Nacionales apruebe por Decreto, según las disposiciones de la ley 19.568, la cuantía de la indemnización, la Administración considerará que en Chile está definitivamente resuelto cualquier litigio sobre la responsabilidad del Estado en la confiscación de los inmuebles de la sociedad CPP, S.A.”

40. Esta afirmación suscita de inmediato una o dos preguntas. Por una parte, no ha quedado demostrado, ni confirmado, que el litigio resuelto mediante la Decisión Ministerial no. 43 (relativa a las solicitudes presentadas por varias personas diferentes de la parte demandante en este arbitraje) será considerada por la Administración como algo que “definitivamente resuelva” el litigio que exista con otras partes (como aquel en que son parte los demandantes), y mucho menos tomando en cuenta que Chile (en otro contexto, el del presente arbitraje) se ha mostrado particularmente preocupado con el argumento de los derechos de terceros que no forman parte de un procedimiento. Por otra parte y tal vez sobre todo, suponiendo que se tratara del mismo litigio, el hecho de que la Administración de un Estado (que en su caso forme parte de un arbitraje internacional) considerara que un litigio ha quedado “definitivamente resuelto” en Chile, no implicaría necesariamente, y volveremos a retomar esta idea más adelante, que el Tribunal de Arbitraje fuera a adoptar ese mismo punto de vista, a suponer que tuviera competencia.

41. De cualquier manera, el litigio sometido, en Chile, a la Decisión Ministerial no. 43 no es, a todas luces, idéntico (tan sólo por el hecho de que las partes no son las mismas) al presentado ante el CIADI mediante la solicitud de fecha 3 de noviembre de 1997 y registrada el 20 de abril de 1998. No obstante, presenta elementos manifiestamente comunes, ya que la Decisión no. 43 apunta a la “restitución o indemnización” de los bienes confiscados, ya sea al Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (CPP), o bien a la Empresa Periodística el Clarín Lta. (EPC Lta.), cuando que la solicitud de arbitraje parece tener, al menos en parte, el mismo objeto: la parte demandante se declara, en particular, como el “titular legítimo de las 40.000 acciones de la sociedad CPP S.A.”. De aquí se

deriva que, por lo menos prima facie, la parte demandante parece tener razones válidas para preocuparse de las consecuencias, posibles o probables, de los procedimientos pendientes en Chile, los cuales se refieren también a las consecuencias de una confiscación de las acciones de esta misma sociedad CPP, S.A.

42. Procede entonces examinar con más detenimiento, habida cuenta de las circunstancias del caso y a la luz de los argumentos invocados por una y otra parte, si se reúnen en el presente caso las condiciones que justificarían la recomendación de una medida provisional. Procede además analizar, de manera paralela, si la Decisión no. 43 supondría, tal como lo pretende la parte demandante, la negación de la competencia exclusiva del Tribunal de Arbitraje en el supuesto, obviamente, de que este último llegara a la conclusión de que tiene competencia en el presente caso.

43. Según la parte demandada, el Tribunal de Arbitraje no podría o no debería recomendar la medida provisional solicitada por la parte demandante, debido principalmente a que éste último no está, según la opinión de la primera, “en posesión de un derecho actual y real”. Según las observaciones de la República de Chile presentadas el 24 de mayo de 2001 (en el apartado 8):

“La Regla 39 de las Reglas de Arbitraje exige para la aplicación de las medidas provisionales la existencia actual de un derecho que se desea proteger o salvaguardar. Hemos dicho que tal derecho debe existir, no debe ser hipotético, ni condicional ni sujeto a plazo alguno.”

44. Cabe hacer notar que esta objeción se presenta bajo el título “*Prejuzgamiento Respecto al Fondo del Asunto*”, que coincide con la tesis que figura en la misma sección de observaciones presentada por la parte demandada, según la cual:

“Recomendar una medida como la solicitada significaría para este Tribunal suponer anticipadamente que la demandante conseguirá una decisión favorable [respecto a la competencia de este Tribunal, para luego suponer, también anticipadamente, que la misma parte obtendrá una decisión favorable] en cuanto al fondo de la cuestión que ha planteado.”

45. La objeción parece surgir de un cierto malentendido sobre la naturaleza misma del sistema de medidas provisionales establecido por el Convenio de Washington, y sobre el objeto y el sentido de las medidas que un Tribunal de Arbitraje del CIADI puede ser llamado a recomendar. Obviamente no se trata de que el Tribunal de Arbitraje prejuzgue de ningún modo lo que podría ser (si se confirmara su competencia sobre el fondo del asunto) su decisión respecto del fondo de la diferencia. Pero el mecanismo del artículo 47 del Convenio y la regla de arbitraje 39 no llaman de ninguna manera a que el Tribunal “*prejuzgue derechos enteramente eventuales*”, ni a “*analizar materias ajenas a su competencia*”, ni tampoco a “*prejuzgar los eventuales resultados de un proceso que ni siquiera ha sido iniciado en cuanto al fondo*”, tal como lo piensa la parte demandada.

46. Las partes en la instancia, tienden naturalmente, en sus respectivos y opuestos argumentos, a prejuzgar, ya sea de la competencia o incompetencia, descritas como evidentes, ya sea sobre la existencia o inexistencia de los derechos alegados, también descritos como manifiestos y claros. Por su parte, el Tribunal de Arbitraje no puede, ni desea prejuzgar nada, ni siquiera, a propiamente dicho, “*suponer nada por anticipado*”. Pero como hemos visto, el Tribunal, “*si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes*”. Durante esta etapa preliminar del arbitraje, el Tribunal no puede proceder sobre la base de “presunciones”, sino más bien de hipótesis, y en especial aquella mediante la cual llegara a reconocer su competencia sobre el fondo y, en tal caso, la hipótesis en la cual los derechos que el laudo arbitral podría reconocer a una u otra de las partes involucradas en el caso estarían en riesgo de ponerse en peligro o comprometidos por la ausencia de medidas provisionales.

Resulta de la naturaleza misma de este mecanismo, que el Tribunal de Arbitraje no podría exigir, como una condición previa al otorgamiento de una recomendación, de acuerdo con la regla 39 del Reglamento, la prueba por parte del solicitante de la existencia, de la realidad o de la actualidad de los derechos que la medida solicitada pretende salvaguardar o proteger.

47. La Resolución procesal no. 2, dictada el 28 de octubre de 1999, en el caso Maffezini contra el Reino de España (CIADI ARB/97/7, decisión sobre medidas provisionales; citada por la parte demandada en el

apartado 1.1) contiene a este respecto expresiones susceptibles de prestarse a un malentendido.

En este caso se trataba de una solicitud de medidas provisionales por el Reino de España, parte demandada, tendientes a que la parte demandante depositara una caución garantizando el pago de una eventual condena en costas de la instancia, es decir, una “cautio judicatum solvi”.

La resolución, que rechaza esta solicitud, interpreta la regla de Arbitraje 39 y los términos de salvaguardia o conservación de “derechos”, como englobando derechos “existentes al momento de la solicitud” y no “hipotéticos” (párrafo 13 y sig.). Es probable que los términos utilizados propiciaron o contribuyeron a propiciar a que la parte demandada objetara que la solicitud de la parte demandante invocaba derechos no probados, inciertos e incluso “meramente hipotéticos”.

48. El argumento no encuentra fundamento en las circunstancias del presente caso.

Exigir que el derecho que se pretende salvaguardar sea existente, haya sido demostrado o comprobado “al momento de la solicitud”, puede ciertamente, en algunas circunstancias, no acarrear dificultad alguna. Sin embargo, en otras circunstancias, podría, ex natura rerum, obligar al Tribunal de Arbitraje a prejuzgar sobre el fondo, en un momento en donde precisamente no está en medida de juzgar, y bajo hipótesis en las que, por definición, la constancia o prueba de la existencia o realidad del derecho invocado no podría aportarse más que más tarde, mediante el laudo arbitral sobre el fondo del asunto.

49. A esta circunstancia se refiere por ejemplo un pasaje de la sentencia LaGrand antes citada, en el que la Corte Internacional de Justicia justifica el carácter obligatorio de las medidas provisionales, según el Estatuto, mediante “*la nécessité, lorsque les circonstances l'exigent, de sauvegarder les droits des Parties, tels que déterminés par la Cour dans son arrêt définitif*”⁵. Es evidente que, antes de esta sentencia definitiva, los derechos alegados (para los que se solicita la salvaguardia) no pueden ser

⁵ El texto en inglés dice lo siguiente: “the necessity, when the circumstances call for it, to safeguard, (...) the rights of the parties as determined by the final judgment of the Court.”

considerados (salvo mediante acuerdo) como derechos “*probados, reales o actuales*”.

50. En el caso hipotético de que la Decisión Ministerial no. 43 buscara la restitución en especie de los bienes confiscados, tal como se ha visto, ya sea a la empresa CPP S.A., o a la empresa EPC Ltda., y si la parte demandante demostrara o hiciera parecer verosímil la posibilidad de que es titular de los derechos de dichas empresas, en tal situación hipotética, se podría concebir que el Tribunal de Arbitraje estimara necesario recomendar la suspensión de una instancia, administrativa o judicial, interna. Por lo demás, parece ser que la parte demandada así lo acepta al citar (loc cit. Ad 1.1), la Resolución procesal no. 2 del 28 de octubre de 1999 en el caso Maffezini del CIADI, según la cual “*se podría ordenar una medida provisional [en este caso hipotético] que exigiera que esos bienes no pueden ser vendidos o enajenados antes de que el Tribunal de Arbitraje dicte el laudo definitivo*”.

51. No habría, en tal caso, injerencia alguna “por parte del Tribunal en los asuntos internos de un Estado soberano”, sino el ejercicio normal, por parte del Tribunal de Arbitraje del CIADI, de sus funciones internacionales y de la competencia general que le ha sido reconocida, en materia de medidas provisionales, por parte de todos los Estados parte en el Convenio de Washington (como la República de Chile, que ha subrayado con razón su voluntad de respetar sus obligaciones internacionales).

52. Está de más analizar con detalle el debate suscitado entre las partes, relativo a los poderes respectivos de la jurisdicción internacional (de un Tribunal de Arbitraje del CIADI) y aquellos de las jurisdicciones o instancias nacionales (de la República de Chile), ya sea que se traten de instancias administrativas o judiciales. No es tampoco necesario recordar los principios y la práctica respecto de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, o la regla según la cual un Estado no podría invocar su derecho interno para eximir o justificar una infracción a una de sus obligaciones internacionales.

53. A tal efecto, bastara citar la decisión clara del Tribunal del CIADI en el caso Holiday Inns contra el Gobierno de Marruecos, precedente de interés particular debido a que, al igual que en el presente caso, planteaba, en especial, la cuestión de las relaciones entre una instancia interna, competente según la ley nacional del Estado parte en el arbitraje internacional, y la instancia internacional a quien se sometió la diferencia

(esto aún cuando la competencia del tribunal de arbitraje había sido objetada).

54. En la decisión del 12 de mayo de 1974, el Tribunal de Arbitraje en este caso Holiday Inns declaró lo siguiente, a propósito de las competencias respectivas, por una parte, de los tribunales marroquíes, y por la otra del Tribunal del CIADI (y esto en una decisión en la que se precisa que ésta constituye el “desarrollo natural” de la decisión dictada por el Tribunal de Arbitraje el 2 de julio de 1972, sobre su competencia en materia de medidas provisionales). Tras constatar que “*les tribunaux marocains pourraient... être saisis de questions que le Tribunal Arbitral de son côté serait également appelé à trancher*”⁶, la decisión precisa lo siguiente:

*“Dans une hypothèse ainsi spécifiée les tribunaux marocains devraient surseoir à statuer jusqu’à ce le Tribunal Arbitral ait tranché ces questions, et si ce dernier les avait déjà tranchées, les tribunaux marocains devraient se ranger à son opinion. Toute autre solution mettrait ou risquerait de mettre en cause la responsabilité de l’Etat Marocain, et menacerait le principe de la primauté des procédures internationales par rapport aux procédures internes”*⁷.

55. En ese sentido y siguiendo la misma idea, el Tribunal de Reclamaciones Irano–Americano (en el caso E-Systems contra la República Islámica de Irán, citado por Brower y Goodman, op.cit. página 431 y ss., y páginas 448–449), declaró que:

« ... Not only should it be said that the award to be rendered in this case by the Tribunal which was established by Inter-governmental agreement, will prevail over any decisions inconsistent with it rendered by Iranian or United States Courts, but,

⁶ Esta decisión se dictó en francés e inglés únicamente. El texto en inglés dice lo siguiente: “The Moroccan tribunals could ... be faced with questions which the Arbitral Tribunal for its part would equally be called upon to decide.”

⁷ El texto en inglés dice lo siguiente: “In such a hypothetical situation the Moroccan tribunals should refrain from making decisions until the Arbitral Tribunal has decided these questions or, if the Tribunal had already decided them, the Moroccan tribunals should follow its opinion. Any other solution would, or might, put in issue the responsibility of the Moroccan State and would endanger the rule that international proceedings prevail over internal proceedings.”

in order to ensure full effectiveness of the Tribunal's decisions, the Government of Iran should request that actions in the Iranian Court be stayed until proceedings in this tribunal have been completed”.

56. Es obvio que los pasajes citados de esas dos decisiones pueden aplicarse, prima facie, por analogía al presente caso, en dónde la parte demandada, si bien ha afirmado claramente su respeto a las obligaciones internacionales, parece oponer su jurisdicción y su derecho internos a una (eventual) competencia del Tribunal de Arbitraje del CIADI y a los poderes de éste último en materia de medidas provisionales.

57. En este contexto, procede evocar el argumento de la parte demandante, según el cual, el procedimiento que se desarrolla en Chile con base en la ley no. 19.568 sobre la restitución de bienes confiscados, y en el cual se sitúa la Decisión Ministerial no. 43, no sólo constituiría “una amenaza al procedimiento de arbitraje”, sino también el “desconocimiento total” o la “negación de la competencia exclusiva del Tribunal de Arbitraje de resolver las cuestiones que le han sido planteadas”.

Si quedara demostrado el argumento, podría concluirse con certeza que el asunto “de la propiedad de las acciones de la sociedad CPP S.A.” (véase carta del abogado de la parte demandante del 23 de abril de 2001, página 5) era ciertamente el objeto, por lo menos principal o esencial, tanto de la Decisión no. 43 y de su procedimiento de ejecución, como del procedimiento sometido ante el CIADI el 3 de noviembre de 1997 y registrado el 20 de abril de 1998.

58. Al dar lectura al texto de la Decisión Ministerial no. 43 parece obvio que la cuestión de la propiedad de las acciones ha sido objeto de varias consideraciones y motivos, en especial del motivo siguiente: “que consta que los inmuebles materia de las solicitudes fueron enajenados por el Fisco a distintos títulos, siendo por otra parte materialmente imposible la restitución de los bienes muebles confiscados ...”.

Por otra parte la Decisión no. 43 implica ciertamente, respecto de la admisibilidad de varias solicitudes, reconocer a varias personas la calidad de accionistas o la calidad de causahabientes o titulares de derechos de accionista y, por ende, como consecuencia lógica, al menos de manera

indirecta, implica la negación de la calidad de accionista de los demandantes en el presente arbitraje (por lo menos si se tratare de las mismas acciones). Pero tal Decisión tiene por objeto conceder “*una indemnización de bienes específicos*”, bienes que al parecer forman parte, por lo menos prima facie, de aquéllos que la parte demandante pretende que le fueron confiscados durante el régimen militar chileno, es decir, las mismas confiscaciones invocadas tanto por la parte demandante en el marco del CIADI, como por los diferentes solicitantes que recurrieron al procedimiento establecido por la ley 19.568, aplicada por la Decisión no. 43.

59. Resulta de las consideraciones anteriores y del análisis de la Decisión Ministerial no. 43 que esta decisión, abstrayéndonos de su carácter administrativo más que judicial, no decide, en su parte dispositiva, el mismo litigio que la parte demandante quiso someter a la competencia del Tribunal de Arbitraje del CIADI, aún cuando algunos de sus motivos parecen ser susceptibles de afectar, por lo menos indirectamente, los intereses que invoca la parte demandante. Incluso si suponemos que la Decisión no. 43 es de carácter definitivo en el marco del derecho interno chileno, tal decisión no ha “decidido definitivamente” y con fuerza de cosa juzgada, el asunto de la propiedad de las acciones, sino más bien ha dictaminado o propuesto un cierto número de indemnizaciones sobre la base de motivos que de hecho implican o presuponen la toma de una postura respecto a dicha propiedad.

60. A juzgar por su texto, tal parece que esta decisión no es oponible a la parte demandante como una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada. Si aceptamos los argumentos de la parte demandante (del 23 de abril de 2001), el hecho de que la parte chilena haya presentado (el 5 de mayo de 2000 durante sus alegatos sobre la competencia) la Decisión no. 43 “como un elemento que modifica sustancialmente las circunstancias del litigio” no es determinante, sino simplemente indicativo de una interpretación unilateral que, al igual que la interpretación de la parte contraria, no podría substituirse al análisis del Tribunal de Arbitraje.

En todo caso, y habida cuenta del “principio de la primacía de los procedimientos internacionales respecto de los procedimientos internos” recordado mediante las citas antes mencionadas, esa decisión no podría vincular al Tribunal de Arbitraje, ni prevalecer sobre la decisión que éste

último pudiera dictar, en el caso hipotético de que se reconociere competente para ello.

61. Esta consideración es más que suficiente para hacer innecesaria o inadecuada la recomendación de la medida provisional solicitada por la parte demandante, tendiente a “obtener que la República de Chile deje en suspenso la ejecución de la decisión del Ministro de Bienes Nacionales del 28 de abril de 2000, conocida como “Decisión no. 43”.

62. Cabe mencionar en este contexto que las partes no coinciden en cuanto a la naturaleza exacta de las pretensiones de la parte demandante sobre el objeto del litigio.

La parte demandada objetó (en las observaciones del 24 de mayo de 2001, apartado 1.1 y transcripción de los alegatos de defensa del 21 de junio de 2001, página 42) que “*la pretensión de la parte demandante...se refiera a una obligación de género, es decir, a una indemnización monetaria y no a bienes específicos*”. Deduce que la medida provisional solicitada no se justifica debido a que “*en caso de que Chile fuese condenado, su obligación es una de género y deberá cancelarse mediante fondos públicos...incluso si las indemnizaciones fueron anteriormente pagadas a otros peticionarios*”. La parte demandada añade que “*la medida provisional podría ser pertinente en el caso de bienes específicos en litigio cuya propiedad*” estuviera en disputa - este podría ser el caso si la Decisión Ministerial no. 43 tuviera por objeto determinar la propiedad de las acciones de las empresas CCP S.A. y Clarín Ltda., lo que, como ya lo hemos visto, no es el caso.

63. Tratándose de una decisión que se refiere a indemnizaciones, no es de cualquier manera, como se indicó anteriormente, oponible a la parte demandante y, por consecuencia, no ocasiona (por lo menos directamente) daños a ésta última. En caso contrario, el Tribunal de Arbitraje no podría considerar dicho daño como irreparable, dado que, tal como lo ha señalado con justa razón la parte demandada, en el caso hipotético en que “Chile fuese condenado” respecto al fondo del asunto (por un Tribunal de Arbitraje del CIADI que se reconozca competente), la consecuencia práctica para Chile, principal o exclusiva, no podría ser más que, ya sea la obligación de restituir a sus legítimos propietarios las acciones reivindicadas (o sea una restitución en especie), o bien, en caso de imposibilidad de una “*restitutio in integrum*”, la obligación de indemnizar.

64. Por su lado, la parte demandante cuestionó que sus pretensiones persigan una “obligación de género”, recalcando en particular que la indemnización no era más “que lo que pendía de la inversión en divisas y del derecho de propiedad” (observaciones del expediente de alegatos de la parte demandante del 21 de junio de 2001, página 2) y que el derecho de propiedad del señor Pey Casado había sido “reconocido en varias ocasiones por el Gobierno de Chile” (mismo expediente, página 8 y subsiguientes).

65. En el marco de la presente decisión sobre la solicitud de medidas provisionales, resulta superfluo tomar partido por cualquiera de estas tesis contradictorias y pronunciarse sobre la naturaleza exacta de los derechos reivindicados y a salvaguardar. Trátese o no de una “obligación de género”, la Decisión Ministerial no. 43 y su ejecución en Chile no tienen consecuencias tales que puedan afectar, ya sea la competencia del Tribunal de Arbitraje del CIADI, o los derechos alegados por la parte demandante en su solicitud de medidas provisionales a tal grado que, según opina el Tribunal, sea “necesario” pronunciar las medidas provisionales solicitadas en relación con la Decisión Ministerial no. 43 y su ejecución.

66. Por razones análogas, es superfluo pronunciarse sobre los argumentos adicionales invocados por las partes, en favor o en contra de la medida provisional solicitada. Dada la ausencia, según el Tribunal, de una de las condiciones requeridas para la recomendación solicitada, no procede continuar el análisis mediante un debate de carácter teórico.

* * *

III. De otras medidas provisionales

67. Antes de pasar a estudiar la medida provisional solicitada por la parte chilena, conviene abordar otro aspecto de la solicitud presentada por la parte demandante, cuya índole es más general y menos específica que la solicitud de suspensión de la ejecución de la Decisión no. 43. Se trata del principio general, frecuentemente afirmado en la jurisprudencia internacional, judicial o arbitral, en virtud del cual “*cualquiera de las partes en un litigio tiene la obligación de abstenerse de todo acto u omisión susceptibles de agravar el litigio o de hacer más difícil la ejecución del laudo a intervenir*”. De ahí que la parte demandante haya sostenido (por ejemplo en los alegatos del 21 de junio de 2001) que una recomendación era “*necesaria a fin de no agravar la diferencia*”, lo que haría indefectiblemente, en

su opinión, tanto la ejecución de la Decisión no. 43, así como la persistente negativa por parte de las autoridades chilenas de tomar en cuenta sus protestas y explicaciones, o de reconocer la competencia del Tribunal de Arbitraje en los términos del Convenio de Washington y del Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Chile.

68. Cabe notar que, si bien la parte demandada objetó las alegaciones de los demandantes, así como la necesidad u oportunidad de las medidas solicitadas por los demandantes, no cuestionó en lo absoluto, ni el principio general invocado, ni el poder del Tribunal de Arbitraje para ordenar las medidas provisionales que fuesen apropiadas a fin de evitar la agravación o la extensión de la diferencia. Al contrario, la parte demandada se valió en otro contexto del mismo principio. De esta manera, en sus observaciones del 21 de mayo de 2001 dirigidas al CIADI, a la atención de los miembros del Tribunal de Arbitraje, hace referencia en varias ocasiones (páginas 7 y 10) a una Nota de la regla 39 en la publicación de 1982, página 105, del Reglamento del CIADI, según la cual: “*Las partes no deben tomar medidas que puedan agravar o ampliar su diferencia u obstaculizar la ejecución del laudo*”. Y considera en particular que (página 2) “*la recomendación de la medida provisional solicitada por la contraparte significa un agravamiento del presente juicio arbitral*”.

69. Las partes, por ende, coinciden en admitir la pertinencia, en materia de medidas provisionales, del principio general de derecho que acaba de ser citado. Y con justa razón. En efecto, este principio fue indiscutiblemente consagrado desde hace varios decenios por la jurisprudencia internacional, y en especial desde el precedente sentado en el célebre caso Compañía de Electricidad de Sofía y de Bulgaria (medidas provisionales), Orden del 5 de diciembre de 1939 de la Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A/B—fasc. no. 79, página 199, caso en el cual la Corte indicó provisionalmente que, “en espera de [su] sentencia definitiva”, el Estado búlgaro debería velar

*”à ce qu’il ne soit procédé à aucun acte, de quelque nature qu’il soit, susceptible de préjuger des droits réclamés par le Gouvernement Belge ou d’aggraver ou d’étendre le différend soumis à la Cour ”.*⁸

⁸ El texto en inglés dice lo siguiente: “should ensure that no step of any kind is taken capable of prejudicing the rights claimed by the Belgian Government or of aggravating or extending the dispute submitted to the Court.”

70. De la misma manera, en el caso de la Anglo-Iranian Oil Company (solicitud de indicación de medidas provisionales, Reino Unido-Irán), la orden del 5 de julio de 1951 de la Corte Internacional de Justicia indicó a título provisional las siguientes medidas provisionales:

« (1) *que le Gouvernement de l'Iran et le Gouvernement du Royaume Uni veillent chacun à empêcher tout acte qui pourrait préjuger les droits de l'autre Partie à l'exécution de l'arrêt que la Cour peut être appelée à rendre au fond;*

(2) *que le Gouvernement de l'Iran et le Gouvernement du Royaume Uni veillent chacun à empêcher tout acte, de quelque nature qu'il soit, qui pourrait aggraver ou étendre le différend soumis à la Cour. »*⁹

71. En un caso más reciente, mediante la Orden del 1 de julio de 2000, caso de actividades armadas en el Territorio del Congo (República Democrática del Congo contra Uganda), medidas provisionales, la Corte Internacional de Justicia recordó incidentalmente que el artículo 41 de su Estatuto le daba también el poder de indicar medidas provisionales a fin de impedir la agravación o extensión de una diferencia cuando las circunstancias lo exijan.”

72. El mismo poder fue confirmado, en el marco de arbitrajes del CIADI, por ejemplo, al menos de forma implícita, por ejemplo en el caso Holiday Inns antes citado (cf. Georges R. Delaume, ICSID Tribunal and Provisional Measures—A Review of the Cases, ICSID Review volumen 1, n° 2, otoño de 1986, página 392 ; Paul D. Friedland, op. cit., página 336, que menciona en la página 338 que “. . . *international legal precedent . . . permit provisional measures in cases of aggravated tension, even if the conduct at issue did not affect the particular rights in dispute*”; consúltese también C. Schreuer, op. cit., n° 68–70, que cita la resolución de Amco contra

⁹ El texto en inglés dice lo siguiente: “(1) That the Iranian Government and the United Kingdom Government should ensure that no acting is taken which might prejudice the rights of the other Party in respect of the carrying out of any decision on the merits which the Court may subsequently render;

(2) That the Iranian Government and the United Kingdom Government should each ensure that no acting of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court.”

Indonesia (página 241), en donde el Tribunal de Arbitraje rechazó la solicitud, principalmente debido a que no había agravación o extensión alguna del litigio). Esta último laudo contiene, a pesar de sus varias ambigüedades, una clara referencia al principio que nos ocupa, mencionado como:

“the good and fair practical rule, according to which both Parties to a legal dispute, should refrain, in their own interest, to do anything that could aggravate or exacerbate the same, thus rendering its solution possibly more difficult.”

73. Corresponde al Tribunal, habida cuenta de las circunstancias del presente caso y de los análisis que preceden, decidir si existe el riesgo de agravamiento o extensión del litigio, incluso también de una evolución susceptible de hacer más difícil la ejecución de un eventual laudo (en el caso hipotético, reiterémoslo, de que el Tribunal se reconociera competente) y por consiguiente comprometer los derechos que mediante éste llegaran a reconocerse a una u otra de las partes.

Resulta de lo anterior, que en opinión del Tribunal de Arbitraje, esta cuestión debe resolverse indiscutiblemente por la vía afirmativa.

74. El Tribunal de Arbitraje opina que los elementos de hecho que se resumen en la primera parte de la presente decisión, y el comportamiento de las dos partes en el procedimiento, establecen claramente la existencia de un estado de tensión, que es misión de los Árbitros buscar disminuir durante la duración del procedimiento o, al menos, de la cual deben tratar de prevenir la agravación.

75. Tal estado de tensión se explica, por lo menos en parte, por el origen y contexto políticos del litigio, nacidos de confiscaciones realizadas por el régimen militar chileno de las empresas CPP y Clarín y de la compensación prometida o debida a los afectados. Se hace notar también las críticas y comentarios de tono acerbo intercambiados entre las partes, que se acusaron, por ejemplo, de fraude o de impostura, de manipulaciones legislativas o administrativas, e incluso de obstrucción.

76. Dado el clima de casi total incomprensión recíproca, podría temerse que ocurran actos o comportamientos unilaterales, que adquiri-

rían diversas formas—tales como, por parte de los demandantes, campañas hostiles de prensa o, por parte del demandado, decisiones de las Autoridades judiciales o administrativas. Este último riesgo parece ser más importante por la convicción, afirmada por el Gobierno en cuestión, tal como lo hemos visto, que el litigio tendría un carácter estrictamente interno y que el Tribunal del CIADI no sería competente.

Es posible que así sea. Pero también es posible que el Tribunal de Arbitraje llegue a la conclusión opuesta, y dicte un laudo sobre el fondo del asunto, cuya ejecución podría volverse más difícil, sino imposible, debido a las medidas unilaterales que mientras tanto habría tomado el Estado demandado—situación cuya naturaleza comprometería la responsabilidad internacional de ese Estado, tal como fue mencionado con anterioridad, por ejemplo en el caso Holiday Inns contra el Gobierno de Marruecos.

77. Por tales motivos y habida cuenta de las circunstancias, el Tribunal de Arbitraje juzga necesario instar a las dos partes, a título precautorio, a que consideren las diversas hipótesis posibles y a que cada cual—citando las palabras de la Corte Internacional de Justicia (caso Anglo–Iraní, resolución del 5 de julio de 1951, página 93) “à empêcher tout acte qui pourrait préjuger les droits de l’autre Partie à l’exécution de [el laudo] que [el Tribunal de Arbitraje] peut être appelé à prendre au fond et à empêcher tout acte, de quelque nature qu’il soit, qui pourrait aggraver ou étendre le différend ”.¹⁰

* * *

IV. De la solicitud presentada por la parte demandada (para obtener una garantía del pago de costas).

78. Valiéndose de la “Regla de Arbitraje 39” del CIADI, mediante comunicación de fecha 13 de septiembre de 1999 dirigida al Tribunal de Arbitraje, el Estado de Chile “solicitó al Tribunal que tuviera a bien

¹⁰ El texto en inglés dice lo siguiente: “ensure that no action of any kind is taken which might prejudice the rights of the other Party in respect of the carrying out of any [laudo] which [el Tribunal de Arbitraje] may subsequently render and ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court.”

decretar la constitución de garantías suficientes para cubrir las costas a que pudiere ser condenada a pagar ... la contraparte”.

Por una parte, la parte demandada estima que *“el Tribunal considerará la alta probabilidad de condenar en costas”* a la parte demandante. Por otra parte, argumenta que la Fundación Presidente Allende *“prácticamente no realiza actividades y...no tiene patrimonio alguno”*, mientras que Víctor Pey Casado no parece gozar de una situación económica sustancial.

79. Teniendo en cuenta las *“dudas fundadas”* que la parte demandada tiene *“respecto de la solvencia de la parte demandante”* para cubrir las costas del procedimiento y su *“inquietud legítima”* al respecto, el Estado de Chile destaca la ausencia de una *“contraparte solvente a quien exigir los pagos a que pueda dar lugar el cumplimiento de una sentencia que acoja nuestros planteamientos”* y en particular un laudo que condene a costas a la parte demandante.

En términos más generales, la parte demandada insiste en los “gastos importantes” requeridos para la organización de su defensa en la presente instancia, y en el “grave precedente” que esta instancia pudiera constituir para los Estados importadores de capitales extranjeros, dada la facilidad con la cual se puede presentar una solicitud de arbitraje.

80. Por lo que respecta a la parte demandante, se opone a esta solicitud de medidas provisionales, que le parece “infundada puesto que se refiere a derechos no existentes, derechos potenciales y además. . . prejuzga” la decisión del Tribunal (expediente de alegatos del 21 de junio de 2001, trascipción página 11).

Se hace notar a este respecto que esta argumentación es idéntica a la que la parte demandada argumento para oponerse a la solicitud de suspender la Decisión no. 43, ya que aduce que el Tribunal de Arbitraje no podría recomendar más que medidas provisionales que salvaguarden derechos actuales, reconocidos como existentes, etc. Sin embargo se estableció previamente que esta postura es errónea y se fundamenta en un malentendido respecto del sistema mismo de medidas provisionales del Convenio de Washington y de las Reglas de Arbitraje (basta con remitirse a lo expuesto con anterioridad (por ejemplo los apartados 43 a 50)).

81. En sus observaciones del 24 de mayo de 2001, la parte demandada estimó que la adopción de medidas provisionales exigía “*la existencia actual*” del derecho que se deseaba proteger, derecho que no debía ser “*hipotético ni condicional ni sujeto a ningún tipo de demora*”. Es obvio que si este mismo criterio debiera aplicarse a la solicitud chilena de medidas provisionales con el fin de garantizar su derecho (hipotético) al pago de eventuales costas, a las que condenaría un laudo sobre el fondo del asunto a la parte demandante, este criterio llevaría a rechazar la solicitud de garantía. No obstante, el Tribunal de Arbitraje consideró que este criterio no había sido admitido, a favor de ninguna de las partes. De ello resulta, que la objeción de la parte demandante, referente al carácter evidentemente hipotético del derecho del Estado de Chile al pago de costas, debe ser descartada. Esto no sería suficiente para rechazar la solicitud que busca el pago de una garantía como medida precautoria.

82. Queda examinar si la solicitud está permitida en los textos aplicables, es decir, en el artículo 47 del Convenio de Washington y en la regla de arbitraje 39 y, en caso afirmativo, si tal solicitud se justifica o se justificaría en virtud de las circunstancias del presente caso.

Referente a la primera pregunta, el Tribunal hace constar que ninguno de los textos aplicables prevé expresamente la posibilidad de medidas provisionales tendientes al pago de un tipo de “*cautio judicatum solvi*”, es decir, para el posible pago de una garantía contra la eventual insolvencia de la parte que llegara a ser condenada en costas, situación próxima a, una más amplia, la de la garantía previa al pago de la suma a la cual una parte podría ser condenada a cubrir sobre el fondo del asunto («*pre-judgment security*»; cf. por ejemplo Paul D. Friedland, op. cit., en *Arbitration International* 2, n° 4, octubre de 1986, página 347–350).

83. Ya se ha aludido al carácter muy amplio y variado de medidas provisionales posibles en el régimen del CIADI, y a la voluntad de Autores de textos aplicables de renunciar a la elaboración de una lista precisa de medidas a disposición de un Tribunal de Arbitraje (véase supra no.15). Empero, resulta sorprendente que una cuestión tan práctica como lo es la garantía del pago de costas, en particular por parte del inversionista demandante de la instancia, haya podido escapar a la atención de los autores del Convenio de Washington y de las Reglas (a diferencia del pago de costas por un Estado que no suscita problema alguno habida cuenta a la vez de la solvencia del Estado, subrayada con justa razón por la parte

demandada, y del carácter internacionalmente obligatorio y ejecutorio de los laudos arbitrales del sistema del CIADI).

84. La República de Chile subrayó el riesgo que corren los Estados que forman parte del Convenio de Washington, debido a la posible insolvencia del inversionista que inicia la instancia; la observación sin duda merece analizarse (aunque la eventual inejecución de un laudo relativo a costas es más teórico que práctico, sobre todo si, como ocurre en este caso, el sistema del Convenio de Washington se ve reforzado por un tratado bilateral como el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la Protección y Fomento Recíproco de las Inversiones).

85. Si el riesgo evocado, por la parte demandada no podría ser ignorado, puede pensarse que tanto los autores del Convenio de Washington, como los Estados que lo han ratificado (como Chile) tampoco no pudieron haberlo ignorado. Les hubiese sido fácil, si pretendían protegerse contra dicho riesgo, prever en el Convenio o en las Reglas de Arbitraje la inserción de una disposición apropiada. Podemos suponer que si no lo hicieron, es que el susodicho riesgo les pareció mínimo o posible de asumir.

86. En resumen, la ausencia de todo texto sobre la garantía de pago de costas, sin que sea decisiva por sí sola, parece acarrear una cierta presunción de que la medida no está prevista ni autorizada. En otras palabras, no hay nada en el sistema del Convenio que indique que la solicitud presentada por un inversionista no debería de considerarse como admisible más que a condición de que la parte demandante establezca su propia solvencia. Tal restricción a la protección de inversiones podría ciertamente concebirse, pero habría podido y debido ser prevista expresamente, ya sea en el Convenio de Washington o en el Tratado bilateral entre Chile y España, antes mencionado.

En conclusión, a falta de toda indicación contraria, se puede pensar que los Estados parte al Convenio de Washington de 1965, que sin duda pudieron y debieron prever, antes de decidirse a ratificar el Convenio, la eventual insolvencia del inversionista demandante, evaluaron y asumieron el riesgo que la parte demandada de este arbitraje ha descrito.

De esta primera conclusión provisional se puede deducir únicamente que la recomendación de exigir "caución" para el pago de costas eventuales no podría admitirse como una medida general y ordinaria.

87. El examen del derecho internacional de arbitraje y de la práctica comparada de los Estados en la materia no conduce a una conclusión diferente (sobre este punto véase O. Sandrock “The Cautio Judicatum Solvi in Arbitration Proceedings or the Duty of an Alien Claimant to provide Security for the Course of the Defendant”, en el *Journal of International Arbitration*, vol. 14, n° 2, 1997, páginas 17–37). El cuadro en el que se gestan las prácticas judiciales nacionales es bastante contradictorio, así como poco concluyente en materia de arbitraje, ya que la calidad de extranjero o de no domiciliado de la parte demandante no puede tener el mismo alcance que ante un juez nacional.

A fin de cuentas, la parte demandada en este caso no ha argüido que la institución “cautio judicatum solvi” sea conocida o utilizada en procedimientos en Chile (la parte demandante sostuvo, dicho sea de paso, que no era así).

Además, tampoco se adujo que en el procedimiento interpuesto en Chile por el señor Pey Casado (ante el Tribunal de Instancia de Santiago, Primer Juzgado) en el caso de la rotativa Goss, se haya invocado dicha excepción.

88. De cualquier manera, teniendo en cuenta las observaciones generales antes formuladas sobre medidas provisionales (véase el no. 15) y la falta de una respuesta indiscutible resultante de los textos, no ha lugar a desconocer la facultad de un Tribunal de Arbitraje del CIADI para recomendar que, en circunstancias particulares, se deposite una garantía que proteja a la parte demandada contra el incumplimiento del pago de costas eventuales en caso de insolvencia de la parte demandante. Así, en el caso *Atlantic Triton contra Guinea* (véase Paul D. Friedland, op.cit., página 347 y ss ; C. Schreuer op. cit., página 233), el Tribunal de Arbitraje, si bien rechazó la solicitud de las dos partes para que la parte contraria presentara garantías financieras, “affirms that recommendation of such measures would clearly be within its mandate under article 47 of the Convention”. La “jurisprudencia” del CIADI es muy escasa al respecto y según uno de los pocos autores que se han pronunciado en esta materia (Paul D. Friedland, op. cit., página 348):

“The Atlantic Triton decision thus establishes that prejudgment security to insure payment of an eventual award [lo que incluye la cuestión del pago de costas] will not be granted in

the ordinary course of ICSID arbitration . This result is undoubtedly appropriate... ... (Ver también la Resolución Procesal no. 2 del Tribunal de Arbitraje presidido por el Sr. Francisco Orrego Vicuña del 28 de octubre de 1999 en el Caso Maffezini (Caso CIADI ARB/97/7)).

89. Para concluir, el Tribunal de Arbitraje estima que las circunstancias de la causa no justifican la recomendación de la solicitud requerida por la parte demandada. En efecto, si bien el riesgo de incumplimiento de pago ha sido argumentado en términos generales, no se demostró ni se hizo particularmente probable o verosímil de que exista dicho riesgo en este caso y, de suponerlo establecido, que haga necesaria la recomendación de la medida provisional solicitada.

POR TALES MOTIVOS,

El Tribunal de Arbitraje,

1) deniega la solicitud de medidas provisionales de la parte demandante relativa a la Decisión Ministerial no. 43 y a la suspensión de su ejecución;

2) deniega la solicitud de medidas provisionales de la parte demandada relativa al depósito de una garantía por la parte demandante para el pago de costas eventuales que dictaría, en su caso, una laudo arbitral definitivo sobre el fondo del asunto;

3) Toma nota con satisfacción del compromiso que le han renovado los representantes de Chile, en cuanto a la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno y su compromiso reiterado de ejecutar sin ninguna dificultad cualquier laudo que el Tribunal de Arbitraje podría pronunciar, incluso en la hipótesis en que el Tribunal admitiría su competencia y se pronunciaría respecto al fondo del asunto a favor de una indemnización para la parte demandante;

4) invita a las partes a respetar estrictamente el principio general de derecho según el cual cualquier parte en un litigio tiene la obligación de velar, por que se impida todo acto que pudiera prejuzgar los derechos de

la otra parte al momento de la ejecución del laudo que el Tribunal de Arbitraje pudiera ser llamado a dictar sobre el fondo del asunto, y por que se impida todo acto, de cualquier naturaleza, que pudiera agravar o extender la diferencia sometida al Tribunal de Arbitraje;

5) invita a las partes a informar al Tribunal de Arbitraje de todo hecho o evolución de la situación que llegue a su conocimiento y que fuera susceptible de afectar el respecto del principio antes citado;

6) se reserva la continuación del procedimiento.

Paris, a 25 de septiembre de 2001

Juez Mohammed Bedjaoui

Embajador Galo Leoro Franco

Profesor Pierre Lalive
Presidente