

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, EE.UU.
Teléfono: (202) 458-1534 Facsímiles: (202) 522-2615 / (202) 522-2027
<http://www.worldbank.org/icsid>

CERTIFICADO

Sociedad Anónima Eduardo Vieira

c.

República de Chile

Caso CIADI No. ARB/04/7

Por medio del presente certifico que el documento adjunto es copia fiel del Laudo del Tribunal de Arbitraje de fecha 21 de agosto de 2007 y de la Opinión disidente de un miembro del Tribunal, dictados en el idioma castellano.



Ana Palacio
Secretaria General

Washington, D.C., 21 de agosto de 2007

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Washington, D.C.

LAUDO DICTADO

En el arbitraje de

Sociedad Anónima Eduardo Vieira
(Demandante)

c.

República de Chile
(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/04/7

Miembros del Tribunal:

Claus von Wobeser, Presidente
Susana B. Czar de Zalduendo, Árbitro
W. Michael Reisman, Árbitro

Secretaria del Tribunal
Gabriela Álvarez Ávila

Representando a la Demandante

Dr. Raúl Emilio Vinuesa
Silvina González Napolitano
Gisela Makowski
Gabriel Bottíni

Estudio Vinuesa & Asociados,
Buenos Aires, Argentina

Representando a la Demandada

Andrés Jana L
Rodrigo P. Correa G.
Ximena Fuentes T.
Angie Armer R.
Rodrigo Gil L

Álvarez, Hinzpeter, Jana & Valle,
Santiago, Chile

Paolo Di Rosa
Ronald E.M. Goodman

Winston & Strawn LLP
Washington, D.C.

Fecha de envío: 21 de agosto de 2007

ÍNDICE

I.	ANTECEDENTES PROCESALES	3
II.	HECHOS RELEVANTES A LA CONTROVERSIA SOBRE LA OBJECCIÓN A LA JURISDICCIÓN	8
III.	PLANTEAMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE	23
IV.	CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO PLANTEADAS POR LAS PARTES EN TORNO A LA OBJECCIÓN A LA JURISDICCIÓN	25
A.	OBJECCIÓN A LA JURISDICCIÓN <i>RATIONE TEMPORIS</i>	25
a)	Consideraciones Expuestas por la República de Chile.....	25
b)	Consideraciones Expuestas por VIEIRA.....	30
1.	Inadmisibilidad de la Objeción a la Jurisdicción con Fundamento en la Doctrina de los Actos Propios y el Principio de <i>Estoppel</i>	31
2.	Improcedencia de la Relación de Hechos de la Demandada	32
3.	Consideraciones en torno a la Jurisdicción <i>Ratione Temporis</i>	33
c)	Manifestaciones Adicionales de Ambas Partes	42
1.	Manifestaciones Adicionales de la República de Chile.....	42
2.	Manifestaciones Adicionales de VIEIRA.....	51
d)	Análisis Jurisdiccional del Tribunal	61
1.	Improcedencia General de la Objeción a la Jurisdicción - El Principio de <i>Estoppel</i> y la Doctrina de Actos Propios.	64
2.	Determinación de los Hechos y Reclamos relativos a la Controversia Jurisdiccional	69
3.	Consideraciones del Tribunal en torno a la Jurisdicción <i>Ratione Temporis</i>	71
4.	El Concepto de Controversia y Reclamación a la Luz del Artículo 2 del ACUERDO	73
5.	El Momento en que Surge la Controversia – Negativa para Pescar en Aguas Exteriores.....	84
6.	La Existencia de Una sola Controversia.....	91
B.	OBJECCIÓN A LA JURISDICCIÓN <i>RATIONE MATERIA</i>	108
V.	COSTAS	108
VI.	DECISIÓN	109

El Tribunal, después de haber considerado las presentaciones escritas y orales de las partes y haber realizado sus deliberaciones, dicta el presente laudo:

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 5 de noviembre de 2003, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o “Centro”) recibió de la Sociedad Anónima Eduardo Vieira (“VIEIRA” o “DEMANDANTE”), una solicitud de arbitraje contra la República de Chile (“CHILE” o “DEMANDADA”) de fecha 30 de octubre de 2003. Con fecha 7 de noviembre de 2003, el Centro acusó recepción de la solicitud de arbitraje y transmitió copia de la misma a la República de Chile, de acuerdo con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (“Reglas de Iniciación”).

2. En su solicitud, la DEMANDANTE invoca las disposiciones del Acuerdo entre la República de Chile y el Reino de España para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones, suscrito el 2 de octubre de 1991 y vigente a partir del 29 de marzo de 1994 (“ACUERDO” o “TRATADO”).

3. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 36(3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio de Washington” o “Convenio CIADI”), el 27 de febrero de 2004, el Secretario General Interino del Centro registró la solicitud. En la misma fecha, de acuerdo con la Regla 7 de las Reglas de Iniciación, el Secretario General Interino

notificó a las partes el registro de la solicitud y las invitó a que procedieran a constituir un tribunal de arbitraje en cuanto les fuera posible.

4. No habiendo logrado las partes un acuerdo respecto al método de constitución del Tribunal de Arbitraje, el 26 de mayo de 2004, la DEMANDANTE solicitó que el mismo se constituyera de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI y la Regla 2(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (“Reglas de Arbitraje”), es decir, con tres árbitros designados uno por cada una de las partes y el tercero, quien presidiría el Tribunal, de común acuerdo. En la misma fecha, la DEMANDANTE nombró como árbitro a la Profesora Susana Czar de Zalduendo, de nacionalidad argentina. Con fecha 17 de junio de 2004, luego de que la DEMANDANTE solicitara la aplicación del Artículo 38 del Convenio CIADI, la DEMANDADA nombró como árbitro al Profesor W. Michael Reisman, nacional de los Estados Unidos.

5. El 10 de septiembre de 2004, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró, con el acuerdo de las partes, al señor Claus von Wobeser, de nacionalidad mexicana, como el tercer árbitro y presidente del Tribunal de Arbitraje.

6. Conforme a lo dispuesto en la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje, el 24 de septiembre de 2004, el Secretario General Interino notificó a las partes que los tres árbitros habían aceptado su nombramiento y que, en consecuencia, el Tribunal se consideraba constituido en esa fecha. En el mismo acto, según lo establecido en la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las partes que

la señora Gabriela Álvarez Ávila, Consejera Jurídica Superior del CIADI, actuaría como Secretaria del Tribunal de Arbitraje.

7. El 13 de octubre de 2004, la señora Claudia Frutos-Peterson fue designada temporalmente como Secretaria del Tribunal de Arbitraje, en sustitución de la señora Gabriela Álvarez Ávila.

8. De conformidad con la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje y al acuerdo de las partes, la primera sesión del tribunal con las partes fue celebrada el 15 de diciembre de 2004 en Washington, D.C.

9. En representación de la DEMANDANTE asistieron el señor Raúl Emilio Vinuesa, del Estudio Vinuesa & Asociados de Buenos Aires, Argentina y el señor Gabriel Bottíni. En representación de la DEMANDADA asistieron los señores Andrés Jana Linetzky y Rodrigo Correa González, del estudio de abogados Álvarez Hinzpeter Jana & Valle de Santiago de Chile, Chile y los señores Ronald E. M. Goodman y Paolo Di Rosa, del estudio de abogados Winston & Strawn LL.P. de Washington, D.C. También asistieron en representación de la DEMANDADA los señores Claudio Castillo Castillo, de la División Jurídica del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de la República de Chile y el señor Eduardo Escalona Vásquez y la Señora María Teresa Pino Aldunate, ambos de la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción de la República de Chile.

10. Durante la primera sesión del Tribunal, las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal se había constituido de conformidad con el Convenio de Washington y con las Reglas de Arbitraje del CIADI y que no tenían objeción alguna respecto a sus miembros. Asimismo, se acordó que el procedimiento se llevaría a cabo de acuerdo con las Reglas de Arbitraje en vigor desde el 1 de enero de 2003.

11. En la primera sesión, las partes también convinieron sobre diversas preguntas sobre el procedimiento, las cuales quedaron asentadas en un acta firmada por el presidente y la secretaria del Tribunal. Respecto al calendario de presentación de las actuaciones escritas de las partes, el Tribunal, luego de consultar a las partes al respecto, acordó que la DEMANDANTE dispondría de un plazo de 90 días contados a partir de la fecha de la primera sesión, para presentar su memorial sobre el fondo y que la DEMANDADA dispondría también de un plazo de 90 días, una vez recibido el memorial de la DEMANDANTE, para presentar su memorial de contestación sobre el fondo. Con posterioridad tanto la DEMANDANTE como la DEMANDADA tendrían un plazo de 60 días para presentar su memorial de réplica y dúplica, respectivamente.

12. El 2 de febrero de 2005, la señora Gabriela Álvarez Ávila reasumió su cargo de Secretaria del Tribunal.

13. De conformidad con el calendario acordado durante la primera sesión, el 15 de marzo de 2005, la DEMANDANTE presentó su Memorial sobre el fondo de la cuestión (“Memorial de Demanda”).

14. El 10 de junio de 2005, la DEMANDADA presentó, por su parte, ciertas excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. El 17 de junio de 2005, el Tribunal declaró suspendido el procedimiento sobre el fondo de conformidad con la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

15. El 14 de julio de 2005, el tribunal fijó un calendario para las presentaciones escritas de las partes en materia de jurisdicción, después de haber consultado con las partes. Conforme al mismo, la DEMANDADA presentó su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción el 26 de septiembre de 2005. El 20 de diciembre de 2005, la DEMANDANTE presentó su Memorial de Contestación a las Objeciones a la Jurisdicción. El 13 de febrero de 2006, la DEMANDADA presentó su Réplica sobre jurisdicción y el 14 de abril de 2006, la DEMANDANTE presentó su Dúplica sobre jurisdicción.

16. Una vez concluido el intercambio de las presentaciones escritas de las partes en materia de jurisdicción, el Tribunal celebró con las partes la audiencia sobre jurisdicción el 20 de julio de 2006 en Washington, D.C.

17. En representación de la DEMANDANTE asistieron el señor Raúl Emilio Vinuesa, del Estudio Vinuesa & Asociados de Buenos Aires, Argentina, las señoras Silvina González Napolitano y Gisela Makowski, y el señor Gabriel Bottíni. En representación de la DEMANDADA asistieron los señores Andrés Jana Linetzky, Rodrigo Correa y Rodrigo Gil, y las señoras Ximena Fuentes y Angie Armer, todos del estudio de abogados Alvarez Hinzpeter Jana & Valle de Santiago de Chile, Chile y los

señores Paolo Di Rosa, Tomás Leonard y Kelby Ballena del estudio de abogados Winston & Strawn LL.P. de Washington, D.C. También asistieron en representación de la DEMANDADA los señores Luis Sánchez Castellón y Eduardo Bobadilla Brinkmann y la señora María Teresa Pino Aldunate, todos del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; el señor Raúl Sáez Contreras del Ministerio de Hacienda.

II. HECHOS RELEVANTES A LA CONTROVERSIA SOBRE LA OBJECCIÓN A LA JURISDICCIÓN

18. De la propia narración de hechos expuesta por las partes en el procedimiento arbitral y de la diversa documentación que ambas acompañaron a sus escritos, se desprenden los siguientes hechos:

19. El pasado 3 de octubre de 1988, la empresa chilena Construcciones y Carpintería Naval CONCAR, S.A. (“CONCAR”) presentó ante la Subsecretaría de Pesca adscrita al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción del Estado de Chile (“SUBSECRETARÍA” o “SUBPESCA”) una solicitud de autorización para realizar actividades pesqueras y para operar dos buques fábrica palangreros que serían adquiridos con posterioridad.

Esta solicitud señaló como área de operación para realizar las actividades pesqueras aquella que correspondiera de conformidad con la legislación vigente y sus modificaciones futuras.

20. Con fecha 30 de noviembre de 1988, CONCAR presentó ante la Secretaría Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras un escrito por el que informa que tenía en trámite un pedido de autorización para operar dos barcos fábrica palangreros que, junto con el capital de trabajo necesario, serían aportados a CONCAR por la sociedad española PACEGAL, S.A. (“PACEGAL”).

21. Con fecha 1º de diciembre de 1988, la Secretaría Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras recibió la Solicitud de Inversión Extranjera de PACEGAL para desarrollar actividades de pesca extractiva mediante la suscripción y pago de las acciones derivadas de un incremento de capital social en CONCAR.
22. El 6 de marzo de 1989 la Secretaría Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras aprobó la solicitud presentada por PACEGAL.
23. En atención a la solicitud referida en el punto marcado con el número 1, el pasado 28 de febrero de 1989, SUBPESCA emitió la resolución No. 291 por la que autoriza a CONCAR para iniciar actividades pesqueras con los buques fábrica “Antonio Lorenzo” y “María Tamara”, fijándose como área de operación la zona de aguas interiores situada al sur del paralelo 47º L.S. (“Resolución No. 291”).
24. El 11 de julio de 1989, después de que la Resolución No. 291 fue dictada, PACEGAL celebró con el Estado de Chile un Contrato de Inversión Extranjera por el que se acuerda la inversión de esta empresa española en CONCAR.
25. Mediante dos escrituras públicas diversas de fechas 26 de enero de 1990 y 16 de agosto de 1990, PACEGAL materializó su inversión en CONCAR mediante la aportación a la sociedad, entre otros bienes, de los buques fábrica “Antonio Lorenzo” y “María Tamara”.
26. Con fecha 23 de agosto de 1990, CONCAR solicitó a SUBPESCA la ampliación de la Resolución No. 291 emitida con más de un año de antelación a fin de que se le permitiera realizar actividades pesqueras en aguas exteriores y no sólo en aguas interiores.
27. Con fecha 12 de septiembre de 1990, SUBPESCA respondió a esta solicitud de ampliación de la Resolución No. 291 en sentido negativo y en atención a las siguientes consideraciones:

En atención a la carta de referencia me permito informar a Ud. que no será posible a esta Subsecretaría de Pesca acceder a la solicitud de ampliación de las actividades pesqueras solicitadas por esa empresa, considerando que a la fecha de dictación de la Resolución SUBPESCA No. 291, de 1989, disposiciones técnicas de esta Subsecretaría recomendaban regular el ingreso de nuevas embarcaciones a la unidad de pesquería demersal de peces de la zona sur-austral del mar exterior de la X, XI y XII Región; permitiéndose sólo el acceso limitado a la zona de la unidad de pesquerías de aguas interiores.

Además debo comunicar a Ud. que dichos criterios de regulación de acceso a la pesquería demersal en comento, continúan vigentes en la actualidad y particularmente para la unidad de pesquería del mar exterior, está dispuesto el artículo 3º transitorio de la Ley No. 18,892, que establece reglas para el otorgamiento y vigencia de las autorizaciones pesqueras.

28. Dictada esta negativa de ampliación de pesca a CONCAR, con fecha 28 de noviembre de 1990, PACEGAL presentó ante el Secretario Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras del Estado de Chile una solicitud para transferir sus acciones en CONCAR a VIEIRA y a la sociedad Brusson Societe Anonyme de Vaduz, Principado de Liechestein (BRUSSON).

29. Con fecha 4 de diciembre de 1990, el Secretario Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras del Estado de Chile dictó la resolución No. 63 por la que autoriza a PACEGAL para transferir el 50% de sus acciones en CONCAR a VIEIRA y el otro 50% de estas acciones a BRUSSON.

30. Mediante escritura pública de fecha 26 de diciembre de 1990, VIEIRA adquirió de PACEGAL el 49% de las acciones en CONCAR, materializándose así la inversión extranjera objeto de este arbitraje.

31. Con fecha 28 de junio de 1991, la Asociación Gremial de Industriales y Armadores de Buques Pesqueros Palangreros de la XII Región (“ANAPESCA”) presentó ante SUBPESCA una carta por la que solicita regularizar y uniformar la autorización dada a CONCAR (entre otras autorizaciones dadas a otras empresas) a fin de que pueda operar en todo el litoral al sur del paralelo 47º L.S., incluyendo aguas exteriores y no únicamente aguas interiores. Dicha solicitud fue presentada argumentando *“que no hay explicación consecuente para que exista discriminación entre las autorizaciones dadas por la Subsecretaría a dichas empresas”* (respecto a otras empresas de la misma asociación gremial) y *“que está demostrado que al sur del*

paralelo 47° de latitud sur, en aguas exteriores e interiores la población de merluza del sur es la misma”.

32. Con fecha 3 de julio de 1991 se modificó el Contrato de Inversión Extranjera celebrado entre PACEGAL y el Estado de Chile. En dicho acto, PACEGAL cedió la totalidad de sus derechos contractuales como inversor extranjero a VIEIRA y a BRUSSON.

33. Con fecha 9 de julio de 1991, CONCAR presentó ante SUBPESCA una carta por la que solicita la regularización de la Resolución No. 291 a fin de que se le permitiera realizar actividades pesqueras en aguas exteriores, argumentando que la limitación de pesca a aguas interiores es injustificada y contraria al derecho, tal y como se desprende del antepenúltimo párrafo de dicho documento, que establece lo siguiente:

Por lo anterior, solicitamos a la Subsecretaría de Pesca, regularizar nuestra situación, al ampliar nuestra área de operaciones a las aguas exteriores situadas al Sur del Paralelo 47° Latitud Sur, como era nuestro derecho al presentarse nuestra solicitud de pesca y reafirmado por los considerandos anteriormente detallados.

34. En respuesta a la solicitud presentada por ANAPESCA referida en el punto 31, con fecha 18 de julio de 1991, SUBPESCA emitió una resolución por la que niega la ampliación solicitada para pescar en aguas exteriores, sosteniendo, entre otros razonamientos, que de acuerdo a la legislación pesquera vigente era imposible acceder a la solicitud planteada.

35. Con fecha 3 de septiembre de 1991 y con el fin de aportar mayores antecedentes a la carta de fecha 9 de julio del mismo año, CONCAR presentó ante SUBPESCA una carta por la que solicita reconsiderar la Resolución No. 291, en el sentido de ampliar las actividades pesqueras de los barcos “Antonio Lorenzo” y “María Tamara” a las aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S., sosteniendo que la limitación a pescar en aguas interiores deriva de un evidente error.

36. En complemento a la carta referida en el punto inmediato anterior, con fecha 31 de diciembre de 1991, CONCAR presentó ante SUBPESCA una tercera carta por la que reitera su petición de reconsiderar la Resolución No. 291 a fin de que sea autorizada

para pescar en aguas exteriores, sosteniendo que su solicitud no implica un nuevo permiso, sino una simple rectificación de un error.

37. En virtud de las solicitudes presentadas por CONCAR a SUBPESCA, con fecha 7 de mayo de 1992, SUBPESCA emitió la Resolución No. 381, negando la ampliación o regularización de la Resolución No. 291 para permitirle pescar en aguas exteriores (en lo sucesivo “Resolución No. 381”).

38. Casi dos años después de que la Resolución No. 381 fue emitida, con fecha 29 de marzo de 1994 entró en vigor el ACUERDO.

39. Una vez en vigor el ACUERDO, con fecha 23 de noviembre de 1995, CONCAR presentó ante al Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción del Estado de Chile un escrito por el que solicita que *“en uso de sus atribuciones legales se sirva ordenar que la Resolución de la Subsecretaría de Pesca No. 291 de 28 de febrero de 1989, sea modificada o rectificada en su parte pertinente, disponiendo que CONCAR, S.A. también está autorizada para operar en el área de aguas exteriores al sur del paralelo 47 L.S., corrigiendo con ello una situación de injusticia inexplicable que ha afectado durante años a la empresa, evitando que se sigan produciendo perjuicios[...]”*. Esta petición de CONCAR fue realizada bajo el argumento de que la Resolución No. 291 fue emitida de manera ilegal y sobre una base discriminatoria y arbitraria.

40. Con fecha 16 de enero de 1996 SUBPESCA emitió la Resolución No. 85 en la que se declara la caducidad de la Resolución No. 291 (“Resolución No. 85”) en consideración de que CONCAR ha suspendido sus actividades pesqueras, actualizándose las hipótesis previstas en los artículos 143, inciso b), y 12 transitorio de la Ley No. 18.892 y sus modificaciones.

41. Con fecha 22 de enero de 1996 SUBPESCA emitió la Resolución No. 86 en la que se informa a CONCAR que no es posible acceder a su petición de ampliar las actividades pesqueras de los barcos “Antonio Lorenzo” y “María Tamara” en atención a que la Resolución No. 291 *“se encuentra en trámite de caducidad”*.

42. Con fecha 12 de febrero de 1996 CONCAR presenta ante el Ministerio de Economía un recurso de reclamación en contra de la Resolución No. 85 de SUBPESCA por la que se declara la caducidad de la diversa Resolución No. 291.

43. Por escrito de fecha 2 de septiembre de 1996, CONCAR presentó ante el Ministerio de Economía antecedentes adicionales al escrito previamente presentado con fecha 28 de noviembre de 1995.

44. Mediante la R.M. Exenta No. 49 de fecha 23 de abril de 1996 y en atención al recurso de reclamación interpuesto por CONCAR, el Ministerio de Economía deja sin efecto la Resolución No. 85, dejando así sin efectos la declaración de caducidad de la Resolución No. 291.

45. Con fecha 20 de mayo de 1997, CONCAR presentó ante el Ministerio de Economía un escrito complementario a los presentados anteriormente el 23 de noviembre de 1995 y el 2 de septiembre de 1996, insistiendo en su petición que la Resolución No. 291 sea modificada o rectificada a efecto de que le sea permitido realizar actividades pesqueras en aguas exteriores.¹

46. A través de la R.M. Exenta No. 53 de fecha 27 de junio de 1997 (“Resolución Exenta No. 53”), el Ministerio de Economía desestimó la petición realizada por CONCAR mediante su escrito de fecha 23 de noviembre de 1995 (complementado por los diversos escritos de fecha 2 de septiembre de 1996 y 2 de mayo de 1997), sosteniendo que la Resolución No. 291 estaba ajustada a la normatividad vigente de esa época.

47. Con fecha 28 de julio de 1997, CONCAR promovió un recurso solicitando al Ministerio de Economía la reposición de la Resolución Exenta No. 53 y la declaración de que la Resolución No. 291 de SUBPESCA se dictó bajo un *“lamentable error de hecho”*.

¹ Es de hacer notar que en este nuevo escrito CONCAR no solicita la modificación de la Resolución No. 291 para pescar en aguas exteriores al Sur del Paralelo 47° L.S., sino que ahora lo solicita respecto al Sur del Paralelo 44° 50 Sur.

48. A través de una carta de fecha 6 de noviembre de 1997, el Presidente de la República de Chile informa a CONCAR que ha tomado conocimiento de una carta que se le entregó en una visita a la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, en la que se solicita autorización para pescar en las aguas exteriores de la Región, informando que su solicitud fue remitida a SUBPESCA a fin de que fuera estudiada y respondida.

49. Mediante una carta de fecha 18 de noviembre de 1997, CONCAR agradece al Presidente de la República de Chile la carta referida en el punto inmediato anterior y reitera su solicitud de acceso a aguas exteriores.

50. El 21 de noviembre de 1997 CONCAR presenta ante SUBPESCA un escrito por el que solicita nuevamente el acceso a aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S.

51. A través de una carta de fecha 24 de noviembre de 1997, SUBPESCA informa a CONCAR que la carta entregada al Presidente de la República de Chile en su reciente visita a Punta Arenas no contiene algún antecedente que no haya sido evaluado por la autoridad, reiterándole una vez más, como se le había informado en muchas ocasiones, que lo solicitado excede la legalidad vigente aplicable a esos casos.

52. Con fecha 14 de enero de 1998 el Ministerio de Economía dicta la Resolución Exenta No. 2 en la que se rechaza la procedencia del recurso de reposición en contra de la Resolución Exenta No. 53.

53. Ante esta negativa del Ministerio de Economía de ordenar la Reposición de la Resolución Exenta No. 53 y de declarar que la Resolución No. 291 se emitió bajo un “*lamentable error de hecho*”, con fecha 22 de enero de 1998 CONCAR presentó ante la Contraloría General de la República de Chile (“CONTRALORÍA”) un escrito por el que le solicita ordenar a SUBPESCA la rectificación de la Resolución No. 291 a fin de que le sea permitido realizar actividades de pesca en las aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S.

54. En función de la presentación del escrito referido en el punto inmediato anterior, a través del oficio No. 643 de fecha 9 de febrero de 1998 la CONTRALORÍA ordenó a

SUBPESCA la presentación de información y antecedentes relacionados con la petición de CONCAR.

55. Mediante el oficio No. 261 de fecha 2 de abril de 1998, SUBPESCA envió el informe requerido por la CONTRALORÍA a través del oficio No. 643, solicitando que la pretensión de CONCAR sea rechazada.

56. Con fecha 1º de junio de 1998, CONCAR presentó ante la CONTRALORÍA información adicional y complementaria a su escrito de fecha 22 de enero de 1998.

57. El 1º de octubre de 1998, la República de Chile y el Reino de España firmaron en Madrid un Acta Interpretativa respecto al alcance del artículo 2.3 del ACUERDO.

58. Con fecha 27 de noviembre de 1998 y a través de la Resolución No. 1680, SUBPESCA determinó la caducidad del permiso de pesca del barco “Antonio Lorenzo”.

59. El 5 de enero de 1999, CONCAR presentó ante la CONTRALORÍA un escrito proporcionando información adicional tendiente a lograr la rectificación de la Resolución No. 291.

60. Con fecha 20 de agosto de 1999, con un criterio distinto al sostenido en años anteriores por SUBPESCA y por el Ministerio de Economía, la CONTRALORÍA emitió el Dictamen No. 30872 (“DICTAMEN”) en el que acoge la pretensión de CONCAR y ordena a SUBPESCA la rectificación de la Resolución No. 291 a efecto de que se autorice a CONCAR la realización de actividades pesqueras en las aguas exteriores situadas al sur del paralelo 47º L.S. El sentido del DICTAMEN se motivó en el hecho de que, desde la perspectiva de la CONTRALORÍA, la Resolución No. 291 *“no se ajustó a derecho en cuanto excluyó de la autorización las aguas exteriores de la zona a que se refiere”*.

61. El 7 de septiembre de 1999, CONCAR presentó ante SUBPESCA un escrito por el que le solicita cumplir lo ordenado por la CONTRALORÍA en su DICTAMEN.

62. Con fecha 12 de noviembre de 1999, CONCAR presentó ante el Ministerio de Economía un escrito por el que, entre otras cuestiones, le solicita intervenir para que SUBPESCA cumpla con el DICTAMEN de la CONTRALORÍA.

63. A través del oficio No. 291 de fecha 10 de marzo de 2000, SUBPESCA promovió en contra del DICTAMEN un recurso de reconsideración ante la propia CONTRALORÍA.

64. Con fecha 20 de marzo de 2000 y a través del oficio No. 391, SUBPESCA informa a CONCAR que, en relación a su petición de fecha 7 de septiembre de 1999, se había promovido un recurso de reconsideración en contra del DICTAMEN.

65. El 27 de junio de 2000, CONCAR presentó ante la CONTRALORÍA un escrito por el que formula observaciones al recurso de reconsideración presentado en contra del DICTAMEN.

66. Con fecha 25 de enero de 2001, la CONTRALORÍA emitió el Dictamen No. 2788 (“DICTAMEN FINAL”) por el que hace lugar parcialmente al recurso de reconsideración promovido por SUBPESCA, limitando la rectificación de la Resolución No. 291 al buque “María Tamara”, toda vez que la caducidad del permiso de pesca del buque “Antonio Lorenzo” ya había sido declarada por la autoridad con anterioridad.

67. El mismo 25 de enero de 2001 se emite la Ley 19.713 (“LEY”) por la que se establecen límites máximos de captura por armador consistentes en asignar un porcentaje de la cuota anual que considere el promedio de capturas en aguas exteriores realizadas en los años 1999 y 2000.

68. Con fecha 31 de enero de 2001 la CONTRALORÍA notificó a SUBPESCA el DICTAMEN FINAL.

69. El mismo 31 de enero de 2001 se publicaron en el Diario Oficial las resoluciones de SUBPESCA Nos. 128, 129, 130 y 131, que establecen los Límites Máximos de

Captura Provisionales para las pesquerías de merluza del sur y congrio dorado en la zona de mar exterior. En dichas resoluciones no se consideró a CONCAR.²

70. Al no haber considerado a CONCAR en las resoluciones referidas en el punto inmediato anterior, con fecha 9 de febrero de 2001, CONCAR promovió ante el Ministerio de Economía un recurso de reclamación a fin de que se sirviera considerarla al momento de dictar el decreto supremo que fijaría los Límites Máximos de Captura por Armador, determinando dicha cuota considerando la capacidad o esfuerzo de pesca que una nave de similares características haya desarrollado en la pesquería demersal sur austral de aguas exteriores. Lo anterior en virtud de que CONCAR no realizó actividades de pesca en aguas exteriores durante los años 1999 y 2000 al no estar en ese momento autorizada para realizarlas.

71. El mismo 9 de febrero de 2001, la Federación Gremial de Industrias Pesqueras de la Macrozona (“FIPES”), promovió ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección en contra del DICTAMEN FINAL que ordenó la rectificación de la Resolución No. 291. Esta acción fue promovida por FIPES sosteniendo, entre otros argumentos, la ilegalidad de la resolución, pues afectaba los derechos adquiridos por las empresas agremiadas que verían disminuidas sus capturas al autorizarle a CONCAR pescar en las aguas exteriores.

72. Por oficio No. 287 de fecha 21 de febrero de 2001, SUBPESCA autoriza a CONCAR para operar el buque “María Tamara” en aguas interiores al sur del paralelo 47° L.S. hasta el 31 de diciembre del 2001.

73. En cumplimiento con el DICTAMEN FINAL de la CONTRALORÍA, con fecha 23 de febrero de 2001 SUBPESCA emitió la Resolución No. 371 (“Resolución No. 371”) por la que se modifica la Resolución No. 291, autorizando a CONCAR para realizar actividades de pesca en las aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S. con el buque “María Tamara”.

² Lo anterior fue manifestado por CONCAR en el punto 6 del Recurso de Reclamación promovido ante el Ministerio de Economía con fecha 9 de febrero de 2001.

74. Con fecha 28 de febrero de 2001, CONCAR presentó ante el Ministerio de Economía un escrito complementario al recurso de reclamación de fecha 9 de febrero de 2001.

75. Con fecha 15 de marzo de 2001, el Ministerio de Economía emitió la Resolución Exenta No. 52 (“Resolución Exenta No. 52”), adoptando parcialmente el recurso de reclamación interpuesto por CONCAR y resolviendo lo siguiente:

RESUELVO:

1. Acógrese parcialmente el recurso de reclamación interpuesto por Empresa de Construcciones y Carpintería Naval CONCAR, S.A., R.U.T. No 96.514.850-7 con domicilio en José Menéndez No. 1178, Punta Arenas, en contra de las Resoluciones Nos. 128, 129, 130 y 131, todas de 2001, de la Subsecretaría de Pesca, sólo en lo relativo a incluir al armador antes individualizado en el decreto supremo que fijará los Límites Máximos de Captura por Armador, en las unidades de pesca que se indican:

.....

2. Rechácese el recurso interpuesto en lo relativo a considerar la capacidad o esfuerzo de pesca de una nave de similares características náuticas que haya desarrollado actividades en las unidades de pesquería antes indicadas para la determinación de los Límites Máximos de Captura por Armador.

3. Considérese en la determinación de su límite máximo de captura en las unidades de pesquería individualizadas en el numeral 1° de la presente Resolución las siguientes capturas totales durante los años 1999 y 2000 en la nave “María Tamara:

UNIDAD DE PESQUERÍA	AÑO 1999	AÑO 2000
MERLUZA DEL SUR LETRA H	00.00 TONELADAS	00.00 TONELADAS
MERLUZA DEL SUR LETRA I	00.00 TONELADAS	00.00 TONELADAS
CONGRIO DORADO LETRA J	00.00 TONELADAS	00.00 TONELADAS
CONGRIO DORADO LETRA K	00.00 TONELADAS	00.00 TONELADAS

76. Con fecha 19 de marzo de 2001, FIPES presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, pero ahora en contra de la Resolución No. 371 dictada por SUBPESCA en aplicación del DICTAMEN FINAL (“RECURSO DE PROTECCIÓN”).

77. Con fecha 26 de marzo de 2001, CONCAR solicitó al Ministerio de Economía el cumplimiento del DICTAMEN FINAL a efecto de que se le autorizara de manera inmediata para realizar actividades pesqueras en las aguas exteriores.

78. Mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2001, CONCAR notificó al Ministerio de Economía el inicio de consultas amistosas según los términos del ACUERDO.

79. A través del oficio No. 106 de fecha 8 de mayo de 2001 y en relación al escrito de fecha 26 de marzo de 2001, el Ministerio de Economía informó a CONCAR de lo siguiente:

En relación a la carta de la REF. mediante la cual se solicita el pronunciamiento sobre la forma de cumplir (sic) dictamen de la Contraloría General de la República relativo a la nave “María Tamara”, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

1. Mediante Resolución Ministerial Exenta No. 52 de fecha 15 de marzo de 2001, esta autoridad acogió parcialmente la reclamación interpuesta por CONCAR, S.A. en el marco del recurso de reclamación previsto en el artículo 6° de la Ley 19.712 en el sentido de incluir a dicha empresa en los Decretos Supremos que fijarán los límites máximos de captura por armador en las unidades de pesquerías de las letras h), i), j) y k) del artículo 2° de la mencionada ley.

2. Sin perjuicio de lo anterior rechazó el recurso relativo a considerar la capacidad o esfuerzo de pesca de una nave de similares características que haya desarrollado actividades en las unidades de pesquería citadas, para la determinación de los Límites Máximos de Captura por Armador.

Lo anterior atendiendo que la Ley 19.713 no consigna otros parámetros que no sean las capturas de los años 1999-2000 para calcular dichos límites.

3. Por otra parte, considerando que CONCAR, S.A. no registró capturas durante los años 1999-2000, se estimó en cero el coeficiente de participación relativo por armador, lo que se traduce en no asignar toneladas para dicha empresa durante el presente año.

4. En lo relativo a dar cumplimiento a lo resuelto por la Contraloría General de la República mediante dictamen No. 30872 de 20 de agosto de 1999 complementado por dictamen No. 002788 de 25 de enero del 2001, cabe señalar que la entidad de control ordenó a autorizar a la nave “MARÍA TAMARA” para operar en aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S.

Lo dictaminado por dicho organismo contralor fue cumplido a cabalidad mediante Resolución No. 371 de 23 de febrero del 2001 de la Subsecretaría de Pesca.

5. En congruencia, esta Autoridad Ministerial carece de atribuciones para otorgar derechos de pesca al margen de la Ley 19.713 y de lo dictaminado por la Contraloría General de la República.

80. Por oficio No. 124 de fecha 1º de junio de 2001, el Ministerio de Economía reitera a CONCAR que *“no habiendo CONCAR realizado capturas durante los años 1999 y 2000 se estimó en “0” el coeficiente de participación relativo por armador”*.

81. Con fecha 10 de agosto de 2001 se llevaron a cabo consultas amistosas en el Comité de Inversiones del Estado de Chile dentro del marco del artículo 10 del ACUERDO. En dicha consulta amistosa estuvieron representadas la DEMANDANTE y la República de Chile.

82. Con fecha 16 de agosto de 2001 CONCAR envía al Fiscal del Comité de Inversiones Extranjeras una presentación conteniendo los antecedentes solicitados en la reunión de consultas amistosas.

83. El 17 de agosto de 2001, a la luz del RECURSO DE PROTECCIÓN promovido en contra de la Resolución No. 371 dictada por SUBPESCA en aplicación del DICTAMEN FINAL, la Corte de Apelaciones de Valparaíso dictó sentencia por la que resuelve que *“la dictación de resolución impugnada es ilegal”*, dejando así sin efectos la autorización a CONCAR para realizar actividades pesqueras en aguas exteriores al sur del paralelo 47º L.S. con el buque “María Tamara”.

84. Con fecha 24 de agosto de 2001 se llevó a cabo la segunda reunión de consultas amistosas dentro del marco del artículo 10 del ACUERDO.

85. Con fecha 31 de agosto de 2001, FIPES se desiste del RECURSO DE PROTECCIÓN presentado en contra del DICTAMEN FINAL de la CONTRALORÍA, mismo desistimiento que fue acordado por la Corte de Apelaciones de Santiago.

86. A través de un escrito de fecha 7 de noviembre de 2001, CONCAR denuncia al Vice-Presidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras ciertas conductas sospechosas y de licitud dudosa en perjuicio de CONCAR y por parte de SUBPESCA que están relacionadas con la interposición del RECURSO DE PROTECCIÓN promovido por FIPES en contra de la Resolución No. 371 y con el procedimiento

judicial en el que la Corte de Apelaciones de Valparaíso dictó la sentencia de fecha 17 de agosto de 2001 por la que se deja sin efectos la Resolución No. 371.

87. Entre otras cuestiones, CONCAR manifiesta en este escrito lo siguiente: (i) Que existen irregularidades en la redacción de la Resolución No. 371, (ii) que nunca fue notificada de la interposición del RECURSO DE PROTECCIÓN contra la Resolución No. 371, (iii) que le resulta sorprendente como el abogado externo designado por SUBPESCA para la defensa de la Resolución No. 371 fue el mismo encargado de redactar la reconsideración presentada ante la CONTRALORÍA en contra del DICTAMEN y (iv) que el abogado designado por SUBPESCA cometió errores inexcusables e inexplicables al promover el recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 17 de agosto de 2001, al no cumplir con los requisitos necesarios para su procedencia, ante lo cual, la Corte de Apelaciones de Valparaíso no pudo sino desechar el referido recurso.

88. Con fecha 6 de marzo de 2002, la Corte Suprema rechazó por inadmisible el recurso de hecho promovido por SUBPESCA, dejando ejecutoriada la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 17 de agosto de 2001, resolviéndose así de manera definitiva la ilegalidad de la Resolución No. 371.

89. El 8 de mayo de 2002 se llevó a cabo la última de las consultas amistosas celebradas dentro del marco del artículo 10 del ACUERDO, dándose término formal a las mismas. De acuerdo a lo manifestado por CONCAR, estas consultas amistosas fracasaron *“básicamente por insistir la Subsecretaría de pesca en no tener facultades legales para otorgar cuota de pesca a Concar, y que ello sería resuelto solamente por vía legislativa”*³.

90. Con fecha 19 de agosto de 2002, CONCAR promovió un escrito ante el Ministerio de Economía solicitando su apoyo para dar solución a su conflicto mediante la adopción de una propuesta por la que se le permitiría la pesca en aguas exteriores y que consistiría en proponer al legislativo una modificación a la Ley General de Pesca y Acuicultura.

³ Lo anterior fue manifestado por CONCAR a SUBPESCA mediante escrito de fecha 7 de noviembre de 2002 (quinto párrafo).

91. Con fecha 2 de octubre de 2002, SUBPESCA emitió la Resolución No. 2090 en la que deja sin efecto la Resolución No. 371, como consecuencia del carácter ejecutivo de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 17 de agosto de 2002.

92. A través de dos escritos iguales de fecha 7 de noviembre de 2002, CONCAR solicita al Ministerio de Economía y a SUBPESCA su apoyo en la solución al conflicto mediante la adopción de una propuesta de modificación legislativa.

93. Con fecha 25 de noviembre de 2002, CONCAR envía un escrito al Presidente de la República de Chile manifestando su preocupación por la prórroga de la ley de pesca en la que se busca incorporar la solución a su problemática, solicitando al mismo tiempo su intervención y apoyo en el asunto.

94. Con fecha 28 de noviembre de 2002, el Alcalde de Puerto Williams, la Cámara de Comercio de Puerto Williams, la Junta de Vecinos No. 1 de Puerto Williams, el Comité de Profesionales, Técnicos y Trabajadores de CONCAR y el Sindicato de Pescadores y Afines de la Provincia Antártica Chilena enviaron al Presidente de la República de Chile un escrito en el que manifiestan su apoyo a CONCAR y a la introducción en la ley de pesca a ser discutida en el Senado una disposición que le permita realizar actividades pesqueras en las aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S.

95. Con fecha 26 de diciembre de 2002 y por la Ley No. 19.849 (que modificó la Ley No. 19.713), se autoriza a pescar en aguas exteriores a todos aquellos barcos industriales que, a esa fecha, contarán con autorización vigente para pescar en aguas interiores al sur del paralelo 47° L.S., estableciendo cuotas determinadas por las extracciones realizadas en dichas aguas interiores durante los años 1999 y 2000. Asimismo, a través de esta Ley No. 19.849 se determina que la autorización para pescar en aguas interiores con que estos barcos cuentan, se dejará sin efecto por ministerio de ley al emitirse la autorización para pescar en aguas exteriores.

96. A través de la resolución No. 2982 emitida en el año 2002 por SUBPESCA, se autorizó al barco “María Tamara” para pescar en aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S.⁴

97. Por Resoluciones Exentas Nos. 1117 y 1119 emitidas por el Ministerio de Economía, se establecen los Límites Máximos de Captura de CONCAR en atención a la actividad extractiva que realizaba en aguas interiores.⁵

98. Finalmente, el 9 de noviembre de 2004, CONCAR vende el buque “María Tamara”, manifestando que dicha venta se debió a una condición económica insostenible de la empresa.

III. PLANTEAMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE

99. A través del presente laudo se resolverá si el Centro tiene o no jurisdicción para conocer de la controversia planteada por la parte DEMANDANTE ante este Tribunal. Sin embargo, a fin de contextualizar el análisis jurisdiccional que en páginas posteriores se realiza, es menester referirnos brevemente al reclamo realizado por VIEIRA en su escrito de Memorial de Demanda y a lo largo del procedimiento arbitral.

100. A este respecto, VIEIRA sostiene que a través de los hechos narrados con anterioridad y en su carácter de accionista en CONCAR, CHILE ha violado en su perjuicio diversas disposiciones del ACUERDO, especialmente por lo que hace a los principios de (i) trato justo y equitativo, (ii) trato nacional, (iii) trato de nación más favorecida, y (iv) de protección, generando dichas violaciones una medida equivalente a una expropiación.

101. VIEIRA sostiene que los actos concretos a través de los cuales CHILE violó estos principios son: (i) La no rectificación de la Resolución No. 291 ante las peticiones formuladas por CONCAR (en lo sucesivo denominado como “primer reclamo”), (ii) la asignación de la cuota “cero” para determinar los cupos de pesca de CONCAR en

⁴ Punto 149 del Memorial de Demanda de fecha 15 de marzo de 2005.

⁵ *Ibidem*, punto 150.

aguas exteriores (en lo sucesivo denominado como “segundo reclamo”) y (iii) las conductas dolosas de SUBPESCA en la redacción de la Resolución No. 371 y dentro del procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN promovido contra la misma (en lo sucesivo denominado como “tercer reclamo”).

102. La DEMANDANTE sostiene que estos hechos se han traducido en una medida equivalente a una expropiación y en ese sentido reclaman de CHILE el pago de una “*suma equivalente a la compensación debida de la totalidad de los daños sufridos por su inversión*”⁶ (incluyendo el lucro cesante) que, en su carácter de accionistas en CONCAR, se le ha generado desde 1990 por la negativa para pescar en aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S., tal y como se desprende en la introducción al Informe Económico presentando por VIEIRA durante el procedimiento, en el que se manifiesta lo siguiente:

La finalidad de emitir un informe económico sobre la estimación de los daños o perjuicio económico que ha tenido que soportar la empresa española EDUARDO VIEIRA, S.A. (SAEV), al no haberle autorizado a su filial CONCAR, S.A., la actividad extractiva de pesca en aguas exteriores con su flota pesquera, conformada por los buques factoría Antonio Lorenzo (AL) y María Tamara (MT), se nos ha solicitado la evaluación de dicha pérdida, para lo cual la empresa nos ha facilitado los datos que se utilizan en el presente estudio (...).

La resolución 291 del año 1989 autoriza a CONCAR, S.A. a realizar actividades extractivas de pesca con sus buques, reseñados en el párrafo anterior, reduciendo el área de explotación de la pesca de la Merluza del Sur y del Congrio Dorado a las aguas interiores, lo que dio lugar a una pérdida de valor para la empresa, la cual se va a estimar.

.....

Por todo ello, el periodo de tiempo que vamos a considerar en nuestro estudio abarca desde principios del año 1990 hasta finales del año 2012, tal y como se establece en el cuadro 1.

(Énfasis agregado)

103. Siendo esta la reclamación planteada por VIEIRA ante el Tribunal, a continuación analizaremos si el CIADI tiene o no jurisdicción para conocer de esta controversia.

⁶ *Ibidem*, penúltimo punto petitorio.

IV. CONSIDERACIONES DE HECHO Y DE DERECHO PLANTEADAS POR LAS PARTES EN TORNO A LA OBJECCIÓN A LA JURISDICCIÓN

104. A través de su escrito de fecha 26 de septiembre de 2005, CHILE ha impugnado la jurisdicción del CIADI, sosteniendo que la controversia materia de este arbitraje no entra dentro del alcance del ACUERDO y, por ende, la misma no puede ser conocida y resuelta por este Tribunal. CHILE plantea esta objeción a la jurisdicción en base a consideraciones *ratione temporis* y *ratione materia*, alegando que la controversia queda fuera del consentimiento del Estado chileno.

A. OBJECCIÓN A LA JURISDICCIÓN *RATIONE TEMPORIS*

a) Consideraciones Expuestas por la República de Chile

105. CHILE sostiene que, a la luz de los párrafos 2 y 3 del artículo 2 del ACUERDO por los que se excluye de la jurisdicción del CIADI a aquellas controversias o reclamaciones que hayan surgido con anterioridad a su entrada en vigor⁷, la controversia planteada por VIEIRA no está comprendida en el alcance *ratione temporis* del consentimiento al sometimiento a la jurisdicción del CIADI, argumentando que la controversia objeto de este arbitraje o su “causa real” es la negativa chilena para autorizar a CONCAR a pescar en las aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S., siendo ésta anterior a la entrada en vigor del ACUERDO. A este respecto, la DEMANDADA manifiesta en su Memorial de Objeciones a la jurisdicción (Memorial de Objeciones) lo siguiente:

Vieira alega que la presente controversia queda comprendida *ratione temporis* en el consentimiento dado en el Acuerdo por la República de Chile a la jurisdicción del Centro. Los hechos pertinentes y el derecho aplicable desmienten esta alegación. En efecto:

⁷ El artículo 2 del ACUERDO establece expresamente lo siguiente: “Artículo 2º. - FOMENTO Y ADMISIÓN – 1. Cada Parte fomentará, en la medida de lo posible, las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte y admitirá estas inversiones, conforme a sus disposiciones legales. 2. El presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra. No obstante, también beneficiará a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte Contratante, tuvieran la calidad de inversión extranjera. 3. No se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor.”

- a) El acuerdo entró en vigencia el 29 de marzo de 1994;
- b) La “causa real” de la disputa es la negativa chilena de autorizar a Concar a pescar en las aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S. (en adelante, “Aguas Exteriores”);
- c) Esta negativa se remonta a la Resolución de Aguas Interiores 1989, hecho muy anterior a la entrada en vigencia del Acuerdo;
- d) Mediante el Acuerdo la República de Chile y el Reino de España sólo han consentido a la jurisdicción del Centro respecto de controversias que tengan por objeto hechos posteriores a su entrada en vigencia y que, en todo caso, no hayan surgido o sido objeto de reclamaciones anteriores a dicha fecha;
- e) La controversia surgió en septiembre de 1990, también con anterioridad a la entrada de vigencia del Acuerdo;
- f) La primera reclamación es de fecha 9 de julio de 1991, igualmente anterior a la entrada en vigencia del acuerdo.⁸

106. Desde esta perspectiva, la DEMANDADA sostiene que los tres hechos alegados por VIEIRA como violatorios del ACUERDO se refieren en realidad a una sola controversia generada por la negativa chilena de autorizar a CONCAR para pescar en aguas exteriores y que tiene su origen antes de la entrada en vigor del ACUERDO, desde la Resolución No. 291 o, a más tardar, desde la resolución de SUBPESCA de fecha 12 de septiembre de 1990 en la que claramente existe una oposición de hecho y de derecho para ampliar la propia Resolución No. 291.

107. Por lo que hace a la primera de las reclamaciones consistente en la negativa de rectificación de la Resolución No. 291, se argumenta *que “resulta (...) artificioso distinguir entre una supuesta controversia en torno a la Resolución de Aguas Interiores 1989 y otra en torno a la no rectificación de la misma”*⁹, pues de lo contrario, “un demandante podría siempre eludir las restricciones *ratione temporis* a la jurisdicción del Centro. Le bastaría para ello simplemente plantear en algún momento posterior a la fecha de vigencia del tratado pertinente una nueva reclamación y luego sostener que la respuesta negativa constituye un nuevo hecho ilícito que da lugar a una nueva controversia, o señalar como hecho ilícito un hecho que fuera el mero efecto de otro anterior”¹⁰.

⁸ Punto 53 del Memorial de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 26 de septiembre de 2005.

⁹ *Ibidem*, punto 58.

¹⁰ *Ibidem*, punto 56.

108. En este sentido, CHILE sostiene que la “causa real” de esta disputa no es la falta de rectificación del sentido de una resolución administrativa, sino el sentido mismo de dicha resolución, manifestando así que, en todo caso, la controversia surgió a más tardar el 12 de septiembre de 1990 mediante el oficio por el que SUBPESCA le niega a CONCAR su pedido de ampliación del permiso a aguas exteriores.

109. Bajo esta misma línea, en relación al segundo de los hechos que se plantean como violatorios del ACUERDO consistente en la asignación a CONCAR en el año 2001 de la cuota de captura de pesca en “cero”, CHILE argumenta que es simplemente un efecto de que en los años 1999 y 2000 CONCAR no estaba autorizada a pescar en las aguas exteriores, pues la Resolución No. 291 no le permitía hacerlo. Así, la asignación de la cuota “cero” fue un mero efecto de la correcta aplicación de la legislación vigente en el año 2001 y no un hecho ilícito *per se*, tal y como se reconoce en el artículo 14.1 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, que establece lo siguiente:

La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

110. A este respecto, la DEMANDADA sostiene que la asignación de la cuota “cero” no es un hecho ilícito, tan es así, que *“la demandante no imputa a Subpesca ninguna infracción legal o administrativa”* y *“tampoco impugna el derecho de la República de Chile para establecer el Límite Máximo de Captura por Armador mediante la Ley 19713”*¹¹, circunstancia que desde su punto de vista deja en claro como la “causa real” de la controversia es la negativa para pescar en aguas exteriores.

111. Siguiendo con la tónica de su argumentación, CHILE sostiene que el tercer reclamo (consistente en las conductas de SUBPESCA en la redacción de la Resolución No. 371 y dentro del procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN promovido contra la misma) no es una controversia distinta a la negativa de pesca en aguas exteriores, pues respecto al RECURSO DE PROTECCIÓN *“la demandante no impugna en verdad la forma en que Subpesca actuó en el dictado de la Resolución 371 y en su defensa en tribunales, sino el fondo de la decisión judicial que declaró ilegal*

¹¹ *Ibidem*, punto 65.

tanto dicha resolución como, consecuentemente, la autorización dada a Concar para pescar en las Aguas Exteriores”¹², de manera tal que la “causa real” de la controversia no es sino la negativa del Estado de Chile para que CONCAR pesque en aguas exteriores.

112. Partiendo del argumento de que la causa real de las controversias materia de este arbitraje surgió con anterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO, la DEMANDADA robustece sus argumentos alegando que al aceptar el Tribunal la jurisdicción del CIADI, estaría realizándose una aplicación retroactiva de un tratado internacional que, salvo un pacto al contrario, está prohibida por el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en lo sucesivo denominada como “Convención de Viena”).

113. Asimismo, CHILE argumenta que la Resolución No. 291 no puede ser calificada conforme a las normas sustantivas del ACUERDO, fundamentando su afirmación en el artículo 13 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos que dispone que “[u]n hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho”.¹³

114. A este respecto, a través de un análisis de las cláusulas sustantivas y jurisdiccionales contenidas en un tratado internacional, CHILE sostiene que a la luz del Artículo 28 de la Convención de Viena y de las disposiciones del propio ACUERDO, el Centro no tiene jurisdicción incluso para conocer de aquellas controversias que, habiendo surgido con posterioridad a su entrada en vigor, están directamente relacionadas con hechos anteriores a la vigencia del ACUERDO. Así, CHILE manifiesta que:

76. Aunque el artículo 28 de la Convención de Viena no se refiere explícitamente a la aplicabilidad *ratione temporis* de las cláusulas de un tratado que reconocen una jurisdicción (en adelante “cláusulas jurisdiccionales”), los trabajos preparatorios de la convención (sic) permiten afirmar que el asunto fue considerado. La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas distinguió entre dos tipos de tratados. Los que simplemente establecen mecanismos de resolución de controversias resultan aplicables a aquellas existentes al momento de su entrada en

¹² *Ibidem*, punto 69.

¹³ *Ibidem*, punto 74.

vigencia, siempre y cuando no hubieran sido ya resueltas a esa fecha. Por el contrario, en tratados en que aparece que “una cláusula jurisdiccional es anexada a un tratado como medio para asegurar su debido cumplimiento, el principio de irretroactividad puede operar para limitar *ratione temporis* la aplicación de la citada cláusula jurisdiccional”. Sería retroactiva, y por tanto vedada, la aplicación de la citada cláusula jurisdiccional a una controversia relativa a un hecho ilícito anterior a la entrada en vigencia del tratado respectivo.

77. La conclusión del párrafo anterior tiene consecuencias para la jurisdicción *ratione temporis* del Centro en este caso. El Acuerdo es un tratado internacional que establece estándares de fomento y protección de las inversiones. El mecanismo de solución de controversias que establece su artículo 10 es un medio para asegurar el cumplimiento de dichos estándares. Así lo confirman sus párrafos primero y cuarto en relación con el derecho aplicable al fondo de las controversias sometidas a arbitraje:

1. Toda controversia relativa a inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada...

.....

4. El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Tratado, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia – incluidas las normas relativas a conflictos de leyes – y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios del derecho internacional en la materia.

La primera disposición transcrita confirma el mecanismo de solución de controversias del Acuerdo tiene por objeto controversias “en el sentido del presente Tratado”. El párrafo cuarto a su vez señala como derecho aplicable a esta controversia las propias disposiciones del Acuerdo. Estas dos disposiciones confirman así la relación entre el artículo 10 y las demás disposiciones del Acuerdo.

78. En resumen, (a) el artículo 10 del Acuerdo es un medio para asegurar el cumplimiento de los estándares sustantivos que establecen sus otros artículos, (b) en virtud del principio de no retroactividad de la Convención de Viena, esos estándares no son aplicables a hechos anteriores a la entrada en vigencia del Acuerdo y, en consecuencia, (c) el Centro no tiene jurisdicción en virtud del artículo 10 del Acuerdo sobre diferencias que tengan por objeto un hecho anterior a su entrada en vigencia. En otras palabras, los límites *ratione temporis* a la aplicación de las disposiciones sustantivas del Acuerdo determinan asimismo límites *ratione temporis* de las cláusulas jurisdiccionales que el mismo establece para garantía de las primeras (...).¹⁴

115. Aunado a lo anterior, CHILE insiste en que a la luz del artículo 2.3 del ACUERDO, toda controversia o reclamación que surja con anterioridad al 29 de marzo de 1994 (fecha de entrada en vigor del ACUERDO) no puede ser sometida a la jurisdicción del CIADI, argumentando que, en el presente caso, la controversia y su correspondiente reclamación surgieron antes de esta fecha. Al respecto, la DEMANDADA sostiene que la controversia surgió el 12 de septiembre de 1990 con el oficio de SUBPESCA que niega el permiso de ampliación de la autorización de pesca a

¹⁴ *Ibidem*, puntos 76, 77 y 78. El subrayado en los puntos 76 y 78 es nuestro.

aguas exteriores, mientras que la reclamación a esta controversia surgió el 9 de julio de 1991 con el escrito de CONCAR a SUBPESCA por la que exige regularizar su situación “*al ampliar nuestra área de operaciones a las aguas exteriores, situadas al Sur del Paralelo 47° Latitud Sur, como era nuestro derecho al presentarse nuestra solicitud de Pesca [...]*”¹⁵, ante lo cual, en este momento no sólo constaba fehacientemente la existencia de un conflicto de intereses, sino que las partes habían intercambiado sus contrapuestos puntos de vista jurídicos.

116. A mayor abundamiento, la DEMANDADA afirma que es incuestionable la existencia de la controversia antes de la entrada en vigor del ACUERDO, especialmente si se considera el contenido de la Resolución No. 381 por la que se contestó la reclamación realizada por CONCAR con fecha 9 de julio de 1991.

117. Finalmente, CHILE realiza algunas manifestaciones en torno a la distinción entre los conceptos “controversia” y “reclamación”, aduciendo que los mismos no son sinónimos, tal y como lo acordaron la República de Chile y el Reino de España mediante el uso disyuntivo de la letra “o” en el artículo 2.3 del ACUERDO, lo que fue confirmado mediante el Acta Interpretativa firmada en Madrid con fecha 1° de octubre de 1998 (en lo sucesivo denominada como “Acta Interpretativa”), en la que se manifestó lo siguiente:

El art. (sic) 2.3 establece que el Acuerdo “no se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”.

En este sentido las partes entienden que los términos “controversia” y “reclamación” no son sinónimos, sino que definen situaciones diferentes. La expresión “controversia” deberá entenderse como discusión o conflicto de intereses de los que haya constancia fehaciente, se haya o no producido la acción de reclamar. Se entiende por “reclamación” la acción o efecto de reclamar, esto es, reclamar contra una cosa, oponerse a ella de palabra o por escrito.

b) Consideraciones Expuestas por VIEIRA

118. Adicionalmente a la refutación de los argumentos expuestos por CHILE en torno a la objeción a la jurisdicción *ratione temporis*, VIEIRA realiza dos

¹⁵ Véase el penúltimo párrafo de la carta dirigida por CONCAR a SUBPESCA con fecha 9 de julio de 1991.

planteamientos más relativos a la jurisdicción del Centro. El primero de ellos se refiere a una inadmisibilidad general de las objeciones a la jurisdicción planteadas por la República de Chile en atención a la doctrina de los actos propios y el principio de *Estoppel*, mientras que el segundo se refiere a la improcedencia de la relación de hechos de CHILE en su Memorial de Objeción a la Jurisdicción. Así las cosas, por razones de orden y método, antes de referirnos a las consideraciones expuestas por VIEIRA en torno a la jurisdicción *ratione temporis*, nos referiremos a los dos planteamientos mencionados.

1. Inadmisibilidad de la Objeción a la Jurisdicción con Fundamento en la Doctrina de los Actos Propios y el Principio de Estoppel

119. La DEMANDANTE sostiene que CHILE renunció a su derecho para oponerse a la jurisdicción del CIADI, al haberse sometido al procedimiento de consultas amistosas a la luz del artículo 10 del ACUERDO, reconociendo así la existencia de una controversia a la que debía aplicarse el mismo y, por ende, someterse para su solución a la jurisdicción del CIADI en caso de que las consultas amistosas fueran infructíferas. Dentro de su Memorial de Contestación de Objeciones a la Jurisdicción del Centro (Memorial de Contestación), VIEIRA manifestó en relación a este punto lo siguiente:

23. El estoppel puede ser conceptualizado como la pérdida de derechos para un Estado que, debido a su actitud ha creado una determinada situación jurídica, la cual llevó a otra persona a actuar en consecuencia. Así, dicho Estado se ve imposibilitado de manifestarse en sentido contrario a su primera actitud. Se apoya en el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios.

21. En conclusión, la inclusión de cualquier referencia relativa al Artículos (sic) 10 del “Acuerdo” en las notas y actas mencionadas no pueden sino significar que las partes están negociando una disputa en el marco del Acuerdo, es decir, una disputa relativa a una inversión extranjera. Caso contrario, el representante del Gobierno chileno, de haber entendido durante las negociaciones que el reclamo planteado por la parte demandante no encuadraba en una disputa de inversión extranjera bajo el “Acuerdo”, lo hubiera consignado así en el Acta Final. No sólo no se consignó nada de ello, sino que se dejó expresamente señalado lo contrario, es decir que se ponía formalmente término a las consultas amistosas requeridas por el Artículos (sic) 10 del “Acuerdo”. Afirmar ahora lo contrario, sin lugar a dudas, atenta contra el “principio de buena fe y la doctrina de los actos propios”.

.....

27. En el caso en el que el reconocimiento expreso fuera cuestionado, la aquiescencia o el silencio aparecen como una especie de inacción calificada desde el punto de vista jurídico, de la que se derivan efectos en el plano del derecho internacional. De modo que, “*el Estado que calla ante una reclamación o*

comportamiento de otro Estado normalmente merecedor de protesta o de otra forma de acción tendiente a la preservación de los derechos impugnados, consiente la situación, y se presume por ende que ésta le es oponible". El silencio o la ausencia de protesta puede impedir a un Estado cuestionar posteriormente el reclamo de otro. En tal sentido, ha sido definido como una modalidad de expresión de la voluntad unilateral del Estado.

.....

34. Sin lugar a dudas, la actuación del Estado chileno (reconocimiento de la existencia de una controversia en el marco del "Acuerdo") es plenamente válida, por tratarse de una manifestación formal (se implementó en un documento escrito – Acta –, debidamente suscrito por ambas partes) y lícita (no viola ninguna norma imperativa de derecho internacional) de un Estado dada a través de una persona con capacidad para representarlo (en este caso se trató del Sr. Claudio Castillo, Fiscal del Comité de Inversiones Extranjeras), requisitos exigidos por el derecho internacional consuetudinario para la validez de un acto unilateral que tenga por efecto jurídico la aquiescencia o el reconocimiento de una situación jurídica determinada.¹⁶

120. Sobre estas bases VIEIRA afirma que el Tribunal es competente para conocer de la controversia planteada y que CHILE no tiene derecho para oponerse a la jurisdicción del Centro, motivo por el cual, sostiene que sus objeciones son improcedentes.

2. Improcedencia de la Relación de Hechos de la Demandada

121. La DEMANDANTE rechaza las alegaciones contenidas en la relación de hechos del Memorial de Objeciones a la Jurisdicción presentado por CHILE, toda vez que *"distorsionan los contenidos y alcances de los documentos referenciados, se citan parcialmente otros documentos, se extraen conclusiones subjetivas, falsas y/o erróneas sobre las alegaciones de la Demandante expresadas en el Memorial de Demanda y se discrimina arbitrariamente en cuanto a la selección de hechos referidos, pretendiendo otorgar un fundamento fáctico a sus elucubraciones disociadas de la realidad"*¹⁷.

122. Adicionalmente, VIEIRA aduce que, bajo el argumento de no entrar a un análisis del fondo de las cuestiones planteadas, CHILE no contesta los hechos afirmados en el Memorial de la Demanda, para luego formular su propia relación general de los hechos que considera relevantes.

¹⁶ Puntos 21, 23, 27 y 34 del Memorial de Contestación de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 20 de diciembre de 2005. Con el único fin de clarificar la posición de VIEIRA sobre este argumento, el orden de los puntos 21 y 23 fue invertido al momento de citarse.

¹⁷ *Ibidem*, punto 38.

123. Finalmente, sin hacer manifestación alguna que demuestre sus afirmaciones por considerarlo “*innecesario en esta etapa del procedimiento*”¹⁸, VIEIRA se reserva el derecho para efectuar las observaciones y objeciones pertinentes a la relación de hechos de CHILE, pero insiste en el hecho de que este Tribunal de Arbitraje debe sujetarse a la forma en la que VIEIRA ha formulado los hechos y ha formulado su calificación jurídica.

3. Consideraciones en torno a la Jurisdicción *Ratione Temporis*

124. VIEIRA sostiene que las controversias sometidas al conocimiento de este Tribunal surgieron todas con posterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO y que, además, todos los hechos que motivaron las controversias objeto del presente arbitraje ocurrieron después del 29 de marzo de 1994, teniendo el Centro jurisdicción sobre esta disputa.

125. A este respecto, la DEMANDANTE manifiesta que “*la Demandada pretende equivocadamente identificar la “causa real” de la disputa, con meros antecedentes de la controversia. La causa real de la disputa se identifica con la violación de una obligación del Acuerdo posterior a su entrada en vigor e imputable a un Estado. La “causa real” de la disputa invocada por la Demandada contradice la contundente evidencia de la existencia de acciones y omisiones imputables a Chile, posteriores a la entrada en vigor del Acuerdo, que son alegadas por la Demandada como violaciones a las obligaciones que le fueron reconocidas por el Acuerdo [...]*”¹⁹. “*La fecha crítica de la controversia [...] se relaciona directamente con actos y omisiones imputables a Chile como violatorios del Acuerdo*”²⁰. “*Las controversias planteadas por la Demandante se refieren todas a violaciones del Acuerdo por parte de Chile, sobre la base de la imputación de hechos, acciones u omisiones de Chile posteriores a la entrada en vigor del Acuerdo.*”²¹.

¹⁸ *Ibidem*, punto 40.

¹⁹ *Ibidem*, punto 44.

²⁰ *Ibidem*, punto 45.

²¹ *Ibidem*, punto 46.

126. La DEMANDANTE argumenta que todas las comunicaciones realizadas entre CONCAR y las autoridades chilenas antes de la entrada en vigor del ACUERDO se refieren a solicitudes de ampliación que no presuponen la existencia de una controversia o de una reclamación en los términos del ACUERDO y en los términos de la definición que de este concepto ha sido determinada por la jurisprudencia internacional.²² Así, sostiene que la primera controversia relativa a la no rectificación de la Resolución No. 291 surge en 1997 con el rechazo formal del Ministerio de Economía al requerimiento realizado por CONCAR mediante su escrito del 23 de noviembre de 1995, siendo evidente que las dos consecuentes controversias relativas a la asignación de la cuota “cero” y a la conducta de CHILE al dictar la Resolución No. 371 y dentro del procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN contra la misma, también fueron realizadas durante la vigencia del ACUERDO.

127. En vinculación con lo anterior, VIEIRA manifiesta que: *“Para que haya controversia tiene que haber oposición de puntos de vista y oposición de alegaciones respecto a la violación de una obligación emanada o reconocida por el Acuerdo. La Demandada confunde las solicitudes de Concar sobre ampliación de su zona de pesca y las respectivas respuestas a esas solicitudes por parte de la Subsecretaría de Pesca, con las solicitudes de Concar relativas a la rectificación de la Resolución 291 que nunca fueron contestadas por esa autoridad estatal. Por lo tanto el inversor extranjero desconocía y no podía conocer la posición de la Subsecretaría respecto a la solicitud de rectificación no contestada”*²³. De igual manera, la DEMANDANTE sostiene que sus solicitudes anteriores a la entrada en vigor del ACUERDO no son sinónimos de reclamaciones en los términos del ACUERDO.

128. Por otro lado, VIEIRA manifiesta que indebidamente CHILE ha replanteado a su conveniencia las alegaciones formuladas en el Memorial de Demanda, redefiniendo el objeto de las controversias sometidas al conocimiento del Tribunal, al sostener que la “causa real” de las mismas se identifica con la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores, cuando en realidad, sostiene la DEMANDANTE, el objeto o “causa real” de la disputa se identifica con las violaciones concretas realizadas por CHILE al

²² Véanse puntos 5 y 6 del Memorial de Contestación de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 20 de diciembre de 2005, así como los puntos 51 a 54 en donde se refiere al concepto de “controversia” en el ámbito internacional.

²³ *Ibidem*, punto 61.

ACUERDO, esto es, la “causa real” de la disputa consiste en (i) la no rectificación de la Resolución No. 291, (ii) la asignación de la cuota “cero” y en (iii) las conductas de SUBPESCA en la redacción de la Resolución No. 371 y dentro del procedimiento del Recurso de Protección promovido contra la misma.

129. VIEIRA manifiesta que las comunicaciones entre CONCAR y las autoridades chilenas realizadas antes de la entrada en vigor del ACUERDO son meros antecedentes a la controversia y no la controversia *per se*, haciendo alusión, entre otros precedentes²⁴, al caso Maffezzini c. El Reino de España, en el que se manifestó que:

[...] suele haber una secuencia natural de acontecimientos que conducen a una controversia. Comienza con la expresión de un desacuerdo y la afirmación de puntos de vista divergentes. Con el tiempo, estos acontecimientos adquieren un significado jurídico preciso mediante la formulación de reclamaciones jurídicas, su discusión y su rechazo eventual o falta de respuesta a la otra parte. El conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses sólo estará presente en ésta última etapa, aunque los hechos subyacentes tengan una fecha anterior. También se ha comentado acertadamente que la existencia de la controversia presupone un mínimo de comunicación entre las partes, en la que una de ellas plantea el problema a la otra, y ésta se opone a la posición del reclamante en forma directa o indirecta. Esta secuencia debe tomarse en cuenta al determinar la fecha crítica para poder concluir si, en el marco del ABI, una controversia queda comprendida en el consentimiento necesario para materializar la jurisdicción del CIADI.

130. Sobre este mismo punto, en el punto 72 del Memorial de Contestación de Objeciones a la jurisdicción, VIEIRA se refiere al precedente del caso de las Concesiones Mavrommatis de Palestina seguido ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, en los siguientes términos:

72. Por su parte la Corte Permanente de Justicia Internacional ya había sentado en el caso de las Concesiones Mavrommatis en Palestina, un valioso precedente al sostener que:

en (sic) caso de duda, la jurisdicción basada en un acuerdo internacional abarca todas las controversias que le son sometidas después de establecido el acuerdo... La reserva formulada en muchos tratados de arbitraje en relación con las controversias originadas en hechos anteriores a la celebración del tratado parece demostrar la necesidad de que cualquier limitación de la jurisprudencia conste de manera explícita y, por consiguiente, la exactitud de la norma de interpretación antes enunciada.

131. En base a lo anterior, VIEIRA sostiene que el hecho de que en su Memorial de Demanda alegue hechos o situaciones anteriores a la entrada en vigor del ACUERDO

²⁴ *Ibidem*, puntos 71 a 77.

como base de sus reclamos, esto no significa que las mismas excluyan la jurisdicción del CIADI en el presente caso.

132. A mayor abundamiento, VIEIRA sostiene que los precedentes jurisprudenciales internacionales en los que CHILE pretende robustecer sus argumentos, han sido descontextualizados por la DEMANDADA, pretendiendo establecer similitudes inexistentes entre las controversias por ellos resueltos y los reclamos planteados en el presente arbitraje, confundiendo así de manera errónea a la controversia *per se* con los antecedentes, hechos y situaciones que llevaron a determinar con posterioridad la fecha crítica de su nacimiento. Así, de acuerdo con la DEMANDANTE, la “causa real” de la controversia se vincula con la violación de una obligación imputable a un Estado y posterior a la entrada en vigor de esa obligación, por ende, insiste en que el CIADI tiene jurisdicción para resolver la presente disputa. De hecho, VIEIRA sostiene que de un análisis de los propios precedentes citados por CHILE, lejos de beneficiar su posición, lo resuelto en los mismos contradice su postura respecto al surgimiento de las controversias y su causa real.²⁵

133. Por lo que hace al alcance del artículo 2.3 del ACUERDO, VIEIRA sostiene que si bien en él se excluye de la aplicación del ACUERDO a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor, esto no significa que dicha disposición excluya de su ámbito de aplicación temporal a hechos o situaciones anteriores a su entrada en vigor. A este respecto, VIEIRA manifiesta en su Memorial de Contestación que:

96. Cuando Chile pretendió excluir no sólo las controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del acuerdo de inversiones, sino también a las controversias vinculadas a “hechos” anteriores a su entrada en vigor, siempre lo hizo en forma expresa, como muestra su práctica en materia de tratados de inversiones. Tal es el caso de los acuerdos bilaterales de inversiones celebrados entre Chile y Argentina; Chile y Alemania; Chile y Australia; Chile y Costa Rica; Chile y Croacia; Chile y Cuba; Chile y El Salvador; Chile y Filipinas; Chile y Guatemala; Chile y Honduras; Chile e Italia; Chile y Nicaragua; Chile y Panamá; Chile y Paraguay; Chile y Polonia; Chile y República Checa; Chile y Rumania; Chile y Ucrania; Chile y Uruguay; Chile y Venezuela.

97. Contrariamente, en el resto de los acuerdos de inversiones extranjeras celebrados por Chile no existe esta limitación.

²⁵ *Ibidem*, puntos 78 a 94. Asimismo, véanse los puntos 106 a 109.

98. Por lo tanto, en los tratados bilaterales en los cuales no consta una exclusión expresa de las controversias futuras relacionadas con hechos anteriores en el marco del sistema de solución de controversias entre el Estado contratante y el inversor de otro Estado contratante, como es el caso del “Acuerdo” entre Chile y España, sino que sólo existe una exclusión explícita de las controversias anteriores, debe interpretarse que no ha sido la intención de las partes contratantes dejar fuera del ámbito de protección del tratado a aquellas situaciones (controversias futuras vinculadas a hechos anteriores).

.....

101. [...] El Acuerdo no se refiere y por lo tanto no excluye a hechos o situaciones anteriores al surgimiento de la controversia. Tampoco permite inferir que las causas reales de la controversia se identifican con hechos o situaciones anteriores al surgimiento de la controversia.

134. Adicionalmente a lo anterior, VIEIRA insiste en el hecho de que en el presente arbitraje no se reclama la reparación de un acto ilícito anterior a la entrada en vigor del ACUERDO, sino precisamente se reclama la reparación debida respecto de las acciones imputables a CHILE que conculcan el ACUERDO con posterioridad a su entrada en vigor. En este sentido, VIEIRA abunda en esta situación en los siguientes términos: *“El no otorgamiento por la Resolución 291 del permiso solicitado no generó en 1989 la actual controversia sometida al Tribunal. Concar procedió a solicitar ampliaciones para luego solicitar la rectificación de un permiso otorgado defectuosamente. Las solicitudes de rectificación fueron pedidos (sic) ante la autoridad con capacidad para proceder a la rectificación solicitada. Ante el silencio o falta de respuesta a lo solicitado, Concar presentó el recurso de rectificación ante el Ministerio de Economía, fijando su posición jurídica relativa a su pedido de rectificación, modificación o enmienda. La respuesta del Ministerio de Economía de fecha 1997 constató la existencia de una controversia a partir de la posición del Ministerio frente a la solicitud de rectificación, distinta a las solicitudes previas de ampliación. La nota de fecha 1997 es la que por primera vez pone de manifiesto la posición jurídica de Chile opuesta a la posición jurídica de Concar respecto a la solicitud de rectificación de un error administrativo. Las respuestas anteriores de las autoridades chilenas a las solicitudes de ampliación pusieron de manifiesto su posición jurídica y su oposición a la pretensión de Concar respecto a la ampliación del permiso, como un permiso nuevo, no a una solicitud de rectificación de un permiso existente”*²⁶.

²⁶ *Ibidem*, punto 111.

135. Por lo que hace a la asignación de la cuota “cero”, VIEIRA sostiene que la “causa real” de dicho acto no es la negativa a CONCAR a pescar en aguas exteriores y manifiesta en torno a lo alegado por CHILE que “*son equivocadas las conclusiones de la Demandada sobre los presuntos reconocimientos de la Demandante respecto a que la cuota cero fue el resultado de “la correcta aplicación a Concar de la legislación vigente”, en razón de que para la Demandante la aplicación de esa legislación es la que ciertamente provocó la violación del Acuerdo*”²⁷. Asimismo, VIEIRA concluye que la asignación de la cuota “cero” configura por sí misma una violación del ACUERDO, independientemente de la violación por la no rectificación de la Resolución No. 291.

136. De igual manera, por lo que hace al tercer reclamo consistente en la redacción de la Resolución No. 371, pero especialmente por lo que hace a la conducta de Chile en el procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN, VIEIRA sostiene que la “causa real” de la disputa no se identifica con la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores, sino en estos actos violatorios del ACUERDO. A este respecto, VIEIRA argumenta que incluso el profesor Vaughan Lowe, quien elaboró la Opinión Experta aportada por CHILE al procedimiento, reconoce que este Tribunal es competente para conocer de este reclamo en lo individual, en los siguientes términos:

122. The analysis applies equally to the Court proceedings. The proceedings that Chile is said to have misconducted arose directly from the challenges to Resolution 291. While, as the *Mondev* case indicates, it is possible that court decisions made after the entry into force of a treaty but in respect of a pre-treaty dispute may breach the treaty, that would depend upon the court decisions constituting distinct breaches of the treaty. For example, a decision procured by corruption or a decision that is demonstrated to be discriminatory, might breach the treaty. But nothing in the Claimant’s Memorial suggests that the Chilean courts did anything other than apply Chilean law in the normal manner. The post-BIT proceedings applied Chilean law properly to the pre-BIT dispute.²⁸

137. De acuerdo con lo manifestado por VIEIRA, esta afirmación del profesor Lowe reconoce que el Centro tiene jurisdicción para conocer del tercer reclamo y que, en todo caso, la determinación de si en el procedimiento judicial se violó o no el ACUERDO es una cuestión que corresponde al fondo del asunto y no a esta etapa jurisdiccional.

²⁷ *Ibidem*, punto 121.

²⁸ Punto 122 de la Opinión Experta del Profesor Vaughan Lowe de fecha 17 de septiembre de 2005.

138. Adicionalmente a lo anterior, VIEIRA manifiesta que en aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena y de una interpretación conforme al sentido corriente de los términos contenidos en el artículo 2.3 del ACUERDO, se desprende que la limitación *ratione temporis* a la jurisdicción del Centro está determinada por los conceptos “controversia” y “reclamación”, pero no por la “causa real” de la controversia. De igual manera, VIEIRA sostiene que en dicho artículo no se excluyó de la aplicación del ACUERDO a aquellas controversias que, habiendo surgido con posterioridad a su entrada en vigor, estuvieren relacionadas directamente con hechos anteriores a esta fecha, tal y como sí se ha introducido expresamente en otros Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por CHILE y en diversas declaraciones de aceptación a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia realizadas por otros países.²⁹

139. En soporte a lo anterior, la DEMANDANTE sostiene que el artículo 2.3 del ACUERDO determina su propio ámbito de aplicación temporal, por lo que la regla general contenida en el artículo 28 de la Convención de Viena³⁰ no es aplicable al presente caso por operar la excepción prevista en el propio artículo relativa a “*salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo*”, esto es, el artículo 2 del ACUERDO es la regla especial prevista por el referido artículo 28. A este respecto, VIEIRA manifiesta lo siguiente:

150. De la práctica de los Estados surge que los Estados si quieren mayores restricciones temporales para la aplicación de cláusulas jurisdiccionales, así lo expresan en el texto de los acuerdos que contienen a esas cláusulas. Roberto Ago, en su condición de Presidente de la Reunión No. 730 de la Comisión de Derecho Internacional donde se discutió los alcances del actual Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados afirmó que:

“The fact that the parties often thought it necessary to include in their treaty a clause specifying that the process laid down in it applied only to facts subsequent to the acceptance of the treaty surely seemed to suggest that the usual principle was, on the contrary, that when that precaution was not taken the procedure applied to all disputes, even those arising out of prior facts”.

151. Si bien Ago se refirió expresamente a tratados sobre la solución pacífica de controversias, su afirmación se constata en la práctica de los Estados al precisar el contenido de sus declaraciones unilaterales para la aceptación de la jurisdicción

²⁹ Puntos 133 a 144 del Memorial de Contestación de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 20 de diciembre de 2005.

³⁰ Esta regla general se refiere a que “*las disposiciones de un tratado no obligarán a una Parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo*”.

contenciosa de la Corte al igual que en la redacción de las cláusulas jurisdiccionales como es el caso del Artículo 2 del Acuerdo (sic), que sólo limita el ámbito de aplicación temporal del Acuerdo a las controversias o reclamaciones surgidas con posterioridad a la entrada en vigor del tratado.

.....

156. Por otra parte es básicamente especulativa la conclusión que pretende sostener la Demandada respecto a la distinción entre cláusulas jurisdiccionales y cláusulas sustantivas en el contexto de tratados para la promoción y protección de inversiones puesto que es posible argumentar que las llamadas cláusulas jurisdiccionales constituyen a su vez un derecho sustantivo de los sujetos beneficiados con una opción a la jurisdicción internacional.³¹

140. Por lo que hace a los conceptos “controversia o reclamación” empleados en el ACUERDO, VIEIRA manifiesta que la práctica chilena en la celebración de esta clase de acuerdos refleja que la intención de CHILE y El Reino de España, al pactar el contenido del artículo 2, fue la de *“utilizar los términos “controversias o reclamaciones” en el sentido de que para que existan controversias o reclamaciones debe haber habido actos opuestos entre ambas partes”* y, en este sentido, manifiesta que el Acta Interpretativa celebrada en 1998 en relación al alcance del artículo 2, en realidad constituye un convenio modificatorio al ACUERDO, por lo que al mismo deben aplicarse las normas estipuladas de la Convención de Viena relativas a la enmienda de los tratados y no a las cláusulas sobre su interpretación.

141. En efecto, la DEMANDANTE sostiene que el Acta Interpretativa de 1998 escapa el alcance meramente interpretativo, estableciendo en realidad una modificación en cuanto al alcance mismo del artículo 2 del ACUERDO y en cuanto a la manera en la que la jurisprudencia del CIADI ha interpretado estos conceptos. A este respecto, VIEIRA manifiesta en su Memorial de Contestación lo siguiente:

173. El sentido que pretende darse al término reclamación en el Acuerdo de 1998 es diferente y más restrictivo que el que el tribunal en el caso Maffezzini le otorgó a la expresión “reclamaciones” en el contexto de un acto formal por el que se manifiesta la posición jurídica contraria a otra posición jurídica asumida por la otra parte frente a la misma controversia. El acuerdo de 1998 intenta imponer como contenido de una reclamación a un acto aislado de la parte demandante por la que se manifiesta “la acción o efecto de reclamar, esto es, clamar contra una cosa, oponerse a ella de palabra o por escrito.

174. Si bien se pretende modificar el sentido que tanto la jurisprudencia del CIADI como la práctica de los Estados le ha dado a la expresión “controversias o reclamaciones”, se mantiene la definición del Acuerdo de 1998 la característica intrínseca de las reclamaciones en el contexto de identificarse a éstas como

³¹ Puntos 150, 151 y 156 del Memorial de Contestación de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 20 de diciembre de 2005.

manifestaciones de oposición contra algo, de clamar contra, de oponerse. En este sentido el término reclamaciones quedó diferenciado y por lo tanto no podría asimilarse a meros pedidos, solicitudes a reclamos que no contengan como fundamento de su contenido el “clamar contra una cosa” el “oponerse a ella”.

142. Por otro lado, en torno a la afirmación de la DEMANDADA de que la controversia surgió mediante el oficio de SUBPESCA No. 398 de fecha 12 de septiembre de 1990, VIEIRA manifiesta que en dicho documento no existió entre las partes un conflicto de intereses, ni tampoco una oposición de puntos de vista jurídicos. A este respecto, la DEMANDANTE insiste en que a esta fecha CHILE únicamente negó un pedido de ampliación que implicaba un nuevo permiso de pesca a CONCAR, pero no negó la rectificación de una resolución considerada con posterioridad como errónea, no existiendo así una controversia entre las partes.

143. De igual manera, VIEIRA manifiesta que en el escrito de CONCAR de fecha 9 de julio de 1991 no existió una oposición de puntos jurídicos entre las partes, por lo que dicho documento no puede considerarse como generador de una controversia.

144. Asimismo, la DEMANDANTE sostiene que la Resolución No. 381 emitida por SUBPESCA con fecha 7 de mayo de 1992 dio respuesta a la solicitud de ampliación de la Resolución No. 291 (pero no a los pedidos de rectificación de la misma resolución, *como falsamente lo alega la demandada*³²), por lo que dicha resolución tampoco puede suponer una oposición de intereses y de puntos jurídicos entre las partes. A este respecto VIEIRA manifiesta que: *“Por otra parte la solicitud de ampliar un permiso es distinta a la solicitud de rectificación, en consecuencia ni siquiera existió conflicto de intereses entre las partes relativo a la falta de otorgamiento de la solicitud de ampliación. En tal sentido es materialmente imposible el surgimiento de una controversia relativa a la no rectificación de un permiso cuando aún no se formuló un pedido a la autoridad pertinente sobre dicha rectificación”*.³³

145. Por último, VIEIRA manifiesta que los escritos por los que CONCAR solicita la rectificación de la Resolución No. 291 con anterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO, no presuponen la existencia de una controversia entre las partes, además de que en las mismas no existe una oposición o reclamo. Asimismo, la

³² *Ibidem*, puntos 189, 190 y 191.

³³ *Ibidem*, punto 187.

DEMANDANTE manifiesta que la solicitud de rectificación a la Resolución No. 291 no fue respondida sino hasta 1997 mediante la Resolución Exenta No. 53 de fecha 27 de junio, fecha en la que realmente nació la controversia entre las partes y que, como es evidente, es posterior a la fecha de entrada en vigor del ACUERDO.

c) Manifestaciones Adicionales de Ambas Partes

1. Manifestaciones Adicionales de la República de Chile

146. A través de su Memorial de Réplica de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 13 de febrero de 2006 y de los alegatos formulados durante la audiencia de fecha 20 de julio del mismo año, CHILE se refirió a los planteamientos expuestos por VIEIRA en los siguientes términos:

- Improcedencia General de las Objeciones a la Jurisdicción del Centro

147. En relación a la improcedencia general de las objeciones a la jurisdicción por la participación de CHILE en las consultas amistosas a la luz del artículo 10 del ACUERDO (que fue fundamentada por VIEIRA en la doctrina de los actos propios y el principio de *Estoppel*), la DEMANDADA sostiene que la jurisdicción del CIADI se determina por los elementos objetivos establecidos en el artículo 25 de la Convención de Washington y que la conducta de una de las partes no puede exonerar del cumplimiento de dichos requisitos. En este sentido, CHILE *“ha reconocido por escrito la jurisdicción del Centro en el artículo 10 del Acuerdo, pero lo ha hecho exclusivamente bajo las restricciones ratione personae, materiae y temporis que el mismo Acuerdo establece. No puede haber consentimiento cuando no se satisfacen estas restricciones. Este defecto no puede eludirse invocando la doctrina de los actos propios o el principio del estoppel, pues con ello se abandonaría la necesidad de consentimiento por escrito que impone el artículo 25(1) del Convenio de Washington. Asimismo, “la participación [...] durante las consultas amistosas no podría identificarse como un acto unilateral como fuente directa de obligaciones para Chile, por cuanto carece del elemento central para serlo: la intención del Estado en obligarse*

por su acto unilateral.”³⁴ Adicionalmente, CHILE promovió sus objeciones a la jurisdicción en los términos expuestos en el mismo Convenio de Washington, por lo que el Tribunal está obligado a resolverla.

148. Asimismo, la participación de CHILE en consultas amistosas “no puede interpretarse como reconocimiento de que el Centro tiene jurisdicción sobre una controversia [...] al mantener consultas amistosas, un Estado no atiende factores que son característicos de un procedimiento contencioso y en buena medida incompatibles con la informalidad que es propia de dichas consultas [...] De hecho, la demandante no puede apuntar a un solo caso en la historia del Centro que confirme su tesis. Esto es especialmente significativo si se considera que la exigencia de consultas amistosas está relativamente generalizada”.³⁵

149. Finalmente, la DEMANDADA sostiene la improcedencia de este planteamiento de VIEIRA en razón a que ésta última no pudo en buena fe asumir que CHILE no objetaría a la jurisdicción del Centro, requisito señalado por el derecho internacional para la procedencia del cualquier planteamiento basado en el principio de *Estoppel*.

- **Improcedencia de la Relación de Hechos de la Demandada**

150. Por lo que hace al alegato de la DEMANDANTE sobre la improcedencia de la relación de hechos expuesta por CHILE dentro de su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción y sobre como el Tribunal está vinculado por la narración de hechos (y su calificación jurídica) de VIEIRA para determinar la jurisdicción del Centro, la DEMANDADA sostiene que el Tribunal de Arbitraje tiene plena libertad para apreciar los hechos relevantes para determinar su competencia y que el DEMANDANTE tiene derecho a presentar hechos adicionales que den sentido al carácter adversarial de la controversia jurisdiccional. En este sentido, CHILE fundamenta su afirmación mediante diversa jurisprudencia internacional que, según su perspectiva, así lo reconoce³⁶ y afirma que la jurisprudencia invocada por VIEIRA está descontextualizada y que “en el presente caso todas las objeciones jurisdiccionales de Chile tienen que ver con hechos

³⁴ Puntos 14 y 15 de la Réplica de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 13 de febrero de 2006.

³⁵ *Ibidem*, punto 24.

³⁶ *Ibidem*, puntos 30 a 36.

(y no con la calificación jurídica de los mismos) respecto de los cuales el Tribunal cuenta con libertad plena para considerar los elementos probatorios presentados por ambas partes”³⁷, sin que ello signifique entrar al fondo de la controversia planteada.

- **Consideraciones en torno a la Jurisdicción *Ratione Temporis***

151. Finalmente, por lo que hace a las consideraciones realizadas por VIEIRA a las objeciones a la jurisdicción *ratione temporis*, CHILE se manifiesta en su Memorial de Réplica de Objeciones a la Jurisdicción (Memorial de Réplica) en los siguientes términos:

38. La demandante ha hecho las siguientes alegaciones en contra de la objeción de la República de Chile a la jurisdicción del Centro fundada en que esta controversia queda fuera del consentimiento chileno *ratione temporis*:

a) Que el Acuerdo no excluye *ratione temporis* las controversias relativas a hechos anteriores a su entrada en vigencia, sino sólo a aquellas surgidas o resueltas con anterioridad a dicha entrada en vigencia, La demandante llega a esta conclusión después de identificar erróneamente la regla supletoria que regula el alcance de las cláusulas jurisdiccionales en los tratados de protección de inversiones y de interpretar incorrectamente el alcance del artículo 2.3 del Acuerdo en relación con dicha regla supletoria;

b) Que la causa real de la controversia no se encontraría en hechos anteriores a la entrada en vigencia del Acuerdo, sino en posteriores infracciones del mismo. La demandante llegó a esta conclusión distorsionando la jurisprudencia sobre la causa real de la controversia, y

c) Que la controversia surgió después de la entrada en vigencia del Acuerdo. Para llegar a esta conclusión la demandante descansa en la distinción entre solicitudes de ampliación y reclamaciones, inadmisibles bajo el artículo 2.3 del Acuerdo y artificiosa en relación con los hechos por ella alegados.

152. Por lo que hace al argumento referido en el inciso a) relativo a la afirmación de VIEIRA de que el ACUERDO sí se aplica a aquellas controversias que habiendo surgido con posterioridad a su entrada en vigor están relacionadas directamente con hechos anteriores a esta fecha, CHILE argumenta que es equivocada la posición de la DEMANDANTE, afirmando que el artículo 2 del Acuerdo no establece una regla especial en torno a la aplicación de las cláusulas jurisdiccionales conforme a lo dispuesto por el artículo 28 de la Convención de Viena, sosteniendo que dicha disposición sí resulta aplicable de manera supletoria al caso que nos ocupa. Al respecto,

³⁷ *Ibidem*, punto 35.

CHILE se refiere en su Memorial de Réplica a la cita que VIEIRA realiza de Roberto Ago en los siguientes términos:

41. [...] La cita del señor Ago corresponde sin embargo a una pregunta que éste formuló al relator especial, Sir Humphery Waldock:

10. EL PRESIDENTE [Sr. Ago] dijo que para facilitar la discusión, quería pedir al Relator Especial clarificar algunos puntos...

11. Segundo, en el caso de un tratado para la solución pacífica de controversias, ¿debiera establecerse que el procedimiento contemplado en dichos tratados sea automáticamente aplicable sólo a disputas que surjan de hechos posteriores al tratado? El hecho de que las partes usualmente hayan estimado necesario incluir en su tratado una cláusula especificando que el procedimiento allí establecido se aplica solo a actos posteriores a la aceptación del tratado seguramente parece sugerir que el principio usual es que, por el contrario, que cuando no se toma dicha precaución el procedimiento se aplica a todas las disputas, aun aquellas que surgen de hechos previos.

42. Sir Humphrey respondió provisoriamente esta pregunta en forma afirmativa. Su respuesta definitiva sin embargo, luego recogida en el comentario oficial de la Comisión de Derecho Internacional a la Convención de Viena, introdujo una excepción a la regla general. Aunque ya fue citada en el memorial de objeciones a la jurisdicción resulta ilustrativo volver a transcribirla:

[C]uando una cláusula jurisdiccional no se encuentra en un tratado de arbitraje o de arreglo judicial, sino que va anexa a las cláusulas sustantivas de un tratado como medio para asegurar su debido cumplimiento, el principio de irretroactividad opera indirectamente para limitar *ratione temporis* la aplicación de la cláusula jurisdiccional. La razón radica en que las ‘disputas’ de las que la cláusula se ocupa se limitan *ex hypothesi* a ‘disputas’ relativas a la interpretación y aplicación de las disposiciones sustantivas del tratado que, como se ha visto, no se extienden normalmente a asuntos ocurridos antes de su entrada en vigencia. En breve, la cláusula jurisdiccional sólo alcanzará episodios anteriores al tratado en casos excepcionales, como el Protocolo XIII del Tratado de Lausana, en que las partes expresamente o mediante clara implicación han señalado su intención de que las disposiciones sustantivas del tratado tengan efecto retroactivo.

43. En conclusión, según ya se demostró en el memorial de objeciones a la jurisdicción, esta interpretación es consonante con la regla de la Convención de Viena que establece el principio de irretroactividad de los tratados en ausencia de intención contraria de las partes. En tratados en que aparece que una cláusula jurisdiccional “va anexa a las cláusulas sustantivas de un tratado como medio para asegurar su debido cumplimiento, el principio de irretroactividad opera indirectamente para limitar *ratione temporis* la aplicación de la cláusula jurisdiccional”. Ésta es la regla supletoria que rige a falta de intención contraria de las partes del tratado.

153. Por otro lado, en relación a la posición de VIEIRA en torno a que en el presente caso la distinción entre las cláusulas sustantivas y las jurisdiccionales resulta artificial, pues en realidad constituyen a su vez un derecho sustantivo, CHILE sostiene que si

bien en el caso *Maffezzini*³⁸ se permite la aplicación de la cláusula de nación más favorecida tanto a disposiciones sustantivas, como a jurisdiccionales, este precedente de ninguna manera desvirtúa la distinción natural que entre estas cláusulas existe y además, argumenta que es precisamente la íntima vinculación que estas cláusulas tienen en los tratados de inversión lo que permite observar que las cláusulas jurisdiccionales tampoco se aplican “a controversias que tienen por objeto hechos anteriores a la entrada en vigencia de las correspondientes obligaciones sustantivas”.³⁹

154. Bajo esta misma línea, en atención al argumento de VIEIRA en el sentido de que la práctica internacional al realizar declaraciones unilaterales de aceptación a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, CHILE manifiesta que dichos razonamientos son inaplicables al presente caso pues dichas declaraciones no están vinculadas a las normas sustantivas que sí están previstas por los Acuerdos de Protección de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Así, CHILE reconoce que la regla supletoria que rige a estos casos (y que fue referida por VIEIRA respecto al caso *Mavrommatis Palestine Concessions* seguido ante la Corte Permanente de Justicia Internacional) determina que, en ausencia de limitación expresa, la aceptación unilateral de la Corte Internacional de Justicia no está limitada en ningún sentido, por lo que toda restricción *ratione temporis* debe ser expresa. Sin embargo, manifiesta que esta regla no es aplicable a los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y al respecto afirma que en estos casos, ante el silencio del Estado, sí opera la norma supletoria prevista en el artículo 28 de la Convención de Viena y, por ende, dentro de esta clase de Acuerdos el Centro no tiene jurisdicción para conocer de aquellas controversias que, habiendo surgido con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, están directamente vinculadas con hechos anteriores a esta fecha.

155. Por lo que hace al argumento de VIEIRA de que la práctica chilena demuestra que cuando CHILE ha querido excluir de la aplicación del tratado a las controversias relacionadas con hechos anteriores a su vigencia, así lo ha hecho de manera expresa en el documento, la DEMANDADA sostiene que si bien el artículo 2.3 del ACUERDO no contiene esa limitación expresa que sí está contenida en otros Acuerdos celebrados por

³⁸ *Emilio Agustín Maffezzini c. El Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, 25 de enero de 2000.

³⁹ *Ibidem*, punto 45.

CHILE, “no constituye una regla especial que derogue la regla supletoria según la cual la jurisdicción reconocida al Centro en el Acuerdo no se extiende a controversias que tengan por objeto hechos anteriores a la entrada en vigencia del mismo. Su objeto es más bien limitar el alcance *ratione temporis* incluso más que el efecto supletorio, restringiendo dicho alcance a las controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo, aún cuando dichas controversias pudieran también referirse a hechos posteriores a dicha entrada en vigencia”⁴⁰.

156. Por otro lado, en lo tocante al argumento de VIEIRA de que la “causa real” de la disputa se identifica con las conductas de CHILE violatorias del ACUERDO y no con la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores, la DEMANDADA sostiene que dicha aseveración es incorrecta y está basada en una distorsión de los precedentes jurisdiccionales internacionales que han utilizado la doctrina de la “causa real” y que un análisis correcto de los mismos debe concluir que este Tribunal es incompetente para conocer de esta disputa toda vez que todos los reclamos de VIEIRA tienen por objeto la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores⁴¹. A este respecto, resulta ilustrativo citar la referencia realizada por CHILE en su Memorial de Réplica respecto al caso *Mondev*, en los siguientes términos:

68. En otras palabras, el tribunal en *Mondev* reconoció que un demandante no puede eludir las restricciones *ratione temporis* a la jurisdicción mediante el artificio de referir la controversia a hechos posteriores a la fecha crítica cuando esos hechos no constituyen, por sí mismos, una infracción al respectivo tratado. **Precisó que estos hechos posteriores no constituyen por sí mismos una infracción si ellos sólo mantienen sin solución o reparación un supuesto hecho ilícito anterior:**

[E]ventos o conducta previos a la entrada en vigencia de una obligación para el Estado demandado pueden ser relevantes en la determinación de si el Estado ha cometido una posterior infracción de la obligación. Pero tiene que ser posible señalar conducta del Estado posterior a esa fecha que constituya por sí misma una infracción. En el presente caso la única conducta que posiblemente podría constituir una infracción de alguna disposición del capítulo 11 es aquella constituida por las decisiones del la SJC y por la Corte Suprema de Estados Unidos, las que pusieron término a las demandas de LPA bajo el derecho de Massachussets. Salvo que esas decisiones hayan sido en sí mismas inconsistentes con las disposiciones aplicables del capítulo 11, el hecho de que ellas se refirieran a conducta anterior a 1994 que pudiera argumentarse habría violado obligaciones bajo el TLCAN (de haber estado el TLCAN entonces vigentes) no puede asistir a Mondev. El mero hecho de que una conducta previa haya permanecido sin solución o reparación al momento en que un tratado

⁴⁰ *Ibidem*, punto 56.

⁴¹ Véanse puntos 57 a 67 del Memorial de Réplica de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 13 de febrero de 2006.

entre en vigencia no justifica que un tribunal aplique el tratado retroactivamente a esa conducta. De lo contrario se subvertiría el principio intertemporal en el derecho de los tratados y la distinción básica entre incumplimiento y reparación que subyace al derecho de responsabilidad del Estado.

69. La doctrina desarrollada en *Mondev* es plenamente aplicable al cargo de que la República de Chile habría infringido sus obligaciones bajo el Acuerdo al haber actuado de la manera impugnada en los tres cargos formulados por la demandante. Lo determinante no es, como parece creer la demandante, si ella explícitamente invocó la aplicación retroactiva del Acuerdo. Lo determinante tampoco es si ella refirió la controversia a hechos posteriores a la fecha crítica, lo que ciertamente ha hecho. Lo determinante es que los hechos constitutivos de los tres cargos simplemente mantienen la situación de no autorización a Concar a pescar en aguas exteriores, que tuvo su origen en la Resolución de Aguas Interiores 1989. La República de Chile estima innecesario reiterar aquí lo expuesto sobre el particular en su memorial de objeciones a la jurisdicción. En esa medida, conforme a la doctrina claramente expuesta en *Mondev*, los hechos correspondientes a los tres cargos formulados en la demanda no constituyen por sí mismos infracciones del Acuerdo que den origen a una controversia surgida después de la entrada en vigencia del mismo.

70. Para que los cargos constituyeran por sí mismo infracciones al Acuerdo, su antijuridicidad debería ser independiente de la Resolución de Aguas Interiores 1989. No lo es. Respecto del primer cargo, la demandante no ha apuntado a ningún elemento constitutivo de antijuridicidad bajo el Acuerdo de la negativa a rectificar la Resolución de Aguas Interiores 1989 que sea independiente de dicha resolución.

71. Lo mismo vale para el segundo cargo. La demandante ha afirmado: “[c]omo a CONCAR S.A. se le había impedido ilegítimamente operar en aguas exteriores durante ese período y, no teniendo en consecuencia pesca computable para acceder a parte del cupo permisible, la Subsecretaría fijó su cuota en cero”. La cuota cero sólo podría ser contraria a derecho si también lo fuera la falta de pesca computable a consecuencia de que la Resolución de Aguas Interiores 1989 no autorizaba a Concar a pescar en aguas exteriores. Es en este contexto que esta parte ha alegado que la demandante ha reconocido que la cuota cero fue el resultado de la correcta aplicación a Concar de la legislación vigente y del hecho que Concar no tenía pesca computable para acceder a parte del cupo permisible. La demandante ha rechazado esta alegación y ha afirmado que la cuota cero constituye una violación de los estándares del Acuerdo, pero al hacerlo no ha apuntado a ningún elemento constitutivo de antijuridicidad de dicha cuota que sea independiente de la pretendida antijuridicidad de la Resolución de Aguas Interiores 1989. En otras palabras, la fijación de la cuota cero no fue en sí misma irregular, ni contraria al Acuerdo, sino que su alegada antijuridicidad surgiría exclusivamente de la pretendida antijuridicidad de la Resolución de Aguas Interiores 1989, que fue la que ocasionó la falta de pesca computable para Concar.

72. Igual ocurre con el tercer cargo. Como informó el profesor Lowe, este cargo sólo quedaría bajo la jurisdicción del Centro según lo resuelto en *Mondev* si los hechos respectivos pudieran constituir por sí mismo infracciones del tratado (“*distinct breaches of the treaty*”). Sin embargo, el tercer cargo es solo una forma encubierta de atacar la negativa chilena a autorizar a Concar a pescar en aguas exteriores. Con este cargo la demandante tampoco ha señalado hechos que pudieran constituir por sí mismos infracción del acuerdo.”

(Énfasis agregado)

157. De igual manera, resulta también ilustrativa a los argumentos de CHILE la aseveración contenida en su Memorial de Réplica respecto al caso *Lucchetti*, en la que se manifiesta lo siguiente:

76. La demandante objetó la pertinencia para el presente caso de lo resuelto por el tribunal en *Lucchetti con Perú*. El tribunal *Lucchetti* estimó que la controversia, a pesar de referirse a hechos posteriores a la fecha crítica, era la misma que, con relación a otros hechos, había surgido antes de dicha fecha. Por esta razón concluyó que caía fuera de la jurisdicción del Centro.

77. La demandante estima que *Lucchetti* “se refiere a una situación fáctica ajena a la que se presenta” en el presente caso. La diferencia entre los dos casos se debería a que “[e]n el caso *Lucchetti* no estaba controvertido por las partes el hecho de la existencia de una controversia anterior resuelta por la justicia peruana”. No es ésta sin embargo una diferencia con el presente caso en absoluto relevante.

78. En primer lugar, al igual que en el presente caso, las partes en *Lucchetti* estaban de acuerdo en ciertos hechos anteriores a la entrada en vigencia del respectivo acuerdo de protección de inversiones, pero en desacuerdo sobre si la controversia sometida al Centro había surgido o no antes de esa fecha crítica. Fue el tribunal el que concluyó que aquellos hechos, anteriores a la entrada en vigencia del respectivo acuerdo, eran constitutivos de la misma controversia sometida al Centro. En el presente caso el Tribunal también está llamado a establecer que la controversia surgió en torno a la Resolución de Aguas Interiores 1989 antes de la fecha crítica, **y que esa controversia es la misma que la demandante ahora refiere a la negativa a rectificar dicha resolución, a la cuota cero y a la conducta de la Subsecretaría de Pesca (en adelante “Subpesca”) en el dictado de la Resolución 371 y en el proceso judicial de impugnación de esta resolución.**

(Énfasis agregado).

158. En adición a lo anterior, CHILE manifiesta que la propia DEMANDANTE ha reconocido que la causa real de la controversia se remonta a la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores, pues de su informe económico se desprende que reclama daños y perjuicios desde el año 1990, fecha en la que VIEIRA realizó su inversión. Esta aseveración fue realizada por CHILE en su Memorial de Réplica en los siguientes términos:

80. Vieira demanda “la suma equivalente a la compensación debida de la totalidad de los daños sufridos por su inversión, incluyendo el daño y los intereses compuestos sobre esas sumas desde la fecha en la cual la República de Chile violó El Acuerdo”. La demandante acompañó un informe económico de daños. Este informe calcula los daños a partir del año 1990, esto es, a partir de la inversión de Vieira en Chile, pero mucho antes de cualquiera de los hechos que, según la demandante, son objeto de los cargos formulados. Esta inconsistencia confirma que la propia demandante reconoce que la controversia en verdad tiene por objeto la negativa chilena, a partir de la Resolución de Aguas Interiores de 1989, de autorizar a Concar a pescar en aguas exteriores.

159. Por otro lado, en lo que respecta a la equiparación que como sinónimos hizo VIEIRA de los conceptos “controversia” y “reclamación” en razón a la práctica de los Estados de usar distintas fórmulas equivalentes a dichos conceptos, CHILE manifiesta que dicha práctica más bien denota la reticencia de los Estados por recurrir a términos técnicos buscando evitar que se burle la voluntad de los Estados para excluir *ratione temporis* de la jurisdicción del Centro todas las diferencias surgidas antes de la entrada en vigor del ACUERDO. De igual manera, ante el argumento de VIEIRA de que el Acta Interpretativa constituye en realidad una modificación (y no interpretación) a los términos empleados en el artículo 2 del ACUERDO, CHILE sostiene que dicha aseveración es incorrecta y el Acta Interpretativa simplemente precisa dos conceptos imprecisos, debiéndose valorar conforme al artículo 31 de la Convención de Viena.⁴²

160. Adicionalmente a lo anterior, CHILE insiste en el hecho de que la controversia nació antes de la entrada en vigor del ACUERDO, aduciendo que su posición jurídica frente a la posición de CONCAR de pescar en aguas exteriores fue expuesta en septiembre de 1990 y confirmada en mayo de 1992.

161. A este respecto, CHILE argumenta que la distinción entre “solicitud de ampliación” y “solicitud de rectificación” es insostenible a la luz de los hechos y del artículo 2 del ACUERDO, pero que de cualquier manera la DEMANDADA negó la rectificación de la Resolución No. 291 mediante la Resolución No. 381 dictada por SUBPESCA con fecha 7 de mayo de 1992, sosteniendo que: *“El que la resolución de Subpesca de 7 de mayo de 1992 no se pronunciara explícitamente sobre la afirmación de Concar de que la exclusión de aguas exteriores en el permiso de pesca en la Resolución de Aguas Interiores 1989 era contraria a derecho, en nada modifica la conclusión anterior. Los actos administrativos no están sujetos a la obligación de responder puntualmente todos los argumentos de una solicitud o reclamo. Al negar la ampliación solicitada, la República de Chile rechazó los argumentos sobre el supuesto desconocimiento de los derechos de Concar. El silencio sobre dicho supuesto*

⁴² El artículo 31 de la Convención de Viena sobre Celebración de Tratados establece lo siguiente: “Artículo 31. 1. Un tratado internacional deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. [...] 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.”

desconocimiento no significa que la República de Chile no haya controvertido la posición de Concar del modo que exige el artículo 2.3 del Acuerdo para entender que ha surgido una controversia”⁴³.

162. De igual manera, CHILE sostiene que si bien en la reclamación de 1995 CONCAR hace referencia por primera vez a los derechos lesionados de VIEIRA, esto no cambia el hecho de que la controversia había surgido con anterioridad, pues el artículo 2.3 del ACUERDO no exige una determinada articulación formal de la controversia. En el mismo sentido, CHILE manifiesta en relación a la reclamación de 1995 que el hecho de que la misma haya sido dirigida al Ministerio de Economía y no a SUBPESCA en nada modifica la existencia de una controversia en los términos del ACUERDO.

163. Finalmente, frente al argumento de VIEIRA relativo a que “[n]o existió en la terminología de la nota de Concar del 9 de julio ni en las notas posteriores de septiembre y diciembre de 1991 una toma de posición jurídica que pueda enfrentarse u oponerse a la posición aún no explicitada de la autoridad administrativa que recién se expide sobre el pedido de rectificación en el año 1997”⁴⁴, CHILE manifiesta que no es posible sostener que una reclamación siempre sea posterior a una controversia pues la distinción entre dichos términos no tendría razón de ser, por ende, estas cartas son sumamente relevantes al caso, pues las mismas constituyen una reclamación en los términos del ACUERDO, suponiendo que a esa fecha CHILE no hubiera fijado su posición jurídica, lo que evidentemente niega.

2. Manifestaciones Adicionales de VIEIRA

164. En razón de los argumentos esgrimidos por CHILE en torno a la falta de jurisdicción del CIADI para conocer de la presente disputa, a través de su escrito de Dúplica de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 12 de abril de 2006, VIEIRA plantea nuevamente sus comentarios respecto a la improcedencia general de las objeciones a la

⁴³ *Ibidem*, punto 100.

⁴⁴ *Ibidem*, punto 7.

jurisdicción en base a la doctrina de actos propios y el principio de *Estoppel*, insiste en su planteamiento respecto a la caracterización jurídica de los hechos narrados en su demanda y refuta los argumentos adicionales expuestos por CHILE para sostener la jurisdicción *ratione temporis* del CIADI, en los términos que a continuación se refieren.

- **Improcedencia General de las Objeciones a la Jurisdicción del Centro**

165. Por lo que hace a la excepción general de improcedencia de las objeciones a la jurisdicción en base a la participación de CHILE en las consultas amistosas seguidas a la luz del artículo 10 del ACUERDO, VIEIRA manifiesta que no pretende a través de la aplicación del principio de *Estoppel* y de la doctrina de los actos propios suplantar a los requisitos jurisdiccionales establecidos en el artículo 25 del Convenio de Washington, ni discute que el Tribunal debe constatar el cumplimiento objetivo de los mismos (especialmente el requisito de consentimiento escrito) y de los establecidos en el ACUERDO⁴⁵, sino lo que la DEMANDANTE manifiesta es que *“la interpretación de buena fe del comportamiento de Chile durante las negociaciones no puede llevar más que a sostener que dicho Estado actuó frente a un inversor extranjero y en el marco de un reclamo bajo El Acuerdo. Sea a través de un reconocimiento expreso, mediante la firma de las Actas vinculadas a las negociaciones, sea un reconocimiento tácito o aquiescencia, al haber participado en las negociaciones solicitadas por el inversor, la República de Chile aceptó que estaba frente a una controversia en el marco de El Acuerdo. Chile pretende ahora, rechazar tal circunstancia, ir contra aquel comportamiento y es por ello que la parte Demandante invoca la doctrina de los actos propios o el principio de estoppel”*⁴⁶.

166. A este respecto, VIEIRA manifiesta lo siguiente:

Estamos de acuerdo en que el hecho de que un Estado entable negociaciones con los representantes de una sociedad no implica por sí solo que se esté ante una negociación en el marco de un conflicto con un inversor extranjero. Puede suceder que el Estado acepte escuchar los reclamos del inversor en el marco de un tratado de inversiones y que en base a esos argumentos considere que no se trate de una controversia relativa a inversiones, sea porque el peticionante de las negociaciones no es un inversor extranjero, sea porque no se trata de una controversia que surja directamente de una inversión. **Sin embargo, de darse dicha situación, el representante del Gobierno bajo ningún concepto puede suscribir un acta por**

⁴⁵ Puntos 7 a 10 del Memorial de Dúplica de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 12 de abril de 2006.

⁴⁶ *Ibidem*, punto 12.

medio de la cual se haga referencia a esa parte como “inversor extranjero” o se consigne que se pone término a las negociaciones exigidas por el tratado bilateral de inversiones, ya que estas conductas serán inconsistentes con la alegación de que no se trata de un inversor extranjero o de una controversia amparada por el tratado de protección de las inversiones extranjeras.⁴⁷

(Énfasis agregado)

167. Sobre esta base, VIEIRA argumenta que mediante la firma de las actas de las consultas amistosas seguidas a la luz del artículo 10 del ACUERDO, la DEMANDADA reconoció el carácter de inversor extranjero en VIEIRA, así como la existencia de una controversia que, al no haber existido un arreglo sobre el fondo del asunto, se habilitó para ser sometida a la jurisdicción del CIADI. Lo anterior sin importar cuál fue la intención del representante chileno al firmar dicho documento, pues el mismo se configuró como un acto bilateral y no unilateral, siendo inaplicable la referencia hecha por CHILE respecto al Primer Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre los Actos Unilaterales del Estado en el que se afirma que la intención del Estado es necesaria para que le genere una obligación.

168. A mayor abundamiento, VIEIRA manifiesta que los precedentes jurisdiccionales internacionales en los que CHILE pretende robustecer sus argumentos han sido descontextualizados, no siendo aplicables a la presente controversia y que, por el contrario, los mismos benefician la posición de VIEIRA, tal y como se desprende de lo manifestado en el punto 28 de su Memorial de Dúplica, que establece lo siguiente:

28. La República de Chile también invoca un párrafo del caso *Nottebom*, citado por el Relator Especial de la CDI en su Séptimo Informe sobre los Actos Unilaterales del Estado donde se discute la renuncia de derechos y aceptación de reclamos. Sin embargo, dicho párrafo resulta favorable a la Demandante, por cuanto en él se hace referencia a que el consentimiento a participar en negociaciones o la participación efectiva no entraña en sí misma la aceptación del reclamo de la contraparte “cuando no se hubiera expresado ese abandono o aceptación y cuando no surja indiscutiblemente de la actitud adoptada”. En este caso, como ya se señaló, precisamente surge la aceptación o reconocimiento de la existencia de un reclamo, por lo que resulta perfectamente aplicable la doctrina que cuestiona la Demandada.

169. Finalmente, en su Memorial de Dúplica VIEIRA refuta el argumento relativo a que no puede beneficiarse del principio de *Estoppel* al serle imposible esperar de buena fe que CHILE no objetará la jurisdicción, en los siguientes términos:

⁴⁷ *Ibidem*, punto 13. El subrayado es nuestro.

31. La Demandada también sostiene que “*la doctrina de los actos propios o principio del estoppel requieren que la parte que las invoca haya actuado de buena fe...*” y que “*(e)n el presente caso la demandante ha alegado haber actuado o dejado de actuar de buena fe, en su perjuicio en beneficio de la República de Chile, sobre la base de declaraciones o conducta de ésta durante las consultas amistosas*”, por lo que considera que esa “*sola razón es suficiente para rechazar el alegato de estoppel*”. Esta última exigencia es contraria a los principios generales del derecho que se aplican, asimismo, en el derecho internacional. En efecto, tal como se afirma en la jurisprudencia internacional – tanto en las decisiones de larga data como en las decisiones actuales –, la buena fe se presume, la mala fe no se presume. Si la parte Demandante (sic) considera que Vieira actuó de mala fe debe probar dicha alegación, pero no puede pretender que sea Vieira que pruebe que actuó de buena fe. Por supuesto que lo hizo, nunca escondió el hecho de que actuara en el marco de una controversia bajo El Acuerdo, tal como se consignó expresamente en los términos de la nota presentada ante el Ministerio de Economía por medio de la cual CONCAR S.A. solicitaba el inicio de las negociaciones [...] lo alegado y probado por Vieira es suficiente, puesto que el derecho internacional no exige el cumplimiento de ningún otro requisito para poder invocar la doctrina de los actos propios o el principio de *estoppel*.

- **Improcedencia de la Relación de Hechos de la Demandada**

170. Por otro lado y en lo que respecta a los comentarios de CHILE en torno a la determinación de los hechos relativos a la controversia jurisdiccional, VIEIRA sostiene que CHILE intenta confundir al Tribunal de Arbitraje elucubrando una teoría de la caracterización de los hechos a la que no se ha referido y manifiesta que “[...] *la Demandante jamás expresó en su Memorial de Contestación de Objeciones a la Jurisdicción su propia caracterización jurídica de los hechos. Sí lo hizo respecto a los reclamos contra la República de Chile. Dos cuestiones totalmente diferentes: Caracterización jurídica de los hechos vs. Caracterización jurídica de los reclamos contra Chile. Ello no significa desconocer la competencia del Tribunal para decidir sobre su propia competencia [...]*”⁴⁸, como lo pretende hacer valer CHILE.

171. De esta manera, VIEIRA sostiene que CHILE ha desvirtuado por completo sus argumentos, manipulando los precedentes jurisprudenciales internacionales en que fundamenta sus razonamientos. A este respecto, resulta relevante destacar lo manifestado por la DEMANDANTE en su Memorial de Dúplica, en los siguientes términos:

42. Lo mismo sucede en el caso *Salini c. Marruecos*. La alegación de la Demandada del párrafo 63 no avala la posición pretendida por Chile al claramente

⁴⁸ *Ibidem*, punto 37.

expresar “*The claims of the Italian companies, to the extent that they correspond to violations of the Bilateral Treaty are included within the ambit of the Arbitral’s Tribunal jurisdiction. It will be for the Claimants to establish the merits of these claims in the subsequent stages of the arbitral proceedings*”. Así es que en la parte dispositiva el Tribunal afirmó “*the Tribunal declares that it has jurisdiction over the Italian companies claims, as they are formulated...*”.

43. Peor aún es la cita que realiza la República de Chile para el caso *Maffezini*. Ingeniosamente, Chile cita el párrafo 69 de la Decisión de Jurisdicción pero no el 68.

44. El párrafo 68 de la decisión de *Maffezini* dice: “*Estas disposiciones indican que las inversiones de capital están cubiertas por el ABI. Además, disponen que las personas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes, que efectúen inversiones en sociedades o entidades jurídicas similares creadas en el territorio de la otra Parte Contratante, tienen en general derecho a invocar la protección de este tratado. Estas disposiciones complementan los requisitos del Artículo 25 del Convenio y son compatibles con ellos. Las argumentaciones del Demandante en cuanto a su capacidad para presentar este caso son plenamente compatibles con estas disposiciones*”. Es claro que a efectos de la jurisdicción el Tribunal en *Maffenzi* consideró las argumentaciones de la Demandante como válidas.

45. Continúa diciendo el párrafo 69 que “*Esta conclusión no significa que en realidad el Demandante haya probado que tiene una reclamación válida por perjuicios sufridos en su capacidad personal. Tendrá que hacerlo en el procedimiento sobre el fondo de la controversia para poder proteger su causa...*”. S. A. Eduardo Vieira nunca controvertió esta argumentación ni en su Memorial de Demanda ni en su Contestación a las Objeciones sobre Jurisdicción. El Tribunal en *Maffenzi* otorgó jurisdicción remitiendo al fondo la cuestión de si la Demandante tiene una reclamación válida por perjuicios sufridos.

46. Nuevamente, la jurisprudencia del CIADI en este sentido, avala la posición de la Demandante. La República de Chile debe evitar, en la fase jurisdiccional, alegar temas que deben resolverse en el fondo.

47. En este contexto, refuerza aún más la posición de S. A. Eduardo Vieira lo establecido por el Tribunal Arbitral en el caso *Continental Casualty c. República Argentina*: “... ***El objeto de la investigación consiste en determinar si la reclamación, tal como lo formuló la Demandante, cumple los requisitos pertinentes en materia de jurisdicción, en cuanto a la cuestión fáctica de que se trata y a las normas jurídicas invocadas como aplicables y cuya trasgresión se aduzca, en cuanto a la reparación solicitada. A esos efectos, revise decisiva importancia la presentación de la reclamación formulada por la Demandante. La investigación no debe estar encaminada a establecer si la reclamación es fundada, sino si el Tribunal es competente para pronunciarse sobre la misma***”.

....

51. Confirmando esta tendencia, en *Plama v. Bulgaria* el Tribunal estableció que “*if on the facts alleged by the Claimants, the Respondent’s actions might violate the BIT, then the Tribunal has jurisdiction to determine exactly what the facts are and see whether they do sustain a violation of that Treaty.*”⁴⁹

(Énfasis agregado)

172. En atención a sus manifestaciones en torno a este punto, VIEIRA concluye que “[e]l objeto del análisis de la fase jurisdiccional es determinar si los reclamos, tal como

⁴⁹ *Ibidem*, puntos 42 a 47 y 51.

fueron formulados por la Demandante, cumplen los requisitos jurisdiccionales aplicables”⁵⁰, no debiendo el Tribunal analizar el fondo de la controversia.

- **Consideraciones en torno a la Jurisdicción *Ratione Temporis***

173. Finalmente, en su escrito de Dúplica de Objeciones a la Jurisdicción, VIEIRA insiste en que el Centro sí tiene jurisdicción *ratione temporis* para conocer de la presente disputa y refuta los argumentos planteados por CHILE, como a continuación se expone.

174. En principio, VIEIRA manifiesta que “la única restricción al ámbito de aplicación temporal del Acuerdo se refiere a las controversias que surjan con anterioridad a su entrada en vigor de conformidad con su artículo 2” y “que las controversias sometidas al Tribunal y descritas en el Memorial de Demanda surgieron con posterioridad a la entrada en vigor de El Acuerdo”⁵¹. En este sentido, VIEIRA sostiene que:

67. La Demandante ha reiteradamente sostenido que la controversia no se fundamenta sobre la ilicitud de la Resolución de 1989 sino sobre la actitud discriminatoria, el trato arbitrario, injusto e inequitativo imputables a Chile respecto a la inversión del inversor protegido por El Acuerdo al no proceder en tiempo oportuno a la solicitud de rectificación de un acto administrativo, al imponer una expropiación indirecta al otorgar cuota 0 y al dar al inversor, a través de las actuaciones de la Subsecretaría de Pesca en procedimientos judiciales, un trato injusto, arbitrario y discriminatorio reñido con las obligaciones asumidas por Chile en El Acuerdo.⁵²

175. En torno a la aplicación supletoria del artículo 28 de la Convención de Viena al artículo 2.3 del ACUERDO pretendida por CHILE, VIEIRA manifiesta que dicho argumento se basa en un grave error jurídico y en la distorsión de la jurisprudencia citada, pues “omite intencionalmente el considerar que las cláusulas jurisdiccionales aplicadas en los precedentes relevantes citados incluyen dos requisitos acumulativos relativos a controversias y a hechos posteriores que son completamente ajenos a lo acordado por Chile y por España a través de la cláusula 2.3 del El Acuerdo.”⁵³ Así, VIEIRA se “opone a la interpretación que erróneamente pretende la Demandada darle

⁵⁰ *Ibidem*, punto 53.

⁵¹ *Ibidem*, punto 3.

⁵² *Ibidem*, punto 67.

⁵³ *Ibidem*, punto 61.

al mencionado Artículo 28 con la intención de desnaturalizar el contenido expreso del Artículo 2.3 de El Acuerdo y así excluir de sus alcances a toda controversia posterior a la entrada en vigor del tratado que pueda referirse a situaciones anteriores”⁵⁴.

176. Bajo esta línea, la DEMANDANTE manifiesta que:

76. Al referirse la Demandada a la aplicación de una regla supletoria no puede desconocer la existencia de una norma o regla principal aplicable. Esa regla aplicable en el presente caso no es nada más y nada menos que el Artículo 2.3 de El Acuerdo que expresa: “*No se aplicará [El Acuerdo], sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor*”.

77. Si las Partes contratantes hubieran querido acordar no aplicar El Acuerdo a situaciones o hechos anteriores a su entrada en vigor, así lo debieron expresar, y así lo hubieran con seguridad expresado. Esto es lo que acordó Chile con otros Estados que aceptaron limitar los alcances de la protección de los inversores comprendidos por otros acuerdos de promoción y protección en los que expresamente las Partes Contratantes consintieron que esos acuerdos no se aplicarían a hechos o situaciones anteriores a su entrada en vigor. Chile acordó con el Reino de España no incluir la limitación referida en el párrafo anterior.

78. En todo caso, Chile no puede ahora suplir la falta de consentimiento expreso con el Reino de España para limitar los alcances del Artículo 2.3 de El Acuerdo, a través de una interpretación unilateral reñida no sólo con la práctica internacional sino incluso con el principio básico de la buena fe.

.....

82. El artículo 28 de la Convención de Viena al ser invocado por la Demandada como la norma supletoria no puede contradecir, ampliar o modificar los alcances de la norma que el Tribunal debe inexorablemente aplicar, es decir el Artículo 2.3 de El Acuerdo.⁵⁵

177. Por otro lado, VIEIRA afirma que CHILE no expuso ningún fundamento jurídico para justificar el tratamiento diferenciado que argumenta debe darse a las cláusulas sustantivas y jurisdiccionales en un tratado internacional y que, además, “[l]a Conferencia de las Naciones Unidas que aprobó en 1969 el texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no discutió incluir este trato diferenciado. Las posiciones doctrinarias de los miembros de la Comisión de Derecho Internacional tampoco reflejan el desarrollo ni siquiera de un derecho progresivo que se refiera a la irretroactividad de los tratados en el sentido de excluir de su aplicación violaciones

⁵⁴ *Ibidem*, punto 65.

⁵⁵ *Ibidem*, puntos 76 a 78 y 82.

*posteriores a un tratado por el mero hecho de que tengan antecedentes o estén relacionadas con hechos anteriores.”*⁵⁶

178. Asimismo, la DEMANDANTE sostiene que CHILE intenta asimilar las controversias planteadas en el Memorial de Demanda con los hechos antecedentes a esas controversias, manifestando además lo siguiente:

105. Cuestionar y argumentar sobre los hechos condicionantes de las violaciones objeto de la controversia implica entrar en el fondo de esas cuestiones planteadas. Los hechos y circunstancias que rodean la negativa del Ministerio de Economía a rectificar en 1997 lo solicitado por Concar, constituye una violación autónoma de El Acuerdo respecto a pedimentos y solicitudes de ampliación anteriores que no generaron en sí mismos el surgimiento de una controversia con anterioridad a la entrada en vigor del El Acuerdo. Las circunstancias de esas violaciones imputables a Chile ante la falta de una implementación adecuada y en tiempo oportuno por parte de la Subsecretaría de Pesca de la Resolución 371 y el posterior otorgamiento de la cuota 0 a Concar en el año 2001. Por otra parte, las acciones y omisiones de la Subsecretaría de Pesca ante los tribunales chilenos en relación a recursos judiciales presentados en 2001 constituyen otra violación autónoma de las anteriores violaciones de las obligaciones emanadas de El Acuerdo e imputables a Chile.⁵⁷

179. A mayor abundamiento, VIEIRA sostiene que los precedentes jurisdiccionales en que CHILE pretende justificar su teoría sobre la “causa real” u “objeto” de la controversia, han sido completamente descontextualizados por la DEMANDADA, toda vez que en dichos casos (a diferencia de lo que sucede con el presente asunto) la jurisdicción estaba siendo analizada a la luz de declaraciones o cláusulas que contienen limitaciones *ratione temporis* no contempladas por el artículo 2.3 del ACUERDO y que están referidas a una exclusión de la jurisdicción no sólo a controversias anteriores a la fecha crítica (vigencia del acuerdo o declaración), sino además a los hechos o a las situaciones anteriores a esa fecha relacionados con controversias posteriores.⁵⁸

180. En relación a este punto resulta relevante destacar lo manifestado por VIEIRA en su Memorial de Dúplica, en los siguientes términos:

112. No obstante al interpretar la Corte Permanente una norma jurídica más restringida que la que se aplica en el presente caso, sostuvo en cuanto a la exclusión de hechos o situaciones anteriores a la fecha de la declaración, que: “*Es cierto que una disputa puede presuponer la existencia de alguna situación o hecho*

⁵⁶ *Ibidem*, punto 86.

⁵⁷ *Ibidem*, punto 105.

⁵⁸ *Ibidem*, puntos 107 a 120.

previo, pero de esto no se sigue que la disputa surja en relación con esa situación o hecho. Una situación o hecho en relación con los cuales se dice que una disputa ha surgido deben ser la causa real de la disputa.⁵⁹

113. En el caso *Interhandel* la Corte Internacional rechazó la objeción presentada por los Estados Unidos de América por la que reclamaba que la controversia había surgido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de su declaración unilateral de aceptación de la jurisdicción del tribunal. La Corte sostuvo que los hechos y situaciones que han desembocado en una disputa no deben ser confundidos con la disputa misma. Dentro de estos parámetros, las controversias sometidas por la Demandante a la jurisdicción del Tribunal en el presente caso no pueden ser confundidas con los hechos o situaciones considerados como meros antecedentes al surgimiento de la controversia.

.....

117. El Tribunal en *Mondev* sostuvo en el párrafo 70, que “*eventos o conducta previos a la entrada en vigencia de una obligación para el Estado demandado pueden ser relevantes en la determinación de si el Estado ha cometido una posterior infracción de la obligación*”. Esta afirmación es plenamente coincidente con la posición ya expuesta del Inversor en cuanto a que el Tribunal puede tener en cuenta hechos previos a la entrada en vigencia de El Acuerdo en la determinación de si Chile violó El Acuerdo por hechos realizados una vez que esté entró en vigor. A renglón seguido, el Tribunal sostuvo: “*Pero tiene que ser posible señalar conducta del Estado posterior a esa fecha que constituya por sí misma una infracción*”. Cabe insistir que los reclamos del Inversor se refieren todos a hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado.

(Énfasis agregado)

181. Adoptando su posición inicial de que la controversia objeto del presente arbitraje surgió con posterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO, VIEIRA persiste en su argumento respecto a la diferencia entre los términos “controversia” y “reclamación”, insistiendo que el Acta Interpretativa ha modificado el alcance de estos conceptos, yendo más allá de una simple interpretación. Así, la DEMANDANTE insiste en que una interpretación del artículo 2.3 del ACUERDO realizada en buena fe y en términos de lo dispuesto por el artículo 31 de la Convención de Viena, debe llevar a la necesaria conclusión de que los escritos presentados por CONCAR antes de la entrada en vigor del ACUERDO, así como las resoluciones dictadas por las autoridades chilenas en respuesta a dichos escritos y también antes de la vigencia del ACUERDO, son meros antecedentes de las tres controversias cuyo conocimiento ha sido sometido a este Tribunal y, en este sentido, sostiene nuevamente la diferencia entre “solicitud de ampliación” y “solicitud de rectificación”, que ya han sido referidas.

182. En conclusión, VIEIRA sostiene que todas las controversias sometidas al conocimiento de este Tribunal coinciden con violaciones al ACUERDO consistentes

⁵⁹ La DEMANDANTE se refiere al caso *The Electricity Company of Sofia and Bulgaria*, p. 86.

en: (i) La no rectificación de la Resolución No. 291 en 1997, (ii) La asignación de cuota “cero” realizada en el año 2001 y (iii) la conducta de SUBPESCA al dictar la Resolución No. 371 y su actuación dentro del procedimiento judicial iniciado contra la misma, todas ellas posteriores al 29 de marzo de 1994, fecha crítica en este procedimiento.

183. Finalmente, en contra del argumento de CHILE en el sentido de que tan la controversia se refiere a la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores que la DEMANDANTE ha exigido el pago de daños y perjuicios desde el año de 1990, VIEIRA se manifiesta en su Memorial de Dúplica, en los siguientes términos:

156. En primer lugar, resulta improcedente el planteo de este argumento en la Réplica sobre Jurisdicción, teniendo en cuenta que la cuestión de los daños no es un asunto que haya presentado la Demandante en la contestación de las objeciones de Chile a la jurisdicción, sino en el Memorial de Demanda. Por lo tanto, el hecho de que Chile no haya efectuado comentario alguno sobre dicho punto en su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción y lo haga ahora prueba que se trata de un argumento totalmente superfluo, el cual, por otra parte, no encuentra respaldo en ninguna fuente del derecho internacional.

157. En segundo lugar, todo lo atinente a la determinación o valuación de los daños en el marco de un reclamo es materia de discusión en el fondo del asunto. Por lo tanto, resulta irrelevante a los efectos de la decisión sobre jurisdicción, tal como lo confirma la propia jurisprudencia del CIADI.

158. En tercer lugar, los daños están vinculados a la inversión en sí misma, que se encuentra protegida por El Acuerdo, el cual extiende su protección a las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor. En efecto, el Artículo 2.2. de El Acuerdo dispone que dicho tratado “*también beneficiaría a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia...*”. Por lo tanto, resulta errónea e improcedente la deducción que pretende extraer la República de Chile de los daños mencionados por la Demandante en el Memorial de Demanda o en el Informe económico de daños.

159. En cuarto lugar, cabe aclarar que la propia Demandada menciona el hecho de que la parte Demandante reclamó en su demanda “*la suma equivalente a la compensación debida de la totalidad de los daños sufridos por su inversión, incluyendo los daños y los intereses compuestos sobre esas sumas desde la fecha en la cual la República de Chile violó El Acuerdo*”. Sin embargo, esta cuestión pertenece a la etapa de discusión del fondo del asunto, en la cual la República de Chile tendrá oportunidad de referirse tanto al Informe económico de daños como a los montos reclamados por la Demandante.

184. Siendo estos los hechos y las consideraciones de derecho que fueron planteados a lo largo de este procedimiento arbitral, este Tribunal procede a realizar el análisis jurisdiccional de los mismos a la luz del consentimiento manifestado por CHILE en el ACUERDO.

d) Análisis Jurisdiccional del Tribunal

185. De acuerdo con las peculiaridades del caso y de la excepción a la jurisdicción *ratione temporis* antes expuesta, el punto controvertido a resolver se refiere al alcance del consentimiento manifestado por CHILE a través del artículo 2 del ACUERDO. Por ello, este Tribunal considera relevante analizar los principios que regulan el consentimiento a la jurisdicción del Centro.

186. Al respecto, resulta de la mayor relevancia el principio establecido en el primer párrafo del Artículo 25 del Convenio de Washington, que establece lo siguiente:

Artículo 25. 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.**

(Énfasis agregado)

187. En relación a este artículo, el Informe de los Directores Ejecutivos establece en su párrafo 23 lo siguiente:

El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El **consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente** (artículo 25 (1))⁶⁰.

(Énfasis agregado)

188. Siendo el consentimiento de las partes el elemento fundamental a partir del cual se debe determinar la jurisdicción del Centro, resulta altamente ilustrativa la siguiente afirmación hecha por el tribunal en la decisión que resolvió el caso *Tokio Tokelés c. Ukraine*:

The jurisdiction of the Centre depends first and foremost on the consent of the Contracting Parties, who enjoy broad discretion to choose the disputes that they will submit to ICSID. Tribunals shall exercise jurisdiction over all disputes that

⁶⁰ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, del 18 de marzo de 1965, párrafo 23.

fall within the scope of the Contracting Parties' consent as long as the dispute satisfies the objective requirements set forth in Article 25 of the Convention.⁶¹

189. Conforme a lo antes expuesto, es indiscutible que son las partes las que, a través de su consentimiento, deciden qué clases de controversias se someterán a arbitraje; sin embargo, es el tribunal ante el que se somete una controversia el que deberá determinar cuál es el alcance del consentimiento que han otorgado las partes y, por ende, cuáles controversias consintieron en someter a la jurisdicción del Centro.

190. La labor del tribunal, en los términos antes indicados, no puede ser arbitraria, sino que debe estar sujeta a los principios de interpretación previstos por el artículo 31 de la Convención de Viena y además, por los principios interpretativos que la jurisprudencia de este Centro ha desarrollado.

191. A este respecto, se ha establecido que todo el análisis sobre la jurisdicción debe realizarse con meticuloso cuidado, sin partir de presunciones a favor o en contra de la jurisdicción del Centro. Así, en el caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt*, se estableció lo siguiente:

Clearly, then, **there is no presumption of jurisdiction** – particularly where a sovereign State is involved – and **the Tribunal must examine Egypt's objections to the jurisdiction of the Centre with meticulous care, bearing in mind that jurisdiction in the present case exists only insofar as consent thereto has been given by the Parties**. This is not to say, however, that there is a presumption against the conferment of jurisdiction with respect to a sovereign State or that instruments purporting to confer jurisdiction should be interpreted restrictively. **Judicial and arbitral bodies have repeatedly pronounced in favour of their own competence where the force of the arguments militating in favor of jurisdiction is preponderant.** (E.g., *Temple of Preah Vihear (Preliminary Objections)*, ICJ Reports 1961, p. 34; *Chorzow Factory*, PCIJ, Series A, No. 9, p. 32 (1925); *Affaire des forêts du Rhodope central (question préalable)*, RIAA, vol. 3, p. 3104 (1931).) Moreover, as the Permanent Court of International Justice observed in the *Chorzow Factory* case:

The fact that weighty arguments can be advanced to support the contention that it has no jurisdiction cannot of itself create a doubt calculated to upset its jurisdiction. (PCIJ. Series A, No. 9, p. 32 (1927).)

Thus, jurisdictional instruments are to be interpreted neither restrictively nor expansively, **but rather objectively and in good faith**, and jurisdiction will be found to exist if – but only if – the force of the arguments militating in favor of it is preponderant.⁶²

⁶¹ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18. Decision on Jurisdiction of April 29, 2004, par. 19.

⁶² *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Arab Republic of Egypt*, Caso CIADI No. ARB/84/3. Decisión sobre jurisdicción del 14 de abril de 1998, párrafo 63.

(Énfasis agregado)

192. Una vez eliminadas las presunciones, para determinar los alcances y requisitos del consentimiento de las partes, los tribunales del CIADI deben tratar de precisar cuál ha sido la voluntad de las partes para determinar el alcance de su consentimiento. Así, por ejemplo, en el caso *Amco Asia Corporation et. Al. c. Indonesia*, el tribunal consideró lo siguiente:

[...] like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed *restrictively*, nor, as a matter of fact, *broadly* or *liberally*. It is to be construed in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties: such method of interpretation is but the application of the fundamental principle *pacta sunt servanda*, a principle common, indeed, to all systems of internal law and to international law. Moreover –and this is again a general principle of law- any convention, including conventions to arbitrate, should be construed in good faith, that is to say by taking into account the consequences of their commitments the parties may be considered as having reasonably and legitimately envisaged.⁶³

193. Adicionalmente, el Tribunal tiene que considerar, en la determinación de la jurisdicción del Centro, el principio de buena fe.

194. El principio de buena fe en esta determinación se manifiesta en un doble sentido. Por un lado, en la buena fe con la cual el Tribunal de Arbitraje debe actuar al momento de realizar su análisis jurisdiccional y, por el otro, en que dicho análisis debe partir de la premisa de que el consentimiento de las partes fue otorgado de buena fe y, por ende, en el momento en que manifestaron su consentimiento, las partes lo hicieron con la intención de que éste produjera todos sus efectos en las circunstancias acordadas por ellas.

195. Precisados los lineamientos anteriores conforme a los que este Tribunal se sujetará para resolver la presente disputa, el análisis que a continuación se formula tiene por objeto determinar cuál fue la intención que CHILE y el Reino de España tuvieron al celebrar el ACUERDO (de manera específica su artículo 2) y una vez determinado lo anterior, este Tribunal se hará a la tarea de determinar si el Centro tiene o no jurisdicción sobre la presente disputa a la luz de los hechos del caso y de la caracterización jurídica realizada por la DEMANDANTE sobre sus reclamos. Sin embargo, antes de formular dicho análisis, este Tribunal se pronunciará respecto a la

⁶³ *Amco Asia Corporation et al.v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, of 25 September, 1983, par.14.

improcedencia general a las objeciones a la jurisdicción planteada por VIEIRA en base al principio de *Estoppel* y a la doctrina de los actos propios, así como a la consideración expuesta por la DEMANDANTE en torno a la caracterización jurídica de sus reclamos.

1. Improcedencia General de la Objeción a la Jurisdicción - El Principio de *Estoppel* y la Doctrina de los Actos Propios.

196. Partiendo de las posiciones de las partes y de un análisis de lo manifestado por CHILE en las actas levantadas con motivo de las consultas amistosas, este Tribunal no encuentra una aceptación expresa de CHILE respecto a la jurisdicción del Centro, ni tampoco una renuncia expresa de su parte para objetar a esta jurisdicción, por lo que la renuncia a este derecho por parte de CHILE únicamente podría considerarse como implícita o inherente al hecho de que la DEMANDADA firmó unas actas levantadas en aplicación directa del artículo 10 del ACUERDO, reconociendo en consecuencia que la disputa planteada por VIEIRA es arbitrable según lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio de Washington y en el propio ACUERDO, al cumplirse todos los elementos necesarios a la jurisdicción *ratione temporis*, *ratione materia*, *ratione persona* y *ratione voluntatis*. En este sentido, la posición de VIEIRA respecto a lo manifestado por CHILE a través de un acto propio y en aplicación del principio de *Estoppel*, debe limitarse exclusivamente a la aquiescencia chilena o a la aceptación a la jurisdicción del CIADI implícita en las Actas.

197. Bajo esta tesitura, este Tribunal considera que el hecho de que CHILE haya participado en las consultas amistosas a la luz del artículo 10 del ACUERDO (firmando las actas correspondientes), de ninguna manera puede entenderse como una aceptación incondicional a la jurisdicción del Centro o como una renuncia a objetarla, pues en aplicación directa del mencionado artículo, CHILE ha aceptado la jurisdicción del CIADI en los términos dispuestos por el Convenio de Washington y bajo el procedimiento arbitral seguido bajo sus Reglas de Arbitraje, conforme a las cuales, existe un momento procesal específico en el que el Estado que ha sido demandado puede objetar a la jurisdicción del Centro.

198. En efecto, el procedimiento de la solución de controversias pactado entre CHILE y el Reino de España en el ACUERDO, debe observarse como un procedimiento integral comprendido por diversas etapas con objetivos y fines distintos. Así las cosas, si bien es cierto que las consultas amistosas son un procedimiento independiente al arbitraje, las mismas forman parte de un mismo mecanismo de solución de controversias, tanto es así que, el ACUERDO dispone como presupuesto jurisdiccional al arbitraje un plazo de seis meses en el que las partes deben agotar todos sus esfuerzos para resolver amigablemente la diferencia.

199. Siendo dos etapas distintas dentro de un mismo mecanismo de solución de diferencias, en base a una interpretación integral del ACUERDO y del propio Convenio de Washington (a la que el mismo ACUERDO remite y que es aplicable a la presente controversia), este Tribunal considera que la finalidad y, por ende, la actuación de las partes dentro de las consultas amistosas y del arbitraje, debe ser distinta.

200. En este sentido, dada la naturaleza adversarial y contenciosa de la etapa relativa al arbitraje, es en esta etapa en la que se prevé una oportunidad procesal específica para oponerse a la jurisdicción del Centro, siendo la interpretación de este Tribunal que la voluntad de las partes signatarias del ACUERDO fue que toda objeción a la misma se plantee en dicho momento y no en uno anterior. De sostener lo contrario arribaríamos a la necesaria conclusión de que el Estado tendría que manifestar expresamente su objeción a la jurisdicción del Centro desde el momento mismo en que se inician las consultas amistosas, lo que, como lo alega la DEMANDADA, es contrario a la naturaleza constructiva y de diálogo que dichas consultas deben tener.

201. A este respecto, resulta relevante destacar las disposiciones aplicables del artículo 10 del ACUERDO, de los artículos 25, 36 y 41 del Convenio de Washington y del artículo 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI⁶⁴, que respectivamente establecen lo siguiente:

ARTICULO 10

⁶⁴ De conformidad a lo manifestado en el punto (2) del Artículo 36 de la Convención de Washington, toda Controversia sometida ante un tribunal arbitral en aplicación de la misma, deberá regirse por las Reglas del Arbitraje del Centro, resultando así relevante para esta controversia la disposición referida.

Conflicto entre una Parte e Inversionistas de la otra Parte

1.- Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente Tratado, entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las dos partes en la controversia.

2.- **Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a elección del inversionista:** (Énfasis agregado)

- o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;

- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.

Una vez que un inversionista haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno y otro de esos procedimientos será definitiva.

3.- En caso de recurso al arbitraje internacional la controversia podrá ser llevada ante uno de los órganos de arbitraje designados a continuación a elección del inversionista:

Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Tratado se haya adherido a aquél. Mientras esta condición no se cumpla, cada parte contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo complementario del C.I.A.D.I. (Énfasis agregado)

.....

5.- Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia.

.....

Artículo 25

(1) 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.

.....

Artículo 36

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) **La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, [...] de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.**

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación. (Énfasis agregado)

Artículo 41

(1) **El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.**

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión. (Énfasis agregado)

Regla 41

(1) Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción.

(2) El Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia.

(3) En cuanto se oponga formalmente una excepción relativa a la diferencia, se suspenderá el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. El Presidente del Tribunal, después de consultar a los demás miembros, fijará un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción.

(4) El Tribunal decidirá si las actuaciones adicionales relacionadas con la excepción serán orales. Podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Si el Tribunal decidiere rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales.

(5) Si el Tribunal decidiere que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del Centro, o que no es de su competencia, dictará un laudo declarándolo.

(Énfasis agregado)

202. Conforme a las disposiciones antes transcritas, al no existir una aceptación expresa e incondicional a la jurisdicción del Centro, ni tampoco una renuncia clara por parte de CHILE para objetar esta jurisdicción, este Tribunal considera que dicha renuncia no puede inferirse de ciertos actos del Estado chileno cuando la normatividad aplicable a la diferencia establece lineamientos objetivos conforme a los cuales dicha jurisdicción debe ser valorada, así como un momento procesal preciso en el que dichas

impugnaciones deben realizarse. Así las cosas, el silencio o la renuncia tácita que pudiera llegar a desprenderse implícitamente de la firma de las actas de las consultas amistosas sostenidas a la luz del artículo 10 del ACUERDO (y que este Tribunal no observa en las mismas), son insuficientes para suplantar lo que en forma expresa y clara se establece en las disposiciones antes transcritas.

203. A mayor abundamiento, la posición asumida por este Tribunal es a su vez congruente con el principio *Competence – Competence* internacionalmente reconocido y plasmado en el párrafo primero del artículo 41 del Convenio de Washington y por el que, aún de oficio, el Tribunal de Arbitraje puede analizar la jurisdicción del Centro a la luz de los criterios objetivos que a través de pactos internacionales han asumido los Estados contratantes de un Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones. Asimismo, esta posición del Tribunal es congruente con el análisis *prima facie* que sobre la jurisdicción el Secretario General del Centro puede realizar en términos del párrafo tercero del artículo 36 del Convenio de Washington.

204. En efecto, la jurisdicción del Centro depende de circunstancias fácticas concretas que no pueden ser modificadas por los alegatos jurídicos de las partes, ni por su conducta dentro de un procedimiento de consultas amistosas. Un Tribunal de Arbitraje (y el Secretario General en casos evidentes) es el único que puede determinar si el Centro tiene o no jurisdicción sobre una disputa y no las partes, de esta manera, el mero hecho de que un Estado renuncie aún de manera expresa (como no ha acontecido en nuestro caso) a oponer excepciones a la jurisdicción del Centro, es un hecho irrelevante para los efectos de la determinación objetiva de la jurisdicción del CIADI que, como se manifiesta, debe ser realizada por el Tribunal de Arbitraje dentro de la etapa adversarial del mecanismo integral de solución de controversias previsto en el ACUERDO y a la luz de las propias disposiciones del ACUERDO y del artículo 25 del Convenio de Washington.

205. Adicionalmente a lo anterior, este Tribunal coincide y hace propios los razonamientos expuestos en la opinión experta del profesor *Lowe* quien, al refutar el planteamiento de *VIEIRA* que se analiza, establece lo siguiente:

9. First, there is as far as I am aware no support whatever in State practice or in the jurisprudence of international tribunals for the proposition that objections to admissibility or jurisdiction must be raised during any negotiations that occur during a period of mandatory delay before a dispute is referred to arbitration. There is no shortage of cases, in ICSID tribunals and in other tribunals such as the International Tribunal for the Law of the Sea, in which objections to jurisdiction and admissibility have been taken after the expiry of a ‘cooling off’ period to the reference of a dispute to arbitration; but there is no sign in those cases of any tribunal applying the concept of estoppel, the doctrine of unilateral acts of states, or any other doctrine or principle to bar objections to jurisdiction and or admissibility.

10. That is not surprising, because there is a second, logical problem with the suggestion that States must give notice of objections to jurisdiction and admissibility during negotiations or a cooling off period. As the dispute will, by definition, not have been referred to arbitration at that time, and the Statement of Claim will not have been issued, it would be impossible for the Respondent to know how the claim would be framed and accordingly impossible for it to know what objections to admissibility or jurisdiction it may wish to raise. Indeed, since either Party could refer the dispute to arbitration it will not always be possible even to know which Party would be the Respondent.

.....

13. The jurisdiction of a Tribunal established according to the Washington Convention is an objective matter determined by its constitutive instruments, and the Parties cannot either increase or reduce it by agreement or acquiescence. The point was clearly made in *CSOB v. Slovakia and Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. Either the dispute is within the BIT or it is not. Express or implied assertions by the Parties cannot alter the position.

14. Furthermore, Chile’s consent to the jurisdiction of ICSID must be in writing, according to Article 25(1) of the Washington Convention. Such consent cannot be inferred from a pattern of conduct, acquiescence or silence. Nor is there any support in State practice or international jurisprudence for the proposition that participation in friendly negotiations could be counted as or replace the need for written consent when written consent is expressly required.⁶⁵

206. En función de lo anteriormente expuesto, este Tribunal deniega la pretensión de VIEIRA formulada a través del principio de *Estoppel* y la doctrina de los actos propios y sostiene que la participación de CHILE en las consultas amistosas y su conducta observada durante las mismas, de ninguna manera puede significar una aceptación incondicional a la jurisdicción del Centro y, mucho menos, una renuncia para objetarla.

2. Determinación de los Hechos y Reclamos relativos a la Controversia Jurisdiccional

⁶⁵ Puntos 9, 10, 13 y 14 de la “Supplemental Opinión of Professor Vaughan Lowe” de fecha 9 de febrero de 2006.

207. De un análisis de las manifestaciones realizadas por las partes en torno a este punto y por la manera en la que las mismas fueron planteadas, este tribunal concuerda en parte con CHILE y con VIEIRA.

208. En efecto, concuerda con CHILE en el sentido que el análisis jurisdiccional no se limita de manera exclusiva a los hechos planteados por la DEMANDANTE en su Memorial de Demanda, sino que el mismo debe integrarse por los hechos apreciables por el Tribunal como relevantes a su competencia, ya sea que hayan sido planteados por CHILE o por VIEIRA.

209. Toda controversia sometida a arbitraje, sea ésta jurisdiccional o de fondo, exige del tribunal correspondiente el absoluto respeto al principio de contradicción conforme al que las partes deben tener la misma oportunidad para hacer valer las consideraciones de hecho y de derecho que estimen pertinentes, en ejercicio de su derecho para acceder a un tribunal imparcial que en buena fe actúe en justicia.

210. De acuerdo con lo anterior, tal y como las partes lo podrán apreciar de la narración de hechos formulada en este laudo, para realizar su análisis jurisdiccional este Tribunal ha tomado en consideración no sólo los hechos planteados por ambas partes en sus escritos, sino además, todos aquellos hechos relevantes que se desprenden de los documentos y la información que a sus escritos acompañaron las partes como anexos. De igual manera, tal y como se podrá observar, este tribunal tomará en consideración todos los argumentos jurídicos planteados por las partes en sus respectivos escritos.

211. Por otro lado, este Tribunal concuerda con VIEIRA en su argumento de que es a la parte DEMANDANTE a la que le corresponde plantear la caracterización jurídica de sus reclamos, determinando así las circunstancias de hecho y derecho a que se deberá referir la parte DEMANDADA al promover su objeción a la jurisdicción.

212. En razón de lo anterior, al realizar su análisis jurisdiccional este Tribunal tomará en cuenta que los hechos concretos que VIEIRA estima como violatorios del ACUERDO consisten en (i) la no rectificación de la Resolución No. 291, (ii) la asignación de la cuota “cero” y (iii) la conducta de SUBPESCA observada al dictar la Resolución No. 371 y durante el procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN.

213. Asimismo, en atención a la propia caracterización jurídica de los reclamos alegada por VIEIRA y sin entrar en el fondo de las cuestiones planteadas - esto es, sin analizar ni determinar si las conductas referidas en el párrafo anterior son o no violatorias del ACUERDO y sin analizar ni determinar la cuantificación de los daños que CHILE deba pagar a VIEIRA en caso de que sus reclamos fueren fundados-, al realizar su análisis sobre la jurisdicción, y únicamente como un referente a la misma, este Tribunal tomará en consideración la reclamación general planteada por VIEIRA en cuanto a la compensación que exige de CHILE y que consiste en el pago de “*la totalidad de los daños sufridos por su inversión*” que calcula tuvieron lugar desde 1990, tal y como se desprende del Informe Económico por la DEMANDANTE presentado durante el procedimiento. A este respecto, resulta aplicable la misma cita referida por VIEIRA respecto al caso *Continental Casualty c. República Argentina*, en la que se establece lo siguiente⁶⁶:

47. En este contexto, refuerza aún más la posición de S.A. Eduardo Vieira lo establecido por el Tribunal Arbitral en el caso *Continental Casualty c. República Argentina*: “[...] El objeto de la investigación consiste en determinar si la reclamación, tal como lo formuló la Demandante, cumple los requisitos pertinentes en materia de jurisdicción, en cuanto a la cuestión fáctica de que se trata y a las normas jurídicas invocadas como aplicables y cuya trasgresión se aduzca, **en cuanto a la reparación solicitada**”. A esos efectos, reviste decisiva importancia la presentación de la reclamación formulada por la Demandante. La investigación no debe estar encaminada a establecer si la reclamación es fundada, sino si el Tribunal es competente para pronunciarse sobre la misma.

(Énfasis agregado)

214. Como se puede observar, este Tribunal ha acogido los argumentos de ambas partes y reconocido la pretensión que a las dos corresponde conforme a derecho.

3. Consideraciones del Tribunal en torno a la Jurisdicción *Ratione Temporis*

215. De la litis planteada por CHILE y VIEIRA en torno a la Jurisdicción del Centro, este tribunal observa que, partiendo de las abundantes consideraciones jurídicas realizadas por las partes y que han sido descritas con anterioridad, es presupuesto determinar que, a la luz del artículo 28 de la Convención de Viena, la protección

⁶⁶ Punto 47 del Memorial de Dúplica de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 12 de abril de 2006.

otorgada a través de las cláusulas sustantivas del ACUERDO únicamente se refiere a conductas o a omisiones del Estado chileno que hayan surgido con posterioridad al 29 de marzo de 1994 y que, además, no se constituyan como la misma controversia o reclamación que, en su caso, hubiere surgido con anterioridad a esa fecha.

216. En este sentido, conforme al artículo 2 del ACUERDO sí se protegen a las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, pero únicamente respecto a hechos o conductas realizadas por el Estado chileno con posterioridad al 29 de marzo de 1994.

217. No obstante lo anterior, este Tribunal coincide plenamente con el planteamiento realizado por la DEMANDANTE en el sentido de que en el artículo 2.3 del ACUERDO únicamente se excluye de la jurisdicción del CENTRO a aquellas controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor, no existiendo en esta disposición una manifestación expresa en el sentido de excluir de la jurisdicción del CENTRO a aquellas controversias que, habiendo surgido con posterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO, están relacionadas con hechos acontecidos con anterioridad a esta fecha, siendo ésta una limitación *ratione temporis* que sí ha sido incluida en otros Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por CHILE, pero no en el ACUERDO que nos ocupa.

218. En efecto, el artículo 2.2 y 2.3 del ACUERDO, literalmente dispone lo siguiente:

Artículo 2
Fomento y Admisión

.....

2. El presente Tratado se aplicará a las inversiones que se realicen a partir de su entrada en vigor por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra. No obstante, también beneficiaría a las inversiones realizadas con anterioridad a su vigencia y que, según la legislación de la respectiva Parte Contratante, tuvieran la calidad de inversión extranjera.

3. No se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor.

219. De la lectura de estas dos disposiciones se desprenden tres hipótesis claramente definidas sobre el ámbito de aplicación temporal del ACUERDO y que son las siguientes:

(1). El ACUERDO se aplica a aquellas inversiones realizadas a partir de su entrada en vigor, esto es, con posterioridad a la fecha en que inició su vigencia.

(2). El ACUERDO se aplica a aquellas inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor.

(3). Si bien el ACUERDO se aplica a aquellas inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor, no se aplicará a aquellas controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor.

220. En atención a estos ámbitos de aplicación temporal y a lo manifestado por las partes durante el procedimiento, desde la perspectiva de este Tribunal, la litis en el presente arbitraje se centra en la determinación del alcance de los términos “controversia” y “reclamación” contenidos en el artículo 2.3 del ACUERDO y en la consideración que se haga de los tres reclamos alegados por VIEIRA como violatorios al mismo, determinando si éstos constituyen o no una “controversia” o “reclamación” independiente y distinta a la que pudiera existir entre las partes antes de esta fecha crítica y que, como lo pretende CHILE, consiste supuestamente en la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores.

221. A este respecto, este Tribunal se abocará a analizar si los tres reclamos alegados por VIEIRA como violatorios del ACUERDO son o no la misma controversia que CHILE argumenta surgió con anterioridad al 29 de marzo de 1994, o si esta última es un mero antecedente de las que, en su caso, hubieren surgido con posterioridad, caso en el cual el Centro sí tendría jurisdicción sobre la presente disputa.

4. El Concepto de Controversia y Reclamación a la Luz del Artículo 2 del ACUERDO

222. Tomando en consideración lo manifestado en el punto anterior, para resolver la jurisdicción del Centro en el presente caso es presupuesto indispensable desentrañar el

sentido de tres conceptos implicados en la hipótesis 3 antes señalada y que son sumamente utilizados en los Acuerdos de Inversión. Estos conceptos son:

- *Controversia.*
- *Reclamación.*
- *Surgimiento de una controversia o reclamación.*

223. Como lo han hecho valer las partes a lo largo del procedimiento, el artículo 31 de la Convención de Viena es fundamental para desentrañar el sentido y alcance de estas palabras. En el mismo sentido, en base a la remisión que al derecho internacional se prevé en el artículo 10.4 del ACUERDO y 42.1 del Convenio de Washington como fuente para resolver la presente disputa, resultan relevantes para nuestro caso los artículos 38 y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de los cuales se desprende que las decisiones judiciales internacionales (que en cierto grado podemos hacer extensiva a los laudos del CIADI), constituyen fuentes auxiliares del derecho internacional. Los artículos antes referidos establecen respectivamente lo siguiente:

Artículo 31. Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. (Énfasis agregado)

Artículo 38.

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las **convenciones internacionales**, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. **las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho**, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren. (Énfasis agregado)

Artículo 59

La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.

(Énfasis agregado)

224. En congruencia con lo anterior y en relación al alcance de los laudos dictados conforme al Convenio de Washington, en el caso *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, se manifestó lo siguiente:

iii) Importancia de la jurisprudencia desarrollada en el CIADI y otros tribunales

39. **Los tribunales arbitrales del CIADI se establecen *ad hoc*, para cada caso, en el marco del Convenio de Washington. El presente Tribunal no tiene conocimiento de la existencia de ninguna disposición, ya sea en dicho Convenio o en el TBI, por la que se establezca la obligación de *stare decisis***, sin embargo, es razonable suponer que los tribunales de arbitraje internacionales, sobre todo los creados dentro del sistema del CIADI, en general tendrán en cuenta los precedentes establecidos por otros órganos arbitrales y en especial por otros tribunales internacionales. El presente Tribunal seguirá la misma línea, sobre todo teniendo en cuenta que ambas partes, en sus alegatos escritos y orales, se han basado en forma importante en los precedentes.⁶⁷

(Énfasis agregado).

⁶⁷ *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión de Jurisdicción, 27 de abril de 2006, p. 39.

225. Sobre esta base podemos sostener que, en aplicación del ACUERDO como fuente primaria del derecho internacional, el significado de los términos referidos debe establecerse con reglas cuyo grado de primacía o prelación, es el siguiente:

- a) Interpretación directa del tratado como fuente primaria de derecho internacional conforme al sentido corriente de sus términos.
- b) Interpretación de los términos del tratado tomando en consideración su contexto.
- c) Interpretación de los términos del tratado tomando en consideración los precedentes jurisdiccionales (judiciales y arbitrales) como fuente auxiliar al tratado y, por ende, a los términos empleados en el mismo.

226. A continuación este Tribunal se abocará a definir estos conceptos bajo las reglas de interpretación antes aludidas, en el entendido de que únicamente es posible establecer el significado de las mismas mediante la armonización de las tres reglas interpretativas a las que se hace referencia.

(i) Interpretación Directa del ACUERDO como Fuente Primaria de Derecho Internacional conforme al Sentido Corriente de sus Términos.

227. El “sentido corriente” de un término se refiere al uso cotidiano o diario que de manera generalizada se realiza en torno al mismo para transmitir una determinada idea. Bajo esta tesitura, el referente más próximo para establecer el sentido corriente de un término es mediante el uso de un diccionario.

228. Para el español, idioma en que está redactado el ACUERDO, el diccionario que goza de una mayor autoridad es el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el cual, define los conceptos a los que nos referimos de la siguiente manera:

Controversia. ⁶⁸(Del lat. *Controversia*.) f. **Discusión** larga y reiterada entre dos o más personas. Especialmente se aplica a las cuestiones de religión. || **sin controversia.** Loc. Adv. **sin duda.**

Reclamación. ⁶⁹(Del lat. *Reclamatío*, -onis) f. Acción y efecto de reclamar. || 2. Oposición o contradicción que se hace a una cosa como injusta, o mostrando no consentir en ella.

Reclamar. ⁷⁰(Del lat. *Reclamáre*, de *re* y *clamáre*, gritar, llamar.) intr. **Clamar contra una cosa; oponerse a ella de palabra o por escrito.** RECLAMAR *contra un fallo, contra un acuerdo.* || 2. poét. **resonar.** || 3. tr. Clamar o llamar con repetición o mucha instancia. || 4. **Pedir o exigir con derecho o con instancia una cosa.** RECLAMAR *el precio de un trabajo; RECLAMAR atención.* || 5. Llamar a las aves con el reclamo. || 6. *Der.* Llamar una autoridad a un prófugo, o pedir el juez competente el reo o la causa en que otro entiende indebidamente. || 7. prnl. Llamarse unas a otras ciertas aves de una misma especie. Ú. t. c. tr.

(Énfasis agregado)

229. Desde el punto de vista del Tribunal, éste es el sentido corriente que debemos atribuir de manera lisa y llana a los términos empleados por el ACUERDO. Sin embargo, pretender emitir el presente laudo en base a una mera definición de diccionario desconocería el análisis que las partes han realizado en torno al significado de los conceptos “controversia” y “reclamación” (y a la supuesta distinción entre los mismos alegada por VIEIRA), por ello, debemos buscar cómo este “sentido corriente” se enmarca en el contexto del ACUERDO, recurriendo además a fuentes de derecho auxiliares al mismo, emitiendo un pronunciamiento respecto al planteamiento de las partes.

(ii) Interpretación de los Términos del ACUERDO tomando en Consideración su Contexto.

230. Conforme al artículo 31 de la Convención de Viena, en términos generales el “contexto” de un tratado internacional comprende su preámbulo, su texto y anexos, pero además, todo acuerdo o instrumento realizado por las partes con motivo de la

⁶⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1984, p.373.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 1153.

⁷⁰ *Idem*.

celebración del tratado, así como todo acuerdo referente a la interpretación o aplicación del mismo.⁷¹

231. Partiendo de lo anterior, el Acta Interpretativa del artículo 2.3 del ACUERDO establece que:

El Art. (sic) 2.3 establece que el Acuerdo “no se aplicará, sin embargo, a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor”.

En este sentido las partes entienden que los términos “controversia” y “reclamación” no son sinónimos, sino que definen situaciones diferentes. La expresión “controversia” deberá entenderse como discusión o conflicto de intereses, de los que haya constancia fehaciente, se haya o no producido la acción de reclamar. Se entiende por “reclamación” la acción o efecto de reclamar, esto es, clamar contra una cosa, oponerse a ella de palabra o por escrito.

(Énfasis agregado)

232. Como se puede observar, el significado que sobre los términos del tratado se empleó en el Acta Interpretativa es similar al significado corriente que a estos mismos términos se atribuyó en el diccionario citado. De hecho, parecería que los redactores de la nota se basaron en el diccionario al que hacemos alusión y, por ende, este Tribunal desestima el argumento de VIEIRA en el sentido que dicha Acta Interpretativa constituye en realidad una modificación a los términos y al alcance del artículo 2.3 del ACUERDO y, consecuentemente, a las obligaciones asumidas por CHILE y el Reino de España.

233. El significado que arroja una interpretación realizada a los conceptos “controversia” y “reclamación” conforme al sentido corriente de los términos empleados por el artículo 2.3 del ACUERDO, se equipara al significado que las partes signatarias al mismo decidieron atribuirle mediante una Acta Interpretativa, por ende, el planteamiento de VIEIRA se encuentra fuera de lugar.

234. En este sentido, con absoluta independencia de los mecanismos legales establecidos en el ámbito internacional para aparejar los efectos jurídicos de estas actas

⁷¹ El artículo también se refiere a las prácticas posteriores de las partes y a *toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*; sin embargo, estas dos fuentes para determinar el contexto del tratado no tienen relevancia para la controversia objeto de análisis.

interpretativas a los efectos de un tratado, así como en lo particular a las posibles consecuencias jurídicas del Acta Interpretativa del ACUERDO, a través de la misma la República de Chile y el Reino de España están adoptando como propia una interpretación que es conforme con el sentido corriente de los términos interpretados, y en este sentido, el tribunal sostiene que la interpretación de los términos *controversia* y *reclamación* es similar tanto por (i) el sentido corriente que les es atribuido, como por (ii) su contexto en el ACUERDO, hecho que es importante destacar pues la fuerza de la interpretación se incrementa, pudiendo identificar (en base a las dos reglas de interpretación referidas) al término “*controversia*” con “*discusión*” y al término “*reclamación*” con “*la oposición a una cosa de palabra o por escrito*”. Lo anterior con independencia de los demás significados que puedan desprenderse de las dos reglas interpretativas en lo individual.

(iii) Interpretación de los Términos del ACUERDO tomando en Consideración los Precedentes Jurisdiccionales como Fuente Auxiliar

235. Tomando en cuenta que la tarea de este Tribunal es determinar si el Centro tiene jurisdicción para conocer de este arbitraje a la luz de los hechos y de los alcances del consentimiento manifestado por la República de Chile y el Reino de España, resulta difícil extrapolar a nuestro caso los razonamientos adoptados en una decisión jurisdiccional con circunstancias fácticas y jurídicas distintas. Sin embargo, el uso de estas decisiones sin lugar a dudas aporta motivos importantes para orillar a este Tribunal a adoptar una decisión propia. Bajo este presupuesto, el empleo de las definiciones que sobre los conceptos interpretados encontramos en estas decisiones es sumamente relevante, para lo cual, no podemos dejar de tomar en consideración el “contexto” en el que fueron formuladas.

236. En el muy reciente caso *Lucchetti*⁷² el Tribunal hace referencia a algunos conceptos importantes sobre el tema que nos ocupa, estableciendo en su laudo lo siguiente:

⁷² *Empresas Luchetti, S.A y Luchetti Perú, S.A. c. La República del Perú*, caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo del 7 de febrero 2005, p. 48.

El Tribunal señala que como noción jurídica, la expresión **controversia** tiene un significado comúnmente aceptado. Ha sido definida, en forma autoritativa, como **“un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes”**, o como una **“situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento”** de una obligación jurídica. En resumen, puede considerarse que existe una controversia **cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones, o cuando “la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra.”**

(Énfasis agregado)

237. Asimismo, en relación a este punto resultan de interés las siguientes aseveraciones formuladas por el tribunal arbitral que resolvió el caso *Maffezini*⁷³:

94. (...) La Corte Internacional de Justicia ha definido una controversia en varias ocasiones, declarando que es **“un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes.”** Se ha observado acertadamente a este respecto que la “controversia debe referirse a problemas claramente identificados entre las partes y no debe ser meramente académica [...] **La controversia debe ir más allá de reclamos generales y ha de ser susceptible de ser expuesta en términos de una reclamación concreta.**

.....

96. El Tribunal observa a este respecto que suele haber una secuencia natural de acontecimientos que conducen a una controversia. Comienza con la expresión de un desacuerdo y la afirmación de puntos de vista divergentes. Con el tiempo, estos acontecimientos adquieren un significado jurídico preciso mediante la formulación de reclamaciones jurídicas, su discusión y su rechazo eventual o **falta de respuesta de la otra parte.** El **conflicto de puntos de vista jurídicos y de intereses** solo estará presente en esta última etapa, aunque los hechos subyacentes tengan una fecha anterior. También se ha comentado acertadamente que **la existencia de la controversia presupone un mínimo de comunicación entre las partes, en la que una de ellas plantea el problema a la otra, y ésta se opone a la posición del reclamante en forma directa o indirecta.**

(Énfasis agregado)

238. Bajo esta misma línea, en el caso *Impregilo*⁷⁴ el tribunal arbitral manifestó lo siguiente:

301. *Jurisprudence*: There is an abundant jurisprudence on the definition of “disputes” in international law, and on the date on which such disputes are considered to arise.

⁷³ *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la jurisdicción, 25 de enero de 2000, p. 94 y 96.

⁷⁴ *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, April 22, 2005, p. 301 – 303.

302. The Permanent Court of International Justice and the ICJ have taken a position on these questions on numerous occasions. They have defined dispute as:

“(…) a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between the Parties”.

303. In order to establish the existence of a dispute, **“It must be shown that the Claim of one party is positively opposed by the other”**. Further, **“wether there exists international dispute is a matter for objective determination”**.

(Énfasis agregado)

239. Aterrizando lo anteriormente expuesto al caso que nos ocupa, el primer punto que este Tribunal debe resolver es si entre los conceptos “controversia” y “reclamación” existe una diferencia o si fue la intención de las partes del ACUERDO tratarlos como sinónimos.

240. En base el principio de efecto útil (*effet utile*), toda disposición contenida en un tratado debe interpretarse en un sentido que le permita producir todos sus efectos, bajo el entendido de que su introducción en el texto tuvo una razón de ser específica. Bajo esta perspectiva, este Tribunal considera que si la intención de la República de Chile y del Reino de España hubiera sido la de tratar como sinónimos a estos dos conceptos, únicamente hubieran utilizado uno de ellos, por lo que debe entenderse que estos dos conceptos expresan ideas distintas, lo que se ratifica por el resultado de su interpretación conforme a su sentido corriente y por su contexto, así como por el uso disyuntivo de la letra “o” en el artículo 2.3 del ACUERDO.

241. Resuelto este punto, este Tribunal debe determinar cual es el significado que para los efectos de la problemática jurisdiccional expuesta en el presente arbitraje debemos atribuir a los términos bajo estudio, considerando que esta atribución de significados sólo puede realizarse mediante la armonización de la interpretación resultante de las tres reglas referidas.

242. Una primera aproximación a esta armonización puede realizarse analizando si bajo cada una de las reglas interpretativas existe entre los conceptos una contradicción.

243. De acuerdo con su **sentido corriente**, el término “controversia” se equipara con “*discusión*”, mientras que el término “reclamación” se equipara con “*oposición o contradicción que se hace a una cosa como injusta, o mostrando no consentir en ella*”, así como a la acción de “*oponerse a una cosa de palabra o por escrito*”.

244. Por lo que hace a la **interpretación contextual**, el término “controversia” se equipara con “*discusión*” y se extiende a “*conflicto de interés*”. Asimismo, el significado del término “reclamación” se equipara al resultante bajo la interpretación por su sentido corriente y se define también como “*oponerse a una cosa de palabra o por escrito*”.

245. Finalmente, los precedentes jurisdiccionales arrojan diversos elementos y conceptos, pero quizás el más importante de todos sea la definición que de manera generalizada ha establecido la Corte Permanente de Justicia Internacional que, habiendo sido aceptada y asimilada por diversos tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas del Centro, se pronuncia diciendo que: “The Court recalls that, in the sense accepted in its jurisprudence and that of its predecessor, *a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties* (see *Mavrommatis Palestine Concessions, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11; Northern Cameroons, I.C.J. Reports 1963, p. 27; and Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, I.C.J. Reports 1988, p. 27, para. 35*). *In order to establish the existence of a dispute, "It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other"* (*South West Africa, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1962, p. 328*); and further, “whether there exists an international dispute is a matter for objective determination” (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, I.C.J. Reports 1950, p. 74*)”⁷⁵.

246. En un sentido similar, dicho término se ha definido también por la Corte Internacional de Justicia como “*situación en que dos partes sostienen posiciones*”.

⁷⁵ *The Portuguese Republic v. The Commonwealth of Australia*, International Court of Justice in the case concerning East Timor, Judgment dated June 30, 1995, No. 84, par. 22.

claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento”⁷⁶ de una obligación.

247. En la misma línea, en el caso *Lucchetti*, a párrafo 48, se definió que existe una “controversia” “*cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones*”, o cuando “*la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra*”.

248. Adicionalmente, en los precedentes citados en los párrafos anteriores se desprenden otros elementos o características que definen lo que es y cuando existe una controversia y a las que el Tribunal se remite para no incurrir en repeticiones innecesarias. Sin embargo, de los resultados arrojados por las tres reglas interpretativas empleadas en este estudio no se desprenden diferencias o contradicciones, por lo que la manera de armonizar las tres interpretaciones propuestas, es mediante la clara identificación de todas las características que se desprenden de los conceptos referidos y mediante la búsqueda y determinación de la relación que entre estas características existen.

249. Así las cosas, de las interpretaciones utilizadas se desprende que una “controversia” se caracteriza por lo siguiente:

- a) Es un desacuerdo que supone un mínimo de comunicación entre las partes.
- b) Para que exista el desacuerdo una de las partes involucradas debe plantear el problema a la otra, y ésta se debe oponer en forma directa o indirecta. A su vez, este desacuerdo implica que una de las partes involucradas se oponga positivamente a la otra.
- c) El desacuerdo debe ser sobre un punto de hecho o de derecho, de manera que se observe en un caso concreto un conflicto de interés entre las partes.

⁷⁶ Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania, Opinión Consultiva de marzo de 1950, Corte Internacional de Justicia, Reports 1950, p. 65, punto 73 – *Cit. Pos. Empresas Luchetti, S.A y Luchetti Perú, S.A. c. La República del Perú*, caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo del 7 de febrero 2005, p. 48.

- d) El desacuerdo debe implicar una discusión que se refleja en una situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a una cuestión (de hecho o derecho).
- e) El desacuerdo debe constar de manera fehaciente, se haya o no producido la acción de reclamar, ya sea de palabra o por escrito, o bien, según el caso, el desacuerdo se dé precisamente al momento en que se presenta la reclamación.
- f) El desacuerdo debe referirse a problemas claramente identificados entre las partes, no debe ser meramente académico y ha de ser susceptible de ser expuesto en términos de una reclamación concreta.

250. Estas son las características que toda problemática o diferencia entre CHILE y un inversor extranjero del Reino de España debe tener para que sea considerada como una “controversia” y/o “reclamación” a la luz del artículo 2 del ACUERDO. En este sentido, la jurisdicción *ratione temporis* en el presente arbitraje debe resolverse en función de si los hechos anteriores a la entrada en vigor del ACUERDO tienen estas características (o no lo hacen y por ende son simples antecedentes a la controversia) y, en caso de que las tengan (y por ende exista la controversia antes de la fecha crítica), es menester analizar si dicha controversia continúa siendo materialmente la misma que supone los tres reclamos planteados por VIEIRA como violatorios del ACUERDO. A este respecto, este tribunal aclara que si bien reconoce que los términos del artículo 2 del ACUERDO los términos “controversia” y “reclamación” no son sinónimos, de actualizarse en los hechos de este caso las características antes descritas, se estarían a su vez actualizando ambos conceptos referidos conforme a la interpretación que de cada uno de ellos se ha expuesto.

5. El Momento en que Surge la Controversia – Negativa para Pescar en Aguas Exteriores

251. En atención a las características o a los lineamientos que han sido descritos en el apartado anterior, este Tribunal se abocará a determinar si la negativa a CONCAR para

pescar en aguas exteriores se constituyó o no como una “controversia” o “reclamación” en los términos del ACUERDO y antes de su entrada en vigor.

252. A este respecto, este Tribunal considera adecuado hacer una referencia al contenido de todas las comunicaciones relevantes entre CHILE y CONCAR desde la Resolución No. 291 hasta antes de la entrada en vigor del ACUERDO, a efecto de determinar si de las mismas se desprende o no la existencia de una controversia o reclamación en torno al derecho de CONCAR para pescar en aguas exteriores.

253. La Resolución No. 291 de fecha 28 de febrero de 1989 establece en su parte conducente lo siguiente:

VISTO: Lo solicitado por Empresa de Construcción y Carpintería Naval CONCAR S.A.; lo informado por el Servicio Nacional de Pesca en Oficio No. 04868, de 30 de diciembre de 1988; Informe Técnico sobre Regulación de Esfuerzo Pesquero en Pesquería Demersal de Peces Sur Austral, de fecha 24 de febrero de 1989; lo dispuesto en el DFL No. 5, de 1983; el Decreto No. 175, de 1980, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el Decreto No. 453, de 1963, del Ministerio de Agricultura; Oficio Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante No. 12.600/171, de 8 de febrero de 1989.

RESUELVO:

.....

3. Fíjase como área de operación de los buques individualizados en el numeral precedente, la zona de **aguas interiores** situadas al sur del paralelo 47° 00'00'' L.S., donde podrán extraer los siguientes recursos hidrobiológicos:"

.....

(Énfasis agregado)

254. De lo antes transcrito este Tribunal considera que CHILE ha planteado su posición respecto al derecho de CONCAR para pescar únicamente en aguas interiores (y no exteriores), al haber fundado su resolución en diversas disposiciones normativas vigentes en el país, independientemente de que dicha fundamentación sea o no adecuada.

255. En efecto, tomando en consideración que CONCAR solicitó que su autorización de pesca le fuera otorgada “*de conformidad con la legislación vigente*”, al fundar la Resolución No. 291 en diversos cuerpos normativos, CHILE estableció su postura jurídica en torno al derecho de CONCAR para pescar exclusivamente en aguas interiores. De hecho, esta posición fue posteriormente confirmada mediante el Oficio

No. 347 dirigido por CHILE a CONCAR con fecha 20 de agosto de 1990, en el que se manifiesta lo siguiente:

Efectivamente, la empresa de construcción “Carpintería Naval Concar S.A.” tiene autorizada a través de Resolución No. 291 de 28 de febrero de 1990 (sic), los buques factoría “Antonio Lorenzo” y “María Tamara”, para operar en la zona de aguas interiores situadas al sur del paralelo 47° 00'00 L.S.

Esta autorización fue otorgada bajo el régimen jurídico vigente a esa fecha, por lo cual pueden operar en la zona autorizada [...]

(Énfasis agregado)

256. Siendo clara la posición de CHILE en torno a la legalidad de la Resolución No. 291, a través de la Nota de fecha 23 de agosto de 1990, CONCAR manifiesta a la DEMANDADA lo siguiente:

[...] estimamos que esa Subsecretaría de Pesca tiene las atribuciones legales para solucionar en parte nuestra difícil situación, ya que el Decreto No. 475 del 22 de noviembre de 1988, la faculta para otorgarnos autorización para pescar fuera de las líneas de base recta, al Sur del Paralelo 47° L.S., lo cual en su debida oportunidad fue solicitado, no siendo considerado, por motivos que desconocemos.

Por lo anterior, [...] agradeceremos a esa Subsecretaría de Estado, ampliar nuestra Resolución, para incluir además las aguas exteriores.

(Énfasis agregado)

257. Por su parte, en respuesta a esta solicitud CHILE manifestó lo siguiente:

En atención a carta del la REF., me permito informar a Ud. que no será posible a esta Subsecretaría de Pesca acceder a la ampliación de actividades pesqueras solicitadas por esa empresa, considerando que a la fecha de dictación de la Resolución SUBPESCA N° 291, de 1989, disposiciones técnicas de esta Subsecretaría recomendaban regular el ingreso de nuevas embarcaciones a la unidad de pesquería demersal de peces de la zona sur-austral del mar exterior de la X, XI y XII Región; permitiéndose sólo el acceso limitado a la zona de la unidad de pesquerías de aguas interiores.

Además debo comunicar a Ud., que dichos criterios de regulación del acceso a la pesquería demersal en comento, pesquería del mar exterior, está dispuesto el artículo 3° transitorio de la Ley N° 18.892, que establece reglas para el otorgamiento y vigencia de las autorizaciones pesqueras.⁷⁷

258. Existiendo estas comunicaciones respecto al derecho de CONCAR para pescar exclusivamente en aguas interiores, velando por los intereses de sus empresas agremiadas (incluyendo a CONCAR) y reclamando en su perjuicio un trato

⁷⁷ Oficio No. 398 dirigido por SUBPESCA a CONCAR con fecha 12 de septiembre de 1990.

discriminatorio, ANAPESCA promovió un escrito ante SUBPESCA en los siguientes términos:

LAS AUTORIZACIONES QUE POSEEN PARA OPERAR SUS 19 BUQUES COMPRENDEN EL AREA AL SUR DEL PARALELO 47° DE LATITUD SUR, 14 DE ELLAS ESTAN LIMITADAS, INEXPLICABLEMENTE, POR LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LA SUBSECRETARÍA EN SU OPORTUNIDAD, PARA PESCAR SOLO EN AGUAS EXTERIORES.

POR ELLO, ESTA ASOCIACIÓN GREMIAL SOLICITA RESPETUOSAMENTE A ESA SUBSECRETARÍA SE SIRVA REGULARIZAR Y UNIFORMAR LAS AUTORIZACIONES OTORGADAS A CONCAR (...), A FIN DE QUE TODAS ELLAS PUEDAN OPERAR EN TODO EL LITORAL AL SUR DEL PARALELO 47° DE LATITUD SUR, INCLUYENDO LAS AGUAS INTERIORES, EN ATENCIÓN A LO SIGUIENTE:

QUE NO HAY EXPLICACIÓN CONSECUENTE PARA QUE EXISTA DISCRIMINACIÓN ENTRE LAS AUTORIZACIÓN DADAS POR LA SUBSECRETARÍA A DICHAS EMPRESAS.

QUE ESTÁ DEMOSTRADO QUE AL SUR DEL PARALELO 47° DE LATITUD SUR, EN AGUAS EXTERIORES E INTERIORES LA POBLACIÓN DE MERLUZA DEL SUR ES LA MISMA⁷⁸

(Énfasis agregado)

259. En respuesta a esta solicitud realizada para que se regularizara o uniformara la Resolución No. 291, CHILE se manifestó en los siguientes términos:

En relación a lo expuesto en carta de la Ref., me permito señalar a Ud. que las autorizaciones para realizar actividades extractivas otorgadas a las empresas Concar [...], se concedieron de acuerdo a los criterios técnicos de regulación de acceso vigentes en esa época...".

Por otra parte, informo a Ud., que la legislación pesquera vigente, hace imposible acceder a la solicitud hecha por Ud. en carta de referencia, para ampliar las áreas en que puedan operar los barcos fábrica pertenecientes a las empresas indicadas anteriormente, ya que el recurso de merluza del sur califica en estado de plena explotación.⁷⁹

(Énfasis agregado)

260. Siendo este el posicionamiento de CHILE respecto al derecho de CONCAR para pescar en aguas exteriores, esta empresa dirigió tres cartas más a SUBPESCA en las que solicita nuevamente la ampliación, regularización o reconsideración de la

⁷⁸ Escrito de fecha 27 de junio de 1991.

⁷⁹ Oficio No. 428 emitido por SUBPESCA con fecha 18 de julio de 1991.

Resolución No. 291. Estas cartas y su respectivo contenido relevante para el presente caso, son las siguientes:

- Mediante carta de fecha 9 de julio de 1991, CONCAR informa a SUBPESCA lo siguiente:

En relación con la Resolución de inicio de actividades pesqueras de Concar N° 291 del 28 de febrero de 1989, y en respuesta a la carta de esa Subsecretaría de Pesca No. 398 del 12 de Septiembre de 1990, manifestamos lo siguiente:

a.- Nuestra solicitud para iniciar actividades pesqueras fue presentada a la Subsecretaría de Pesca, con fecha 3 de Octubre de 1988, para operar dos barcos factorías, dentro y fuera de las líneas de base recta, **según disposiciones vigentes a la fecha.**

.....

c.- Que **inexplicablemente**, la Resolución fue demorada en esa Subsecretaría hasta el 28 de febrero de 1989, sin existir trámites pendientes por nuestra parte.

d. **Que solamente nos fue autorizada como área de operación la zona de aguas interiores, excluyendo las exteriores, sin ninguna explicación sobre ello. Sólo, en los VISTOS, de la Resolución No. 291 del 28 de febrero de 1989, aparece mencionado un informe Técnico sobre Regulación de Esfuerzo Pesquero en Pesquería Demersal de Peces Sur-Austral, del 24 de febrero de 1989, o sea 4 días antes de la fecha de la demorada Resolución.**

e. Que la experiencia a la fecha ha demostrado que al Sur del Paralelo 47° de Latitud Sur en aguas exteriores e interiores, la población de Merluza del Sur es la misma, situándose sus principales caladeros en el Litoral, continuo a las líneas de base recta, donde operan la mayoría de los barcos palangreros.

.....

h. Que confinar a naves mayores, solamente a actividades pesqueras dentro de los canales, limita la posibilidad de presencia en Alta Mar y Mar Presencial, como es la política de Gobierno.

.....

Por lo anterior, solicitamos a la Subsecretaría de Pesca, regularizar nuestra situación, al ampliar nuestra área de operaciones a las aguas exteriores, situadas al Sur del Paralelo 47° Latitud Sur, como era nuestro derecho al presentarse nuestra solicitud de Pesca y reafirmado por los considerandos anteriormente detallados.

.....

(Énfasis agregado)

- Mediante carta de fecha 3 de septiembre de 1991, CONCAR complementa la carta anterior, en los siguientes términos:

En relación con la solicitud de ampliar nuestras actividades pesqueras, para operar fuera de las líneas de base recta, requerida por carta de la referencia, podemos agregar que analizados los antecedentes señalados en los vistos de la Resolución

No. 291, se desprende un **evidente error** en nuestra Resolución de Pesca, por lo siguiente:

a) **Los Reglamentos y Leyes ahí mencionados, permitían la operación fuera de las líneas de base recta, como fue nuestra solicitud, no existiendo a la fecha de su tramitación, ninguna disposición que limitara nuestra operación solamente a aguas interiores.**

.....

Por los antecedentes aportados, solicitamos **reconsiderar** la Resolución No. 291, en el sentido de ampliar las actividades pesqueras de los barcos “ANTONIO LORENZO” y “MARIA TAMARA” a las aguas exteriores al S. del paralelo 47° S.

(Énfasis agregado)

- A través de una carta de fecha 31 de diciembre de 1991, CONCAR hace manifestaciones adicionales a sus dos cartas anteriores en los términos siguientes:

En relación con nuestra solicitud señalada en la referencia, deseamos hacerle presente, que de acuerdo a la normativa legal existente, solamente deseamos una ampliación a la Resolución No. 291 de fecha 28 de febrero de 1989, en el sentido de que nuestras actividades pesqueras ya autorizadas, para los recursos ahí determinados, incluyan las aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S., **como fue originalmente solicitado.**

Por lo anterior, **no estimamos que sea un nuevo permiso o autorización de pesca, que pudiese vulnerar el articulado de la Ley No. 18892, sino que por el contrario, reafirma un derecho adquirido por nuestra Empresa, en virtud de la Resolución No. 291, y de paso corrige una situación injusta ya denunciada.**

.....

(Énfasis agregado)

261. Finalmente, después de que estas cartas fueron presentadas por CONCAR, CHILE (a través de SUBPESCA) emitió la Resolución No. 381 de fecha 7 de mayo de 1992, en la que manifestó lo siguiente:

VISTO: Lo solicitado por Empresa Pesqueras Concar S.A.; lo informado por el Servicio Nacional de Pesca en Oficio No. 4571, de 29 de octubre de 1991; el Memorandum No. 1358, de 1991, del Departamento Recursos, de esta Subsecretaría; lo dispuesto en el DFL No. 5, de 1983; los Decretos No. 175, de 1980, No. 439, de 1985, No. 43, de 1986 y No. 525, de 1991, todos del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; la Resolución No. 291, de 1989, de esta Subsecretaría; la Ley No. 18.892 y sus modificaciones contenidas en las leyes No. 19.079 y No. 19.080, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. No. 430, de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción:

RESUELVO:

Deniéga-se la autorización solicitada por Empresa Pesquera Concar S.A., R.U.T. No. 96.514.850-7, domiciliada en calle Blanco No. 1215, Of. 408, Valparaíso, para ampliar actividades pesqueras extractivas con las naves

“ANTONIO LORENZO” y “MARIA TAMARA”, autorizadas por Resolución No. 291, de 1989, de esta Subsecretaría, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 19 letra e) de la Ley No. 18.892 y sus modificaciones contenidas en las leyes No. 19.079 y No. 19.080, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.S. No. 430, de 1991, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

(Énfasis agregado)

262. Partiendo de lo manifestado en las anteriores comunicaciones, este Tribunal considera que con anterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO, tanto CHILE como CONCAR dejaron constancia escrita (y por ende fehaciente) sobre la existencia de una discusión con puntos de vista y de intereses opuestos positivamente por una parte a la otra respecto al derecho de CONCAR para pescar o no en aguas exteriores, siendo evidente que entre ambas existió un desacuerdo jurídico claramente identificado.

263. En efecto, la problemática jurídica identificada consiste en el derecho de CONCAR para pescar o no en aguas exteriores y en torno a la misma, a través de diversas comunicaciones CONCAR (o ANAPESCA en protección de sus intereses) solicitó a SUBPESCA *ampliar, regularizar, uniformar (en base a un trato discriminatorio) o reconsiderar (en base a un evidente error)* la Resolución No. 291 a efecto de que se le permita realizar actividades pesqueras en dichas aguas, alegando que ese era su derecho desde que se presentó su Solicitud de Pesca, según disposiciones vigentes a la fecha. Ante este planteamiento, CHILE se opuso en forma positiva a la modificación de la Resolución No. 291, alegando que dicha resolución era conforme con los criterios técnicos, normatividad y legislación aplicable.

264. Adicionalmente a lo anterior, este Tribunal observa que en todas las comunicaciones dirigidas por CONCAR a SUBPESCA, especialmente por lo que hace a las cartas de fecha 9 de julio, 3 de septiembre y 31 de diciembre, todas de 1991, existe una clara oposición por escrito en contra de una situación que se estima injusta y a la cual no se consiente. Esta situación estimada como injusta consiste en la negativa chilena a CONCAR para pescar en aguas exteriores y, en este sentido, este Tribunal observa que esta oposición se engloba dentro del concepto de reclamación derivado de la interpretación del ACUERDO conforme al sentido corriente de los términos de su artículo 2 y de su contexto.

265. Tomando en cuenta lo anterior, este Tribunal concluye que la negativa chilena a CONCAR para pescar exclusivamente en aguas interiores y no en aguas exteriores mediante la denegación para ampliar, regularizar, uniformar o reconsiderar la Resolución No. 291, es una controversia o reclamación que surgió con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del ACUERDO.

6. La Existencia de Una sola Controversia

266. Habiéndose determinado la existencia de una controversia (y de una reclamación) anterior a la entrada en vigor del ACUERDO y consistente en negar a CONCAR su derecho a pescar en aguas exteriores, a continuación este Tribunal analizará si esta controversia es en realidad la misma controversia que existe respecto a (i) la negativa de rectificación de la Resolución No. 291, (ii) la asignación de la cuota “cero” y (iii) la conducta de SUBPESCA observada en la redacción de la Resolución No. 371 y durante el procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN, para lo cual, este tribunal utilizará un examen jurisdiccional que puede ser definido como el “*Lucchetti test*”.

267. Como es fácil inferir, este examen está basado en el criterio que utilizó el Tribunal que resolvió el conflicto jurisdiccional en el caso *Lucchetti* y en el que, para distinguir si dos hechos distintos constituían o no la misma controversia, hizo el siguiente pronunciamiento:

50. (...). Por lo tanto el Tribunal debe considerar si a la luz de otros factores aquí pertinentes la controversia de que se trata constituye o no una nueva controversia. Para abordar este tema el Tribunal debe examinar los hechos que dieron lugar a la controversia de 2001 y los que culminaron con la controversia de 1998, tratando de establecer, en cada caso, si, y en qué medida, el objeto o los hechos que fueron la causa real de la controversia difieren entre sí o son idénticos. Según un caso reciente planteado ante el CIADI, el factor clave para determinar la existencia de una o de dos controversias independientes es la identidad de objeto de las mismas. El Tribunal considera que independientemente de que la atención deba centrarse en las “causas reales” de la controversia o en el “objeto” de la misma, **habrá de determinar en cada caso si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior.**⁸⁰

(Énfasis agregado)

⁸⁰ *Empresas Luchetti, S.A y Luchetti Perú, S.A. c. La República del Perú*, caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Jurisdicción, 7 de febrero 2005, p. 50.

268. Ahora bien, antes de entrar al análisis jurisdiccional bajo este criterio, es importante mencionar que este Tribunal coincide con VIEIRA en que entre el presente caso y el caso *Lucchetti* no existe un paralelismo que nos permita concluir que se trata de casos análogos⁸¹. Sin embargo, con absoluta independencia de lo anterior y como lo han hecho otros tribunales constituidos bajo las reglas del Centro⁸², este Tribunal hace propio el criterio establecido en dicho caso para determinar la existencia de una o de dos o más controversias independientes, aplicando dicho criterio a la secuencia de hechos que dieron pie a la presente disputa y realizando un análisis de la misma a la luz de todos los elementos hasta ahora expuestos.

269. En este sentido, a continuación se analiza si cada uno de los actos que VIEIRA sostiene como violatorios del ACUERDO se equiparan y son la misma controversia que la negativa chilena a CONCAR para pescar en aguas exteriores, determinando “*si los hechos o consideraciones que hayan dado lugar a la controversia anterior han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior*”⁸³ y resolviendo si la materia u objeto de estos reclamos es el mismo que el de la controversia previamente identificada.

(i) La Negativa de Rectificación de la Resolución No. 291

270. VIEIRA sostiene que la primera controversia materia de este arbitraje surgió con posterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO, cuando a través de la Resolución Exenta No. 53 de 1997, el Ministerio de Economía rechazó el requerimiento realizado por CONCAR mediante su escrito de fecha 23 de noviembre

⁸¹ Véase punto 78 del Memorial de Contestación de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 20 de diciembre de 2005. Asimismo, véanse puntos 121 a 123 del Memorial de Dúplica de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 12 de abril de 2006.

⁸² En el caso *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, se dio pleno reconocimiento a este “examen de jurisdicción”, tal y como se refleja del párrafo 126 del laudo que establece lo siguiente: “*The application to this case of the test adopted in Luchetti leads to the conclusion that the present dispute is a new one. Indeed, in Lucchetti, the tribunal held that the relevant issue was whether ‘the facts or considerations that gave rise to the earlier dispute continued to be central to the later dispute’*”.

⁸³ *Empresas Luchetti, S.A y Luchetti Perú, S.A. c. La República del Perú*, caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Jurisdicción, 7 de febrero 2005, p. 50.

de 1995 (que a su vez fue complementado por los diversos escritos de fecha 2 de septiembre de 1996 y 2 de mayo de 1997) por el que solicita la modificación o rectificación de la Resolución No. 291.

271. Al respecto, en el escrito de fecha 23 de noviembre de 1995, CONCAR manifestó al Ministerio de Economía lo siguiente:

Al dictar la resolución N° 291 la autoridad no se pronunció acerca de la zona de aguas exteriores debiendo hacerlo, pues la legislación señalada no establecía limitación alguna para conceder la referida autorización.

Ante esta insólita situación, y luego de innumerables conversaciones con la autoridad, el 23 de Agosto de 1990, la empresa presentó a la Subsecretaría una carta mediante la cual se solicita incluir las aguas exteriores al sur del paralelo 47 LS en su área de actividad.

.....

El 12 de Septiembre de 1990 la autoridad informa a CONCAR, SA. que no es posible acceder a lo solicitado ya que a la fecha de dictación de la resolución 291 “disposiciones técnicas de la Subsecretaría recomendaban regular el acceso de nuevas embarcaciones a la unidad de pesquería demersal de peces de la zona sur-austral del mar exterior de la X, XI, y XII Regiones, permitiéndose sólo el acceso limitado a la zona de la unidad de pesquerías de aguas interiores”. Además, la autoridad comunica que “dichos criterios de regulación del acceso a la pesquería demersal en comento, continúan vigentes en la actualidad y particularmente para la autoridad de pesquería del mar exterior...”

.....

3) **En los años posteriores, la empresa en forma reiterada requirió de la autoridad la búsqueda de una solución al problema que la aqueja y que motiva esta presentación al Sr. Ministro.**

La situación anteriormente descrita, a través de todos estos años, ha significado un perjuicio económico incalculable que no pudo ser previsto por la empresa al momento de materializar su proyecto de inversión en el sector pesquero que se rehúsa a reconocer su **error y a rectificar una decisión absolutamente arbitraria e ilegal**. El permanente silencio y falta de interés de la autoridad, restando, durante largo tiempo, toda importancia a las reclamaciones de la empresa y tratando así de minimizar los efectos de su irregular actuación, ha dilatado esta situación al punto de ocasionarle graves daños, pues CONCAR S.A. ha debido soportar pérdidas económicas irreparables, disminuyendo su competitividad en el sector, viéndose obligada a desarrollar su actividad en condiciones tales que el beneficio obtenido con ellas solo le permite cubrir sus costos de operación, y lo que es pero aún, la autoridad la ha situado en un estado de total incertidumbre acerca de su futuro.

.....

Los antecedentes que a continuación se exponen demostraran al Señor Ministro que la restricción del área de operación pesquera fue impuesta por la autoridad respectiva excediéndose en sus facultades legales, como asimismo, que la resolución N° 291 de la Subsecretaría de pesca está impregnada de arbitrariedad por la discriminación que ella conlleva, y que su omisión al no autorizar, en la referida resolución, el acceso de CONCAR S.A. a desarrollar su actividad en las aguas exteriores al sur del paralelo 47 L.S., carece de toda justificación y fundamento.

A.- En la dictación de la Resolución N° 291 la autoridad de pesca se excedió en sus facultades legales:

.....

B.- La asignación de la zona de pesca contenida en la Resolución N° 291 es Arbitraria y Discriminatoria:

.....

Es por ello Sr. Ministro, que en su consideración a lo expuesto en ésta presentación, y en la representación que invisto, vengo en solicitar a Ud. que en uso de sus atribuciones legales se sirva ordenar que la Resolución de la Subsecretaría de Pesca N° 291 de 28 de Febrero de 1989, sea modificada o rectificadas en su parte pertinente, disponiendo que CONCAR S.A. también está autorizada para operar en el área de aguas exteriores al Sur del Paralelo 47 L.S., corrigiendo con ello una situación de injusticia inexplicable que ha afectado durante largos años a la empresa, evitando que se sigan produciendo perjuicios, y previendo las otras consecuencias negativas señaladas en su presentación.

(Énfasis agregado)

272. En respuesta a esta solicitud de rectificación de CONCAR y a los escritos por los que fueron complementados, a través de la referida Resolución Exenta No. 53, CHILE manifestó lo siguiente:

CONSIDERANDO:

1.- Que a juicio de este Secretario de Estado, la Subsecretaría de Pesca al dictar la Resolución No. 291, de 1989, restringiendo la actividad pesquera de las Naves “Antonio Lorenzo” y “María Tamara” solamente a la zona de aguas interiores que señala, actuó dentro de la normativa vigente en esa época, orientada a regular la pesquería demersal de la zona Sur – Austral, facultando a la autoridad para evaluar el acceso a las áreas de pesca en función del deber del Estado de conservación de los recursos hidrobiológicos.

.....

RESUELVO

Rechácese la solicitud de reconsideración formulada por la Empresa CONCAR S.A., respecto de la Resolución No. 291, de 1989, de la Subsecretaría de Pesca.

(Énfasis agregado)

273. De la lectura de estos dos documentos, este Tribunal considera que (i) las comunicaciones entre CONCAR y SUBPESCA realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO y (ii) las comunicaciones entre CONCAR y El Ministerio de Economía realizadas con posterioridad a esta fecha, se refieren en realidad a la misma controversia jurídica. De hecho, para percatarnos de esta circunstancia basta con observar el tipo de argumentos utilizados por CONCAR en estas comunicaciones, pues

en todas ellas, ya sean anteriores o posteriores a la entrada en vigor del ACUERDO, se solicita la modificación de la Resolución No. 291 aduciendo su ilegalidad, su emisión en base a un error, así como un trato discriminatorio, argumentos todos que fueron planteados ante SUBPESCA y ante el Ministerio de Economía. De acuerdo con lo anterior, este Tribunal considera que la materia de la controversia es la misma en las diferentes comunicaciones y lo único que cambia entre “la controversia” y el hecho alegado como violatorio del ACUERDO es la autoridad a la cual CONCAR se dirige. En base a lo anterior, este Tribunal determina que las comunicaciones entre CONCAR y SUBPESCA no constituyen un mero antecedente a la controversia que se somete al conocimiento de este Tribunal, como lo pretende sostener VIEIRA.

274. Por lo que hace a la distinción que VIEIRA realiza entre las solicitudes de ampliación presentadas ante SUBPESCA y el Recurso de Rectificación promovido ante El Ministerio de Economía, manifestando que ambas suponen dos controversias distintas pues las primeras implicaban la emisión de un permiso nuevo y el segundo la modificación de un permiso ya existente, este tribunal considera que dicha distinción es artificial, pues la existencia de la controversia es completamente independiente de la autoridad gubernamental ante la que se reclama, así como del medio jurídico-procesal por la que se pretende solucionar. Sostener lo contrario se traduciría en permitir que en la generalidad de los casos un demandante eluda las restricciones *ratione temporis* establecidas en cualquier Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, planteando en un momento posterior a la fecha de vigencia del correspondiente tratado una nueva reclamación para luego sostener que la respuesta negativa ante dicha reclamación constituye un hecho ilícito que da lugar a una nueva controversia, situación que este tribunal estima contraria a la intención de las partes pactada en el artículo 2 del ACUERDO.

275. A mayor abundamiento, de la simple lectura de las comunicaciones dirigidas por CONCAR a SUBPESCA con fecha 23 de noviembre de 1995, 2 de septiembre de 1996 y 2 de mayo de 1997, este Tribunal observa que estos documentos, por sí mismos, constituyen una reclamación que se equipara a la reclamación que consiste en la oposición a la negativa chilena a CONCAR para pescar en aguas exteriores que surgió antes de la entrada en vigor del ACUERDO. En efecto, estas solicitudes de modificación o rectificación se traducen, al igual que las comunicaciones anteriores de

fecha 9 de julio, 3 de septiembre y 31 de diciembre, todas de 1991, en una oposición por escrito en contra de una situación que se estima injusta y a la cual no se consiente, que consiste en la limitación impuesta a CONCAR a través de la Resolución No. 291 para realizar actividades pesqueras exclusivamente en aguas interiores.

276. Por los motivos antes expuestos este Tribunal considera que la controversia o reclamación relativa a la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores se identifica y es materialmente la misma que VIEIRA alega se generó a través de la emisión de la Resolución Exenta No. 53, teniendo ambas el mismo objeto.

(ii) La Asignación de la Cuota “CERO”

277. Como ya se ha planteado, VIEIRA sostiene que la asignación de la cuota “cero” a CONCAR a través de la Resolución Exenta No. 52 emitida por el Ministerio de Economía con fecha 15 de marzo de 2001⁸⁴ y confirmada por este mismo organismo mediante diverso Oficio No. 124 de fecha 1º de junio del mismo año, es una controversia independiente a la generada desde antes de la entrada en vigor del ACUERDO.

278. A fin de determinar si la pretensión de la DEMANDANTE es correcta, este Tribunal estima necesario analizar los presupuestos bajo los cuales dicha cuota “cero” fue asignada, pues sólo a través de los mismos es posible determinar si dicho acto es una controversia autónoma de otra anterior o un simple efecto de ella.

279. Bajo esta base, la asignación de la cuota “cero” tuvo como presupuesto la existencia del DICTAMEN FINAL⁸⁵ en el que la CONTRALORÍA reconoce de manera definitiva en la vía administrativa el derecho de CONCAR para que se rectifique la Resolución No. 291 (permitiéndole pescar en aguas exteriores únicamente por lo que respecta al buque “María Tamara”⁸⁶), así como la existencia de la LEY⁸⁷ por la que se establecen límites máximos de captura por armador consistentes en asignar un

⁸⁴ Véase el punto marcado con el número 75 de la narración de hechos del presente laudo.

⁸⁵ Véase el punto marcado con el número 66 de la narración de hechos del presente laudo.

⁸⁶ Pues la caducidad de la autorización del buque “Antonio Lorenzo” ya había sido declarada.

⁸⁷ Véase punto marcado con el número 67 de la narración de hechos del presente laudo.

porcentaje de la cuota anual que considere el promedio de capturas en aguas exteriores realizadas en los años 1999 y 2000. Estos dos actos jurídicos, el DICTAMEN FINAL y la LEY, fueron emitidos en la misma fecha, el 25 de enero de 2001.

280. Estando en vigor la LEY y en cumplimiento del DICTAMEN FINAL, con fecha 23 de febrero de 2001 SUBPESCA procedió a la rectificación de la Resolución No. 291 mediante la emisión de la Resolución No. 371 (que fue posteriormente declarada ilegal y dejada sin efectos por la Corte de Apelaciones de Valparaíso). En base a esta nueva Resolución No. 371, el Ministerio de Economía asignó a CONCAR la cuota “cero”, sostenida por VIEIRA como violatoria del ACUERDO.

281. Partiendo de estos presupuestos, este Tribunal observa que paralelamente al reconocimiento definitivo por la CONTRALORÍA de que la Resolución No. 291 debía modificarse, se emitió la LEY por la que se establece que todas las empresas con derecho a pescar en aguas exteriores (incluida CONCAR) ejercerán dicho derecho considerando los porcentajes de pesca que en estas mismas aguas hayan observado durante los años 1999 y 2000.

282. No habiendo estado CONCAR autorizada para pescar en aguas exteriores desde el año de 1989 hasta el año 2001 y, por ende, no teniendo cuotas pesqueras en los años 1999 y 2000, la DEMANDADA se vio imposibilitada para que, en aplicación estricta de la LEY vigente, se le asignara a CONCAR una cuota distinta a “cero”, tal y como se desprende de la explicación realizada por el Ministerio de Economía en el Oficio No. 106 de fecha 8 de mayo de 2001, en el que se establece lo siguiente:

En relación a la carta de la REF. mediante la cual se solicita el pronunciamiento sobre la forma de cumplir (sic) dictamen de la Contraloría General de la República relativo a la nave “**MARIA TAMARA**”, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

1. Mediante Resolución Ministerial Exenta No. 52 de fecha 15 de marzo de 2001, esta autoridad acogió parcialmente la reclamación interpuesta por CONCAR, S.A. en el marco del recurso de reclamación previsto en el artículo 6° de la Ley 19.713 en el sentido de incluir a dicha empresa en los Decretos Supremos que fijarán los límites máximos de captura por armador en las unidades de pesquerías de las letras h), i), j) y k) del artículo 2° de la mencionada ley.

2. Sin perjuicio de lo anterior rechazó el recurso relativo a considerar la capacidad o esfuerzo de pesca de una nave de similares características que haya desarrollado actividades en las unidades de pesquería citadas, para la determinación de los Límites Máximos de Captura por Armador.

Lo anterior atendiendo que la Ley 19.713 no consigna otros parámetros que no sean las capturas de los años 1999-2000 para calcular dichos límites.

3. Por otra parte considerando que CONCAR, S.A. no registró capturas durante los años 1999-2000, se estimó en cero el coeficiente de participación relativo por armador, lo que se traduce en no asignar toneladas para dicha empresa durante el presente año.

.....

5. En consecuencia, esta Autoridad Ministerial carece de atribuciones para otorgar derechos de pesca al margen de la Ley 19.713 y de lo dictaminado por la Contraloría General de la República.

(Énfasis agregado)

283. Dado el carácter general de la LEY, desde la perspectiva de este Tribunal si CONCAR hubiera estado autorizada para pescar en aguas exteriores durante los años 1999 y 2000 y, por ende, se hubiera rectificado la Resolución No. 291 antes de estos dos años, CONCAR sí hubiese tenido la posibilidad de ejercitar su derecho para pescar en aguas exteriores mediante la asignación de una cuota distinta a “cero”, ante lo cual, este tribunal considera que la asignación de la cuota “cero” fue un mero efecto de la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores que, al ser precisamente un hecho negativo, se ha proyectado desde el año 1989 hasta los años 1999 y 2000.

284. Siendo la asignación de la cuota “cero” un efecto de la controversia que surgió con anterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO, dicho efecto no puede desvincularse de su causa y considerarse como un acto autónomo si se toma en cuenta que la Resolución Exenta No. 52 se tradujo a su vez en la misma problemática consistente en la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores.

285. En estos términos, este Tribunal coincide con la Opinión Experta del profesor Vaughan Lowe en el sentido de que *“it is evident that what is in issue here is not a new dispute, but rather the inevitable and automatic consequence of proper enforcement of the Chilean fishing law in the circumstances created by the absence of permission in the 1989 license for Concar to fish in Chile’s external waters, and not a new dispute”*⁸⁸.

⁸⁸ Punto 121 de la “Opinión of Professor Vaughan Lowe” de fecha 17 de septiembre de 2005.

286. En función de lo anteriormente expuesto, este Tribunal determina que la asignación de la cuota “cero” alegada por VIEIRA como violatoria del ACUERDO es la misma controversia material que la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores. La negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores ha seguido ocupando una posición central respecto a este reclamo de VIEIRA, teniendo el mismo objeto.

287. Ahora bien, este Tribunal observa que existe por parte de VIEIRA un reclamo adicional a la asignación de la cuota “cero” y que consiste en atribuir a CHILE una violación del ACUERDO en función de la tardanza o demora observada por SUBPESCA al emitir la Resolución No. 371.⁸⁹

288. La tardanza o demora a la que VIEIRA se refiere está en relación con el DICTAMEN emitido por la CONTRALORÍA con fecha 20 de agosto de 1999 y conforme al cual se determinó en un primer momento la rectificación de la Resolución No. 291 para que se permitiera a CONCAR pescar en aguas exteriores con sus dos buques “Antonio Lorenzo” y “María Tamara”.⁹⁰

289. A este respecto, si bien es cierto que de haberse dictado la Resolución No. 371 (o su equivalente) durante el año de 1999 (fecha en que se emitió el DICTAMEN), CONCAR quizá hubiera estado en posibilidad de tener una cuota de pesca distinta a “cero” en aplicación de la LEY vigente en 2001, este Tribunal observa que el DICTAMEN al amparo del cual SUBPESCA debía supuestamente rectificar la Resolución No. 291 se encontraba *subjudice* al haber sido recurrido por la propia SUBPESCA⁹¹, siendo así el derecho de CONCAR para pescar en aguas exteriores un derecho controvertido no confirmado por resolución ejecutoria, circunstancia que cobra especial relevancia si se valora que con posterioridad la Resolución No. 371 fue declarada sin efectos por la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

⁸⁹ Véanse puntos 283 del Memorial de Demanda presentado por Vieira con fecha 15 de marzo de 2005 y 105 del Memorial de Dúplica de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 12 de abril de 2006, entre otros.

⁹⁰ Véanse puntos 438 a 442 del Memorial de Demanda presentado por VIEIRA con fecha 15 de marzo de 2005.

⁹¹ Este recurso fue interpuesto por SUBPESCA a través de Oficio No. 291 de fecha 10 de marzo de 2000.

290. Así las cosas, CHILE justifica el retraso en la rectificación de la Resolución No. 291 en el hecho de que contra el DICTAMEN que la ordenaba existía pendiente la resolución de un recurso⁹² que, de hecho, dio pie a la emisión del DICTAMEN FINAL, al amparo del cual, ahora sí, CHILE emitió la rectificación de la Resolución No. 291 a través de la Resolución No. 371.

291. Con independencia de lo anterior que por si mismo sería cuestionable como suficiente para negar la jurisdicción del Centro en atención a que la legislación interna de un país no puede ser impedimento para cumplir obligaciones de índole internacional, este Tribunal encuentra un elemento fundamental para determinar la ausencia de jurisdicción del Centro por lo que a este reclamo respecta y consiste en el hecho de que el DICTAMEN, siendo la fuente del derecho controvertido de CONCAR para que se rectifique la Resolución No. 291 (y por ende para que se le reconociera posteriormente su derecho a pescar en aguas exteriores mediante la asignación de una cuota distinta a “cero”), se identifica materialmente con la controversia surgida desde antes de la entrada en vigor del ACUERDO y de esta forma, la tardanza o demora para emitir la Resolución No. 371 (que supone la obligación de SUBPESCA para emitirla “oportunamente”), únicamente se entiende en el correlativo derecho de CONCAR para que la Resolución No. 291 sea modificada, derecho que a su vez ha sido materia de la controversia entre CHILE y CONCAR respecto a la pesca de esta última en aguas exteriores.

292. En efecto, de una simple lectura del DICTAMEN es evidente que el mismo versa sobre la misma controversia surgida desde antes de la entrada en vigor del ACUERDO. Al respecto, el contenido relevante del DICTAMEN establece lo siguiente:

Mediante el documento del rubro se solicita un pronunciamiento acerca de la juridicidad de la resolución exenta No. 291, de 28 de febrero de 1989, de la Subsecretaría de Pesca que autorizó a la ocurrente para realizar faenas de pesca extractiva con las naves fábrica palangreras que indica, sólo en la zona de aguas interiores, situadas al sur del paralelo 47 de latitud sur.

Expresa al efecto, en síntesis, que dicha resolución, al excluir de la autorización el mar exterior de la misma zona, adolecería de ilegalidad, tanto porque la Subsecretaría de Pesca a esa época no habría contado con

⁹² Véanse carta dirigida por CONCAR a SUBPESCA con fecha 7 de septiembre de 1999 y orden No. 391 emitida por SUBPESCA con fecha 20 de marzo de 2000.

atribuciones para limitar la autorización en ese sentido, como porque, además, habría obrado sobre la base de un error de hecho, consistente en estimar equivocadamente que la solicitud sólo se refería a las aguas interiores de la zona mencionada.

Agrega que desde ese entonces ha planteado esta situación a la autoridad pesquera en reiteradas oportunidades, sin resultados positivos.

Requerido su informe a la Subsecretaría de pesca, ésta señala, también en síntesis, que la resolución impugnada se dictó con arreglo a la normativa vigente a la época [...].

Cabe anotar que en la situación planteada por la ocurrente, la resolución exenta que impugna es de fecha 28 de febrero de 1989, esto es, es anterior a la vigencia del referido decreto N° 291, de lo que se sigue que la conclusión que precede resulta aplicable a su respecto.

.....

Por otro lado, considerando lo expuesto hasta esta parte, y que del examen de la solicitud de autorización se advierte que ésta no se limitaba a las aguas interiores – lo que, por lo demás, no es discutido por la Subsecretaría de Pesca- no resulta del caso pronunciarse acerca de la alegación relativa a que en la especie se habría incurrido en un error de hecho.

Por consiguiente, y en atención a lo expresado, procede concluir que la resolución exenta N° 291, de 1989, de la Subsecretaría de Pesca, no se ajustó a derecho en cuanto excluyó de la autorización las aguas exteriores de la zona a que se refiere.

.....

(Énfasis agregado)

293. Como se puede observar, incluso los argumentos valorados por la CONTRALORÍA para emitir el DICTAMEN se fundamentan en la *ilegalidad* de la Resolución No. 291 y en el hecho de que la misma fue emitida bajo un *error*, mismos argumentos que en su oportunidad fueron valorados por SUBPESCA antes de la entrada en vigor del ACUERDO ante las peticiones formuladas por CONCAR y por ANAPESCA. Sobre esta misma línea, es evidente que el escrito promovido por CONCAR ante la CONTRALORÍA con fecha 22 de enero de 1998 y en base al cual se emitió el DICTAMEN, constituyó a su vez la misma reclamación de CONCAR surgida con anterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO consistente en la oposición por escrito a la negativa chilena para permitirle pescar en aguas exteriores.

294. A mayor abundamiento, la identificación material entre la controversia anterior al ACUERDO y este reclamo alegado por VIEIRA como violatorio del mismo, se corrobora mediante la revisión de los términos en los que a su vez fue emitido el

DICTAMEN FINAL, siendo relevante hacer referencia a los siguientes párrafos del mismo:

Precisado lo anterior, y por otra parte, cabe anotar que **la recurrente aduce, en síntesis, como principal argumento para que se reconsidere lo dictaminado en orden a rectificar la aludida resolución No. 291 (...).**

Al respecto, cumple manifestar que el que la Administración deba corregir la resolución que se examina ahora, sólo respecto del buque “María Tamara”, no importa, como se ha señalado, el otorgamiento de una nueva autorización de pesca, que provoque la vulneración de las disposiciones legales que se indican en la presentación, sino que, por el contrario, **se trata de rectificar una autorización de pesca vigente, respecto de la cual la autoridad, por causa imputable al interesado y con infracción de la normativa vigente a la época, omitió hacerla extensiva a las aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S.**

.....

Debe reiterarse, por último, **que la rectificación dispuesta en el dictamen No. 30.872, de 1999, para el caso específico de que se trata, ha tenido especialmente a la vista las particulares características de la situación analizada y la circunstancia de que la empresa pesquera Concar, S.A., desde que se dictó la resolución No. 219 (sic), reclamó persistentemente sobre el punto examinado ante la autoridad pesquera cuyas últimas resoluciones datan del año 1998, y a través de las cuales la Subsecretaría de Pesca y el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, consecutivamente, no dieron lugar a sus solicitudes de reposición.**

(Énfasis agregado)

295. En función de lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que la negativa chilena a CONCAR sobre la rectificación de la Resolución No. 291 surgida con anterioridad al 29 de marzo de 1994, se identifica materialmente con los hechos antes analizados y estimados por VIEIRA como violatorios del ACUERDO, al tener el mismo objeto y al considerar que la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores ha seguido ocupando una posición central respecto a los reclamos planteados, especialmente si, como se analizará al pronunciarse este Tribunal respecto al siguiente reclamo, la reclamación general planteada en este arbitraje por VIEIRA comprende precisamente el daño y perjuicio que se le ha generado por no haber realizado actividades pesqueras en aguas exteriores desde 1990, fecha en la que la DEMANDANTE realizó su inversión.

(iii) La Conducta de SUBPESCA en la Redacción de la Resolución No. 371 y dentro del Procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN

296. VIEIRA alega que SUBPESCA ha actuado de mala fe y de forma negligente al redactar la Resolución No. 371 y al participar dentro del procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN promovido contra la misma. A este respecto, VIEIRA alega que las siguientes conductas de SUBPESCA son violatorias del ACUERDO:

- Que en el considerando 4º de la Resolución No. 371 haya manifestado los argumentos esgrimidos en el recurso de reconsideración promovido contra el DICTAMEN de la CONTRALORÍA, existiendo una incongruencia entre dichos argumentos y la parte dispositiva de la resolución, misma que, finalmente, sí modificó la Resolución No. 291 en los términos ordenados por la CONTRALORÍA.⁹³
- Que la defensa sustentada en el informe presentado ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso con motivo del RECURSO DE PROTECCIÓN promovido por FIPES en contra de la Resolución No. 371⁹⁴ fue sumamente deficiente y que, incluso, dicho informe fue presentado fuera de término.⁹⁵
- Que el abogado actuante por SUBPESCA en el procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN fue el mismo que preparó la impugnación del DICTAMEN ante la CONTRALORIA.
- Que CONCAR nunca fue notificada del procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN, teniendo un claro interés en el caso.
- Que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso contenía varios errores que fundamentaban la posibilidad de alegar en derecho su apelación.

⁹³ En el punto 405 del Memorial de Demanda presentado por VIEIRA con fecha 15 de marzo de 2005, la DEMANDANTE manifestó que esto demostraba como el órgano fiscalizado se reveló contra el órgano fiscalizador, manifestando su oposición a la rectificación.

⁹⁴ Véase el punto 58 de Narración de Hechos del presente Laudo.

⁹⁵ Véase el punto 397 del Memorial de Demanda presentado por VIEIRA con fecha 15 de marzo de 2005.

- Que al preparar el recurso de apelación contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, ignoró por completo los argumentos utilizados por la CONTRALORÍA al emitir el DICTAMEN y el DICTAMEN FINAL.⁹⁶
- Que la defensa preparada en el recurso de apelación fue sumamente deficiente, al grado que la Corte de Apelaciones de Valparaíso lo declaró inadmisibile por carecer de peticiones concretas.
- Que el recurso de hecho promovido ante la Corte Suprema contra la denegación de su recurso de apelación fue desestimado por haberse promovido de manera extemporánea.

297. Siendo estos los reclamos que VIEIRA imputa como violatorios del ACUERDO, este Tribunal tiene la tarea de determinar si los mismos constituyen o no la misma controversia material que la negativa chilena a CONCAR para pescar en aguas exteriores, determinando si este hecho ha seguido ocupando una posición central en los reclamos de VIEIRA y constituye su mismo objeto.

298. De acuerdo con lo anterior, de un análisis realizado a la caracterización jurídica del reclamo de VIEIRA, este Tribunal observa que dentro de los argumentos esgrimidos por la DEMANDANTE en su Memorial de Demanda⁹⁷, los alegatos relativos a los hechos antes referidos como posiblemente violatorios del ACUERDO, ocupan un muy evidente segundo lugar en atención y trascendencia, comparativamente a los alegatos de fondo argüidos para justificar el derecho de CONCAR a pescar en aguas exteriores y, por ende, el derecho a que la Resolución No. 291 fuera modificada. De hecho, este Tribunal observa que dichos reclamos se constituyen en realidad como un vehículo para introducir consideraciones de fondo a partir de las cuales se demuestre la existencia del derecho a CONCAR para pescar en aguas exteriores, tan es así, que incluso los hechos constitutivos de este tercer reclamo surgieron paralelamente e incluso con posterioridad a que se haya notificado por CONCAR el inicio de las

⁹⁶ Lo anterior con independencia del hecho de que el dictamen de la CONTRALORÍA, en la que se manifestaban sus argumentos, sí fue incorporado por FIPES al expediente al promover el Recurso de Protección.

⁹⁷ Véanse puntos 285 a 437 del Memorial de Demanda presentado por VIEIRA con fecha 15 de marzo de 2005.

consultas amistosas a la luz del artículo 10 del ACUERDO⁹⁸, lo que permite ver que el hecho que ocupa una posición central en la controversia objeto del presente arbitraje, es la negativa a CONCAR a pescar en aguas exteriores.

299. En efecto, en opinión de este Tribunal, el eje sobre el que este tercer reclamo gira continúa siendo la negativa a CONCAR a pescar en aguas exteriores. La finalidad por la que FIPES interpuso el RECURSO DE PROTECCIÓN fue la de impedir a CONCAR realizar actividades extractivas en aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S., siendo evidente que el objeto de dicho procedimiento era negarle a CONCAR el derecho que desde hacía más de 11 años le había sido negado por distintas autoridades del gobierno chileno. A este respecto, resulta relevante destacar lo expuesto por FIPES dentro del RECURSO DE PROTECCIÓN, en los siguientes términos:

.....

1. La Subsecretaría de Pesca, mediante la dictación de la Resolución 371 de 2001, ha invalidado de oficio, los siguientes actos administrativos anteriores:

- **Resolución N° 291, de 28 de febrero de 1989: que autorizó al buque fábrica *María Tamara* a operar únicamente en las aguas interiores al sur del paralelo 47° L.S., omitiendo toda autorización de pesca en aguas exteriores. Tan clara es la invalidación de esta Resolución N° 291, de 1989; que en la Resolución N° 371, de 2001, se reemplaza la redacción del numeral 3° de dicha Resolución rectificadora, lo que implica dejar sin efecto el texto y la decisión normativa contenida en él.**

- Decisión contenida en la **Carta denegación N°398, de 12 de septiembre de 1990**, emitida por la Subsecretaría de Pesca, a la solicitud de ampliación de actividades presentada por CONCAR para operar en aguas exteriores, como reacción a la obtención de la Resolución N° 291, de 1989, que la autorizó el buque *María Tamara* sólo en aguas interiores.

- **Resolución N° 53 de 1997, N°2 de 1998**, ambas del Ministerio de Economía y **Resolución N° 26 de 1998**, de la Subsecretaría de Pesca, la que no dio lugar a reclamaciones administrativas.

En todos estos actos administrativos, la Autoridad Pesquera, desde el año 1989, ha denegado la autorización a CONCAR para efectuar faenas de pesca extractiva en aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S. Por ello, otorgar hoy una nueva autorización de pesca al buque fábrica *María Tamara* de CONCAR implica invalidar todas y cada una de estas decisiones denegatorias anteriores, las que ya han dado lugar a una situación jurídico-fáctico consolidada desde hace más de 11 años de antigüedad.⁹⁹

.....

En la especie, al rectificar e invalidar la Resolución denegatoria de permiso a la nave *María Tamara* de CONCAR, y al otorgar efectivamente dicha autorización

⁹⁸ Véase punto 78 de la narración de hechos del presente laudo.

⁹⁹ Punto 1, inciso A, apartado III del RECURSO DE PROTECCIÓN.

más de 11 años después de haber sido solicitada, la Subsecretaria establece en definitiva que el buque factoría *María Tamara* puede capturar las especies congrio dorado, merluza de tres aletas, merluza del sur, y merluza de cola, vulnerando así los derechos adquiridos de todos los demás armadores pesqueros existentes en el sector según pasamos a demostrar.¹⁰⁰

.....

El procedimiento administrativo para obtener una autorización pesquera se inicia por una solicitud del particular interesado en ella, y termina por el pronunciamiento de la Autoridad (de un modo similar a como el proceso judicial termina por sentencia definitiva). Aunque existen modos anómalos de terminación del procedimiento administrativo, “el modo ordinario de terminación del procedimiento es el dictado por la Administración actuante del acto definitivo que le pone fin, lo resuelve”, y obviamente, dicha resolución puede dar término al procedimiento ya sea acogiendo o rechazando la solicitud del particular.

Si bien mediante el sentido común puede afirmarse que el procedimiento, en cuanto concatenación de actos dirigidos a un fin, termina mediante la declaración de la autoridad, difícil es dar solución al problema del plazo de interposición de recursos administrativos y judiciales ante la falta de legislación del Derecho Chileno. De tal manera, en este caso de laguna legal, debe efectuarse una operación de integración de la ley, que de conformidad a los artículos 170 N°5 del Código de Procedimiento Civil y 24 del Código Civil, debe resolverse por medio de la equidad natural y de los principios generales de la legislación.¹⁰¹

.....

Entonces, siguiente un criterio estrictamente legalista y considerando que el procedimiento administrativo y el judicial son especies de un mismo género (MERKL), debemos afirmar que de las normas que hemos citado, en la interpretación analógica que nos ocupa, y tomando el criterio límite, no debiera permitirse un plazo de impugnación administrativa en ningún caso mayor a cinco años plazo. No puede afirmarse razonablemente la procedencia de un recurso administrativo pasados los cinco años que establece el artículo 2515 del Código Civil.

En definitiva, de acuerdo a lo anteriormente expuesto se concluye la absoluta ilegalidad y arbitrariedad de la Subsecretaria de Pesca, pues ha rectificado una Resolución que no había sido impugnada por el interesado durante más de cinco años (entre el 12 de septiembre de 1990 y el 25 de noviembre de 1995), y con ello:

a) Ha infringido el principio de la seguridad jurídica, pues reabre un procedimiento administrativo que estuvo cerrado por más de cinco años, volviendo así incierta una situación o circunstancia que ya estaba jurídicamente afinada.

b) Ha infringido el principio de la buena fe, pues está dando razón a un privado – CONCAR- que luego de haber permanecido más de 5 años en inactividad, decidió unilateralmente cambiar su postura, interponiendo tardíamente recursos judiciales (ejercicio tardío y desleal de sus derechos).

c) Ha dado lugar a una reclamación de nulidad luego de transcurridos más de cinco años de dictado el acto que se intenta invalidar. Tales acciones administrativas se encontraban prescritas para todos los efectos legales, y por ello, dar lugar a las mismas infringe gravemente el artículo 2515 del Código Civil.¹⁰²

d) A mayor abundamiento, desconoce el hecho que CONCAR en ninguna oportunidad impugnó la Carta Denegatoria N° 398 de 12 de septiembre de 1990,

¹⁰⁰ *Ibidem*, Punto 2, inciso A.

¹⁰¹ *Ibidem*, Punto 1, inciso B.

¹⁰² *Ibidem*, Punto 6, inciso B.

que no dio lugar a la solicitud de ampliación de actividades pesqueras a las aguas exteriores al sur del paralelo 47° L.S., razón que exige considerar firme dicha negativa para todos los efectos legales.

(Énfasis agregado)

300. Como se puede observar, la rectificación de la Resolución No. 291 continuó ocupando una posición central dentro del procedimiento del RECURSO DE PROTECCIÓN y la supuesta conducta negligente de SUBPESCA dentro del mismo tiene finalmente como resultado negar a CONCAR su derecho para pescar en aguas exteriores. En este sentido, el Tribunal considera que el aspecto sustancial de este reclamo realmente se traduce en la negativa chilena a CONCAR para pescar en aguas exteriores, tan es así, que incluso dentro de la caracterización genérica de sus reclamos, VIEIRA exige el pago de los daños y perjuicios que desde el año 1990 (y no desde el año 2001 en que los hechos antes descritos tuvieron lugar) le ocasionó su imposibilidad para pescar en estas aguas, lo que se constituye como un evidente indicador de que la realización de un hecho ilícito imputable a CHILE es señalada por VIEIRA desde antes de la entrada en vigor del ACUERDO.

301. Bajo esta línea y con el fin de ser exhaustivo respecto a los argumentos esgrimidos por VIEIRA en relación a que una consideración del reclamo general por el que se exigen daños y perjuicios implica necesariamente un análisis del fondo de la controversia¹⁰³, este Tribunal considera que dicha postura es manifiestamente improcedente pues en este laudo no se estudia (i) si los reclamos alegados por VIEIRA son o no violatorios del ACUERDO, (ii) si los daños y perjuicios alegados por VIEIRA son o no procedentes y, mucho menos, (iii) cuál sería la cuantificación de estos daños y perjuicios en caso de que fueran procedentes, sino que, analizando la “caracterización general de sus reclamos” este Tribunal se limita a observar, como una mera referencia, que VIEIRA exige daños y perjuicios desde 1990, fundado su acción en el hecho de que CONCAR no pescó en aguas exteriores chilenas desde el momento en que realizó su inversión, siendo evidente que la caracterización del hecho ilícito a partir del cual VIEIRA considera se le deben pagar daños y perjuicios es desde el año de 1990.

¹⁰³ Véanse puntos 156 a 159 del Memorial de Dúplica de Objeciones a la Jurisdicción de fecha 12 de abril de 2006.

302. A mayor abundamiento, si bien es cierto que las inversiones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del ACUERDO son protegidas por éste en términos de lo establecido por su artículo 2¹⁰⁴, es el momento de la realización de un hecho ilícito el que determina la pauta a partir de la cual se debe estimar una cuantificación de los daños y perjuicios que puede sufrir un inversor extranjero. De esta forma, si VIEIRA reclama el pago de daños y perjuicios desde 1990, no puede sino concluirse que en todo caso el hecho ilícito atribuible a CHILE tuvo lugar en esa misma fecha, siendo esta una simple referencia que de manera clara confirma los razonamientos de este Tribunal antes expuestos.

303. Este es el análisis jurisdiccional del Tribunal y en este laudo se concluye que a la luz del artículo 2 del ACUERDO, la controversia objeto de este arbitraje surgió con anterioridad al 29 de marzo de 1994 y la misma se proyectó en el tiempo hasta el año de 2001, traduciéndose los reclamos alegados por VIEIRA en la misma controversia material implicada en la negativa a CONCAR para pescar en aguas exteriores y en la consecuente negativa de modificación de la Resolución No. 291, ocupando esta controversia la posición central de los tres reclamos planteados como violatorios del ACUERDO, por ende, el Centro carece de jurisdicción *ratione temporis* para conocer del presente caso.

B. OBJECCIÓN A LA JURISDICCIÓN *RATIONE MATERIA*

304. Estimando procedente la excepción jurisdiccional *ratione temporis* promovida por CHILE, este Tribunal determina innecesario realizar el análisis de la excepción *ratione materia*, por ser irrelevante para el sentido del presente laudo y para las pretensiones y derechos de las partes.

V. COSTAS

305. En términos de lo dispuesto por el artículo 61(2) del Convenio de Washington y tomando en cuenta que a juicio del Tribunal las partes han actuado de buena fe en el

¹⁰⁴ *Ibidem*, punto 158.

presente procedimiento, se decide que cada parte deberá pagar la mitad de las costas del arbitraje y cubrir sus propios gastos legales.

VI. DECISIÓN

306. Por las razones expuestas y con fundamento en lo dispuesto por las reglas 41(5) y 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje y por el artículo 61(2) del Convenio de Washington, el Tribunal resuelve:

- Acoger la excepción a la jurisdicción *ratione temporis* del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones interpuesta por el Estado de Chile.
- En consecuencia, declarar que el Centro no tiene jurisdicción para conocer de esta controversia.
- Ordenar a las partes el pago de las costas y gastos legales generados por el presente procedimiento arbitral en los términos expuestos apartado V de este laudo.
- Las peticiones de las partes que no se conceden expresamente, deben considerarse denegadas.

/firmado/
W. Michael Reisman
Árbitro
Fecha: 6. 8.07

/firmado/
Susana B. Czar de Zalduendo
Árbitro
Fecha: 10. 8.07
CONFORME A
DISIENCIA PARCIAL

/firmado/
Claus von Wobeser
Presidente
Fecha: 3. 8.07

Opinión disidente de Susana Czar de Zalduendo

1.- Alcance de la disidencia parcial

1.- He coincidido con mis distinguidos colegas miembros del Tribunal con relación a una de las objeciones a la jurisdicción pero considero, por los motivos que desarrollaré, que el tribunal debió reconocerse competencia parcial para entender en el presente caso y pasar a analizar el fondo.

2.- La negativa a la empresa CONCAR (del inversor extranjero español Vieira S.A.) para pescar en aguas exteriores al sur del paralelo 47 LS, fue manifestada por la República de Chile a través de las autoridades correspondientes, e instrumentada por Resolución Subpesca 291 del 28 de febrero de 1989. Esa medida fue cuestionada varias veces por el inversor y denegada su modificación por la autoridad pesquera y por el Ministerio de Economía, aunque años más tarde la Resolución 291 fue declarada ilegal por dictamen de la Contraloría General de la República.

3.- La documentación acompañada acerca de los intercambios entre CONCAR y las autoridades chilenas, muestran que existió “un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, y un conflicto de puntos de vista jurídicos o intereses entre las Partes”, conforme a la clásica definición pronunciada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en *Mavrommatis Palestine Concessions*, (Fallo Nro. 2, 1924, PCIJ Series A, Nro.2, p.11). Es por ello que el Tribunal estima que se configuró una controversia factible de ser considerada anterior a la vigencia del Acuerdo de Protección de Inversiones firmado entre Chile y España, cuya entrada en vigor se produjo el 29 de marzo de 1994. Coincidió en que esa controversia quedó fuera de la jurisdicción del CIADI y de la competencia de este Tribunal, *ratione temporis*.

4.- Esa disputa llegó a su fin con la rectificación de la Resolución 291 de 1989, efectuada mediante la Resolución Subpesca 371 del 23 de febrero de 2001 que instrumentó la autorización a CONCAR para pescar en aguas exteriores. Sin embargo, con base en disposiciones internas no se le asignó una cuota para pescar en ellas y, por otra parte, en el

marco de Recursos de Protección interpuestos por una Federación Gremial de Industrias Pesqueras, competidora de la Demandante, ante los tribunales nacionales, se dejó sin efecto la Resolución 371 del 2001. La Demandante se agravia de: a) la negativa a pescar en aguas exteriores; b) la fijación de una cuota pesquera en “0”; y c) las conductas del Estado chileno en los mencionados Recursos de Protección.¹

5.- Si bien, como adelanté, la negativa instrumentada por la Resolución 291 de 1989 y su cuestionamiento por el inversor extranjero, configura una disputa que queda fuera de la jurisdicción del tribunal *ratione temporis*, estimo que debe analizarse el trato dispensado a ese inversor externo una vez vigente el Acuerdo Bilateral de Protección de Inversiones entre Chile y España (en adelante TBI) y por tanto, disiento con el voto mayoritario que considera, en aplicación del denominado “Lucchetti test”, que tanto la fijación de la cuota “0” como las actuaciones del Estado en los recursos judiciales internos constituyen, con la primera negativa, una única controversia cuya causa real es la imposibilidad de pescar en aguas exteriores.

2.- La fijación de cuota cero

6.- Teniendo CONCAR la autorización vigente para pescar en aguas exteriores en virtud de la Resolución Subpesca 371 de 2001, se la incluyó entre los armadores a los que se les fijaron cuotas según la pesca registrada en los años 1999 y 2000, conforme a la medida administrativa denominada “límite máximo de captura por armador” (establecida por Ley 19.713). La inclusión de CONCAR se instrumentó con la Resolución del Ministerio de Economía (EX) 52 del 15 de marzo de 2001 que determinó: 1) incluir a CONCAR en las unidades de pesquería solicitadas (tipo de capturas); 2) fijar cuota “0” a la nave María Tamara (otro barco de la empresa tenía el permiso vencido) por falta de pesca registrada en los 2 años anteriores; 3) rechazar la solicitud de que se adjudicara una cuota similar a la de otros buques de igual tonelaje.

7.- En mi opinión esta controversia reúne las siguientes características:

¹ Puntos 178, 234 y 282 del Memorial de Demanda.

- a) se origina el 15 de marzo de 2001 con el dictado de la Resolución (EX) 52/2001;
- b) su causa es la fijación de cuota cero por falta de pesca computable en los 2 años anteriores, no siendo su fundamento la falta de autorización para pescar en aguas exteriores, derecho que la empresa ya tenía en virtud de la Resolución 371;
- c) el inversor extranjero cuestiona esa cuota y que no se admita - en reemplazo de los registros de pesca que no pudo exhibir por causas ajenas a él - considerar la capacidad de pesca del barco “María Tamara” tomando como referencia naves de similar esfuerzo pesquero.

8.- Varios aspectos merecen analizarse en esta disputa sobre la cuota “0”, entre ellos, si se trata de una nueva controversia aunque relacionada con hechos anteriores o de una evolución de la anterior; el alcance del denominado “Lucchetti test”; y la posibilidad de invocar disposiciones de derecho interno como justificativo para no observar las obligaciones que emergen para Chile del TBI.

2.1.- Disputa relacionada con hechos anteriores a la vigencia del TBI

9.- Esta controversia surge en marzo de 2001 y la justificación del Estado chileno sobre la cuota “0” esta basada en la falta de capturas durante los años 1999 y 2000. Estamos en presencia de una disputa surgida después de la vigencia del TBI, aunque relacionada con un hecho anterior cual es la falta de captura, no imputable al inversor sino causada por la denegación del permiso de pesca por parte de las autoridades, negativa luego revertida por la Contraloría General de la República pero con una demora que impidió registrar pesca en los años requeridos.²

10.- En las Consideraciones del Tribunal en torno a la Jurisdicción *Ratione Temporis* del presente Laudo, se reconoce que el art. 2.3 del TBI entre España y Chile solo excluye de la jurisdicción del CIADI a las controversias surgidas o resueltas con anterioridad a su vigencia, no existiendo “...una manifestación expresa en el sentido de excluir de la

² La presentación ante la Contraloría del 22 de enero de 1998 recién produjo un Dictamen Final el 23 de febrero de 2001, por una reconsideración solicitada por Subpesca en marzo de 2000.

jurisdicción del Centro a aquellas controversias que, habiendo surgido con posterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo, están relacionadas con hechos acontecidos con anterioridad a esa fecha ..." (párrafo 217)

11.- En varios casos similares se ha atribuido a los hechos y situaciones anteriores a la vigencia de los tratados de protección de inversiones, la naturaleza de "antecedentes" respecto de controversias surgidas con posterioridad a esa vigencia. Uno clásico es el de *Tecmed vs México*, donde el Tribunal expresó que no debía interpretarse que acontecimientos o conductas anteriores a la vigencia del Acuerdo no fueran relevantes para determinar si se violó el mismo después de esa vigencia. Pero para ello consideró que era necesario poder identificar conductas u omisiones posteriores, que constituyesen violaciones al Acuerdo.³

12.- Un enfoque diferente ha sido abordado en una reciente decisión sobre jurisdicción del CIADI (*Helnan International Hotels vs. Arab Republic of Egypt*)⁴, con relación a un Acuerdo de Protección de Inversiones entre Dinamarca y Egipto que entró en vigencia el 29 de enero de 2000. Se plantearon allí tres hipótesis: 1) que la disputa se concrete después de la fecha de vigencia con fundamento único en divergencias anteriores, en cuyo caso queda claramente excluida del Acuerdo; 2) que surja después del 29 de enero 2000 basada en discrepancias posteriores a esa fecha, lo que la pone dentro del ámbito temporal del Acuerdo; y 3) que una controversia continúe divergencias anteriores pero transformando su naturaleza, de manera que las causas de disputa ya no son las que existieron antes, por lo cual también cae en el ámbito del Acuerdo.⁵

13.- Ante la insistencia en el razonamiento del voto mayoritario del presente Laudo, sobre que todos los cuestionamientos del inversor tienen relación con la negativa a pescar en

³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso ARB (AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo 2003, párrafo 66

⁴ Decision on Objection to Jurisdiction, 17 de octubre 2006, transcrita en <http://www.investmentclaims.com>

⁵ Párrafo 53 *in fine*: "Third, if the dispute crystallized after January 29, 2000 as a continuation of divergences that occurred prior to that day but evolved and changed of nature after that day, it falls within the temporal scope of the Treaty, as the divergences which are its source are not any longer the divergences which were existing before January 29, 2000".

aguas exteriores, mi opinión es que una vez que estuvo revocada esa negativa por la Resolución Subpesca 371/2001 se sucedieron acontecimientos nuevos y actos de las autoridades de desprotección del inversor, susceptibles de configurar violaciones al TBI. En el caso de la fijación de la cuota “0” la controversia surge por el contenido de la Resolución del Ministerio de Economía (EX) 52/2001, que impide ejercer el derecho a pescar reconocido por el Estado, en base a un hecho anterior -dentro del ámbito temporal del TBI - que es la falta de registro de capturas. Esa ausencia de pesca computable tiene como antecedente más remoto aquella negativa a pescar en aguas exteriores. En mi opinión no se trata de la misma controversia, ni de un cambio en su naturaleza sino de una diferencia nueva entre el inversor y el Estado huésped.

2.2.- *El Lucchetti test*

14.- En el caso *Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú vs. República del Perú* (CIADI ARB/ 04/7) el Tribunal tuvo que determinar si hechos distintos constituían o no la misma controversia. En el párrafo 50 del Laudo Lucchetti (transcripto en el párrafo 267 del presente Laudo) se especifican los extremos a cumplir para esa determinación:

- a) establecer en que medida los hechos que son la causa real de dos controversias difieren entre si o son idénticos;
- b) si ambas controversias tienen identidad de objeto,
- c) si los hechos o consideraciones que dieron lugar a la controversia anterior “han seguido ocupando una posición central en la controversia ulterior”

15.- Lo primero que aparece al intérprete es el concepto de “identidad” y de “hechos idénticos”, puntos a) y b) *ut supra*. Siendo la identidad la cualidad de idéntico, este último concepto esta definido como “lo que es lo mismo que otra cosa con que se compara”⁶. No veo que la fijación de cuota cero sea lo mismo que la negativa a pescar en aguas exteriores, circunstancia que fue la causa de la controversia surgida antes de la vigencia del TBI. En aquella situación hubo una falta de autorización para pescar en aguas exteriores, mientras que en la nueva controversia el inversor cuenta con esa autorización, y el motivo de la

⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*

discrepancia con las autoridades es otro: fijársele cuota negativa y no admitirse parámetros con otros armadores (barcos de igual capacidad) para fijarle una cuota positiva.

16.- Lo mismo puede afirmarse respecto de si los hechos que dieron lugar a la controversia anterior siguen ocupando una posición central en la nueva controversia. Habiendo desaparecido la negativa a pescar en ciertas zonas, es difícil sostener que esa negativa continúe siendo central en cuanto a la cuota y a la posibilidad de fijarla utilizando otros parámetros, más bien constituye un antecedente o hecho acontecido con anterioridad y relacionado con la nueva controversia.

17.- Lamento no coincidir con el razonamiento del voto mayoritario cuando pone énfasis en el contenido del Dictamen de la Contraloría, como presupuesto de la fijación de cuota “0” (párrafo 279). Obviamente ese Dictamen está relacionado con la legalidad, o no, de la negativa a pescar en aguas exteriores y la revocación de la Resolución 291 de 1989, porque eran esos hechos los controvertidos. Pero en base a ese Dictamen Final se aprobó la medida del 2001 (Resolución 371/2001) que dio por terminada la controversia anterior, y lo que origina la nueva controversia es el contenido de la Resolución del Ministerio de Economía 52 (EX) que no fija cuota positiva y deniega establecerla en base a otros criterios.

2.3.- Alcance de la invocación del derecho interno

18.- La difícil relación entre el Derecho Internacional y los derechos nacionales tiene una larga historia y abarca etapas diversas. Desde las discusiones sobre si el orden jurídico internacional y el nacional constituyen uno solo o dos diferentes (monismo/dualismo), hasta las cuestiones sobre sus fuentes y la preeminencia de un sistema sobre el otro, la doctrina jurídica ha desarrollado multiplicidad de teorías y producido infinidad de escritos al respecto. Siguiendo a Fitzmaurice es aconsejable reconocer que más que un conflicto entre sistemas lo que se plantea es un problema entre obligaciones⁷ y que como consecuencia de un enfrentamiento entre obligaciones nacionales e internacionales si se da

⁷ Gerald Fitzmaurice, *The General Principles of International Law considered from the Standpoint of the Rule of Law*, Hague Recueil of Cours, vol.92, issue II, 1957, pp. 68 a 94.

preeminencia a las primeras se genera responsabilidad del Estado en el plano internacional, sin que de ello resulte la invalidez de las reglas internas.

19.- Esta pacíficamente aceptado que el Estado no puede invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Ian Sinclair nos recuerda que esta disposición responde a una propuesta de la Delegación de Pakistán a la Conferencia, que quería “made clear that no party to a treaty might invoke the provisions of its constitution or its laws as an excuse for its failure to perform a treaty”⁸. Y Jean Michel Arrighi⁹ comenta que si bien no se incluyó sobre este tema una cláusula en la Carta de las Naciones Unidas, la Resolución de la Asamblea General Nro. 375 (IV), Declaración de Derechos y Deberes de los Estados, del 6 de diciembre 1949 lo contempla expresamente en su art. 13:

“Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho Internacional, y no puede invocar disposiciones de su propia Constitución o de sus leyes como excusa para dejar de cumplir este deber”

20.- También las decisiones de tribunales arbitrales y judiciales internacionales han aplicado consistentemente este principio. Desde el histórico caso del “*Alabama*” en el siglo XIX (Gran Bretaña no puede excusarse de cumplir sus obligaciones internacionales de neutralidad, bajo pretexto de aplicar sus normas constitucionales), hasta los resueltos por la Corte Permanente de Justicia Internacional: *Certain German Interest in Polish Upper Silesia* (1926) y *Factory at Chorzów* (1928); y por la Corte Internacional de Justicia: *Anglo-Norwegian Fisheries* (1951) y *Nottebohm* (1955), entre otros.

21.- Varios tribunales internacionales han considerado que, ante ellos, el derecho nacional es un “hecho” que debe probarse (*municipal law as a fact*). Brownlie¹⁰ señala varios aspectos de esta circunstancia, entre ellos que:

⁸ Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Second Edition, 1984, p. 84

⁹ J. M. Arrighi, “Relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos”, en Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho Internacional Público*, tomo I, FCU, Montevideo, 1996, pág. 340.

¹⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 5th edition, 1998, p. 39 y ss

- la ley interna puede ser evidencia de una conducta atribuible al Estado que le genera responsabilidad internacional;
- no se aplica a la ley nacional el criterio de hechos presuntos (*judicial notice*) y, en consecuencia, debe probarse;
- el Tribunal internacional, al considerar a la ley nacional como un hecho, no la interpreta como ley en cuanto tal;
- el Tribunal internacional – como respeto a la jurisdicción nacional – no puede declarar la invalidez de la ley local.

Justamente la CPJI en el caso precitado *Ciertos Intereses Alemanes en Polonia*, declaró que desde el punto de vista del Derecho Internacional las leyes nacionales, así como las medidas administrativas y las resoluciones de tribunales locales expresan la voluntad y la actividad del Estado y son meramente “hechos”. Agregó que la Corte no estaba llamada a interpretar la ley polaca, pero que nada le impedía juzgar si aplicando esa ley Polonia estaba actuando ante Alemania de conformidad con las obligaciones que emergían de la Convención de Ginebra.

22.- Citando un ejemplo más cercano, en *Duke Energy International Peru Investments Nro 1 Ltd vs. Republic of Peru* (CIADI ARB/03/28), se planteó la aplicabilidad de la ley interna peruana para analizar si una evaluación impositiva decidida por Perú, violaba el acuerdo de estabilidad fiscal firmado entre la firma reclamante y el Estado peruano. El Tribunal sostuvo que aun cuando se decidiera aplicar la ley peruana para interpretar el acuerdo de estabilidad fiscal, el Tribunal tenía la potestad y el deber de sujetar la ley peruana al control del Derecho Internacional.¹¹

23.- Por último, corresponde también registrar lo establecido en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas.¹² Se transcriben solamente dos de esos artículos:

¹¹ CIADI ARB/03/28, Decisión on Jurisdiction, párrafo 162.

¹² Este Proyecto, completado en el 53 Período de Sesiones de la Comisión, fue objeto de una Resolución de la Asamblea General del 12 de diciembre de 2001, por la que se tomó nota del mismo y se recomendó a la atención de los gobiernos, “sin perjuicio de su futura aprobación o de otro tipo de medida” (Resolución 56/83)

Artículo 3 – Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como ilícito por el derecho interno

Artículo 4 – Comportamiento de los órganos del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional al comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización el Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

24.- Estas extensas consideraciones sobre el alcance de la invocación del derecho interno, responden a la necesidad de establecer claramente que un Tribunal internacional, decidiendo sobre su competencia respecto de una controversia, debe interpretar los instrumentos internacionales en juego; en el caso, el Convenio de Washington y el TBI entre Chile y España, tomando en consideración las normas del Derecho Internacional sobre los tratados y la responsabilidad de los Estados.

25.- En el presente Laudo se reconoce que la legislación interna no puede ser “impedimento para cumplir obligaciones de índole internacional” (párrafo 291), pero se vuelve a sostener que el Dictamen Final de la Contraloría sobre rectificación de aquella Resolución denegatoria del año 1989 es el presupuesto de la fijación de cuota “0”. En realidad el presupuesto de esa fijación es la Ley 19.713, del 25/1/2001 que estableció la medida administrativa sobre “límite máximo de captura por armador”, ley publicada el mismo día de la emisión del citado Dictamen Final.

26.- En este Laudo se señala (párrafos 289 y 290) que de haberse aprobado una medida como la Resolución 371/2001 en 1999, cuando se emitió el primer Dictamen de la Contraloría recurrido por Subpesca, CONCAR hubiera tenido la posibilidad de tener una cuota positiva.¹³ El voto de la mayoría acoge el argumento de la Demandada y sostiene que el derecho de la empresa estaba pendiente de recurso y carecía de resolución ejecutoria

¹³ Pasaron 7 meses para que Subpesca pidiera reconsideración (agosto 20 de 1999 a marzo 10 de 2000) y 10 meses más para el Dictamen Final (marzo 10 de 2000 a enero 25 de 2001)

agregando que, además, luego fue revertido por las autoridades judiciales.¹⁴ Este análisis, aunque correcto desde un enfoque de vista del derecho interno, resulta difícil de sustentar a la luz de las obligaciones de Derecho Internacional, y de los artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado, citados *ut supra*.

27.- La opinión experta solicitada por Chile¹⁵ considera que, conforme a la ley chilena, la única cuota que se podía autorizar era en función de la captura de los años 1999 y 2000, determinándosela en “cero”. No deja de llamar la atención este implícito otorgamiento de primacía a la legislación nacional, cuando la administración del Estado chileno, vigente ya su obligación internacional de dar un trato justo y equitativo a las inversiones españolas (art. 4.1 del TBI), podría haber arbitrado alguna solución que protegiera los derechos del inversor.

3.- Las conductas del Estado chileno en los Recursos de Protección

28.- Respecto de la denominada “tercera controversia”, relacionada con las actuaciones del Estado en los recursos judiciales internos¹⁶ interpuestos por la Federación Gremial de la de Industrias Pesqueras de la Macrozona X, XI y XII Región F.G. y a su análisis *ratione temporis*, parece imprescindible distinguir entre:

- a) los Recursos de Protección en los cuales son parte empresas competidoras de la Demandante, quienes invocan derechos adquiridos con la intención de no compartir cuotas de pesca; y
- b) los reclamos de la Demandante alegando que Chile no cumplió con estándares exigidos al Estado para proteger los derechos del inversionista extranjero en los citados procesos, especialmente para defender la Resolución Subpesca 371/2001

¹⁴ Referencia que no resulta pertinente desde el punto de vista del Derecho Internacional, ya que la responsabilidad del Estado puede generarse también a partir de actos del Poder Judicial, Cfr art. 4 de los Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado; y caso CIADI *CMS Gas Transmisión vs. Argentina* (ARB/01/8) párrafo 108.

¹⁵ Profesor Vaughan Lowe, 17 de septiembre de 2005, párrafo 35.

¹⁶ Uno ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso contra Subpesca por el dictado de la Resolución 371/2001; y el otro ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el Contralor General de la República Subrogante por el Dictamen Final.

que dejó sin efecto la negativa de 1989, acontecimientos que tuvieron lugar cuando ya estaba vigente el Acuerdo TBI.

29.- Con relación a las conductas de Chile en esta etapa, la Demandante cuestiona principalmente la actitud indolente de Subpesca durante el Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, concretada por los siguientes actos:

- a) presentar un único escrito pidiendo rechazar el recurso y manifestando que la Resolución 371 en litigio sólo se dictó por lo dispuesto por la Contraloría;
- b) no utilizar en su defensa argumentos avanzados por ese organismo de contralor en el otro recurso ante la Corte de Santiago; y
- c) no fundamentar el recurso de apelación contra la sentencia de la Corte de Valparaíso, ocasionando así su rechazo.

3.1.- Jurisdicción prima facie

30.- Resulta complejo analizar actos y omisiones imputables a Chile que se alegan como violatorios de la obligación, asumida en el TBI, de proteger la inversión sin entrar al fondo de la cuestión para lo cual debería reconocerse *prima facie* que el Tribunal tiene jurisdicción, de manera que pudiera, temporalmente, evaluarse esas imputaciones lo que no significa que ellas estén ya probadas sino que queda a cargo de las Partes demostrar o no su veracidad.

31.- Este dilema se ha planteado en varios casos, tanto en tribunales del CIADI como ante otros foros internacionales; y parece interesante rescatar lo sostenido por varios de ellos acerca de la necesidad de establecer temporalmente un caso sobre el fondo, a los fines de determinar jurisdicción.

32.- En la Decisión sobre Jurisdicción de *Impregilo S.p.a. vs. Pakistán*, (caso ICSID ARB/03/3), 22 de abril 2005, puede leerse:

“237. When considering its jurisdiction to entertain the Treaty Claims, the Tribunal considers that it must not make findings on the merit of that claims, which have yet to

be argued, but rather must satisfy itself that it has jurisdiction over the dispute, as presented by the Claimant. This has been recognized both by the ICJ and by arbitral tribunals in many cases”

Los árbitros expresaron también

“254. The present Tribunal is in full agreement with the approach evident in this jurisprudence. It reflects two complementary concerns: to ensure that courts and tribunals are not flooded with claims which have no chance of success, or may even be of an abusive nature; and equally to ensure that, in considering issues of jurisdiction, courts and tribunals do not go into the merits of cases without sufficient prior debate. In conformity with this jurisprudence the Tribunal has considered whether the facts as alleged by the Claimant in this case, if established, are capable of coming within those provisions of the BIT which have been invoked”

33.- En la Decisión sobre Jurisdicción (14 noviembre 2005) del caso *Bayindir vs. Pakistán* (ICSID ARB/03/29) el Tribunal apoyándose en abundantes antecedentes CIADI, afirmó:

Punto 197 *in fine* “In performing this task, the Tribunal will apply a prima facie standard, both to the determination of the meaning and scope of the BIT provisions and to the assessment whether the facts alleged may constitute breaches. If the result is affirmative, jurisdiction will be established, but the existence of breaches will remain to be litigated on the merits”.

34.- En *Ioannis Kardassopoulos vs. Georgia*, una de las decisiones sobre jurisdicción mas recientes del CIADI (ICSID ARB/05/18),¹⁷ se analizó la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal, tanto sobre la base del Energy Chapter Treaty como del TBI firmado entre Grecia y Georgia. En la aplicación de ambos instrumentos se plantearon cuestiones *ratione temporis*. Con relación al primero, si su “aplicación provisional” equivalía o no a la entrada en vigencia; y respecto del tratado bilateral – siendo alegados actos de expropiación - la imposibilidad de su efecto retroactivo. Sin embargo el Tribunal manifestó que no podía adoptar una decisión sin una completa evaluación de los hechos alegados como violatorios del TBI y sin escuchar a todos los actores involucrados, en orden a determinar si esos hechos (declaraciones y promesas) tuvieron lugar después de la vigencia del Tratado. Su decisión no fue una aceptación *pro tem* de jurisdicción sino unir al análisis de los meritos las objeciones de Georgia *ratione temporis*, en estos términos:

¹⁷ Del 6 de julio de 2007 y transcripta en <http://www.investmentclaims.com>

“Punto 260.- It is well settled that whenever a jurisdictional issue is closely related to the facts to be examined at the merits phase of the case, it can be joined to the merits. The Tribunal’s decision on jurisdiction here is closely related to the merits and will depend, to a large extent, on the same factual questions”

En este párrafo se citan varios fallos concordantes con esta solución, tanto en arbitrajes CIADI como bajo el sistema UNCITRAL.

35.- Entiendo que en el caso que nos ocupa, las alegaciones de violación del TBI por las conductas del Estado chileno a través de la débil defensa de los derechos del inversor, justificaban el reconocimiento *prima facie* de jurisdicción o, al menos, el unir la cuestión jurisdiccional con el fondo. De todos modos, para dejar a salvo que la consideración de la controversia surgida antes de la vigencia del TBI quedara excluida, se pudo haber asumido una competencia parcial.

3.2 Competencia parcial

36.- Es muy ilustrativa la determinación tomada por el Tribunal en el caso *Impregilo vs. Pakistán*, porque se reconoció competencia parcial en distintos ámbitos. En cuanto a las objeciones *ratione personae*, declaró que su jurisdicción estaba limitada a las pérdidas sufridas por Impregilo según la proporción de su participación en la joint venture que contrato con el gobierno (párrafo 184). *Ratione materiae*, manifestó no tener jurisdicción en los reclamos contractuales - ya que el contrato tiene su propio sistema de resolución de disputas - y que para las reclamaciones con fundamento en el TBI determinaría su jurisdicción al considerar el fondo (párrafo 291).

37.- En cuanto a la jurisdicción *ratione temporis*, y como Impregilo alega actos que generarían la responsabilidad internacional de Pakistán, el Tribunal aclara que sólo las conductas acaecidas después de la vigencia del TBI deben conformarse con las obligaciones del mismo. Y concluye:

“316 (f). That the provisions of the BIT do not bind Pakistan in relation to any act that took place, or any situation that cease to exist, before 22 June 2001 and the jurisdiction of the Tribunal *ratione temporis* is limited accordingly”

3.3 El criterio finalista en la interpretación de los tratados de protección de inversiones

38.- Por último, y ante la posibilidad de haberse producido conductas de desprotección de una inversión externa estando ya vigente el TBI entre la República de Chile y el Reino de España, considero que el Tribunal al decidir sobre su competencia debió tomar en cuenta el criterio finalista de interpretación de los tratados, e interpretar “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos, y teniendo en cuenta su objeto y fin” (Convención de Viena, art. 31.1). La buena fe impone no dejar de considerar la finalidad de promoción de las inversiones y de protección de los inversores, que constituye el objeto de los TBIs.

/firmado/

Susana B. Czar de Zalduendo

10 de agosto, 2007