

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A  
INVERSIONES**  
Washington, D.C.

Caso No. ARB/07/9

**BUREAU VERITAS, INSPECTION, VALUATION, ASSESSMENT AND  
CONTROL, BIVAC B.V.**  
**(Demandante)**

c.

**REPÚBLICA DEL PARAGUAY**  
**(Demandada)**

**Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción**

**Miembros del Tribunal**

Profesor Rolf Knieper, Presidente

L. Yves Fortier, QC, Árbitro

Profesor Philippe Sands QC, Árbitro

**Secretario del Tribunal**

Gonzalo Flores

*Representando a la Demandante*

Sres. Nigel Blackaby y Lluís Paradell  
y Sra. Patricia García  
Freshfields Bruckhaus Deringer  
y  
Sres. Oscar Mersán y Diego Zavala  
Mersán Abogados  
Asunción, Paraguay

*Representando a la Demandada*

Dr. José Enrique García Ávalos  
Procurador General de la República  
del Paraguay  
Procuraduría General de la República  
del Paraguay  
Asunción, Paraguay  
y  
Sr. Brian C. Dunning y  
Sra. Irene Dubowy  
Thompson & Knight LLP  
New York, N.Y.

Fecha: 29 de mayo de 2009

## **(I) Cuestiones introductorias y antecedentes**

### **1.1 Las partes y la historia procesal**

1. BIVAC es Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. (“BIVAC” o “la Demandante”), una compañía constituida en 1984 conforme a la legislación del Reino de los Países Bajos (Países Bajos). Su oficina registrada está ubicada en Vissersdijk 223-241 301 1 GW Rotterdam, Países Bajos. Se trata de una compañía operativa integrante del Grupo Bureau Veritas, que también mantiene compañías afiliadas en más de un país, y cuya sede central se encuentra en Francia.
2. BIVAC está representada en este arbitraje por el Sr. Nigel Blackaby, el Sr. Lluís Paradell y la Sra. Patricia García, de Freshfields Bruckhaus Deringer, 2-4 rue Paul Cézanne, 75375 Paris Cédex 08, Francia y los Sres. Oscar Mersán y Diego Zavala, de Mersán Abogados, Fulgencio R. Moreno No. 509, 1er. Piso, Asunción, Paraguay.
3. La Demandada es la República del Paraguay (“Paraguay” o “la Demandada”).
4. El Paraguay está representado por el Procurador General de la República del Paraguay, Dr. José Enrique García Ávalos. El Paraguay también estuvo originalmente representado por los Sres. David Lindsey e Ignacio Suárez-Anzorena de Clifford Chance US LLP, como se indica en la carta dirigida al CIADI por el Paraguay, de 17 de diciembre de 2007. Mediante carta del 29 de abril de 2008, el entonces Procurador General del Paraguay informó al CIADI que ya no tenía poder para representar al Paraguay en este arbitraje. Durante la primera sesión del Tribunal con las partes, el Paraguay estuvo representado por el Embajador Luis Enrique Chase Plate, Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay, el Dr. Osvaldo Caballero Bejarano, Procurador General Adjunto del Paraguay, la Sra. Claudia Medina, Procuraduría General de la República del Paraguay, el Dr. Jorge Brizuela, de la Embajada del Paraguay en Washington D.C., y el Ing. Gustavo Ruiz Díaz, representante del Paraguay ante el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF). Los representantes del Paraguay declararon en la sesión que a la brevedad comunicarían al CIADI los nombres de las personas que representarían al Paraguay en las futuras etapas del procedimiento. Mediante carta fechada el 11 de noviembre de 2008 el Dr. García Ávalos — Procurador General recientemente designado— informó al Tribunal que el Paraguay había conferido poder al Sr. Brian C. Dunning y a la Sra. Irene Dubowy de Thompson & Knight LLP, para que lo asistieran durante la audiencia del 11 de noviembre de 2008. Mediante carta fechada 6 de diciembre de 2008 se amplió ese poder a fin de cubrir todo el período del procedimiento en la etapa de excepciones preliminares.

## 1.2 Historia procesal y antecedentes

5. El 20 de febrero de 2007 el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o “el Centro”) recibió de BIVAC una Solicitud de Arbitraje fechada el 16 de febrero de 2007.

6. BIVAC manifestó en su solicitud que había realizado inversiones en el Paraguay protegidas por el “Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Paraguay y el Reino de los Países Bajos” suscrito el 29 de octubre de 1992, que entró en vigor el 1 de agosto de 1994 (“el Tratado” o “el TBI”). BIVAC sostuvo también que el Paraguay había violado diversas obligaciones bajo el Tratado.

7. En la Solicitud de Arbitraje de BIVAC se sostiene que el 6 de mayo de 1996 el Ministerio de Hacienda del Paraguay y BIVAC habían celebrado un contrato de prestación de servicios técnicos de inspección pre-embarque de importaciones hacia el Paraguay (“el Contrato”). Al parecer, alrededor de esa misma fecha el Ministerio de Hacienda y la compañía suiza SGS Société Générale de Surveillance S.A. celebraron un contrato idéntico. Ambos contratos tenían como objeto la ejecución de un “programa de inspección pre-embarque” de bienes que habían importarse hacia el Paraguay, según lo establecido por el Ministerio de Hacienda (Preámbulo del Contrato). El objetivo de este programa era el de optimizar el índice de cobranzas de derechos e impuestos de importación. El Gobierno paraguayo había autorizado al Ministerio de Hacienda a celebrar estos contratos mediante el Decreto del Poder Ejecutivo No. 12.311 fechado 31 de enero de 1996 (“el Decreto”, *Documento de prueba de la Demandante*, CE-5). El Decreto hace referencia a “BIVAC INTERNATIONAL (GRUPO BUREAU VERITAS)”, de Francia, en lugar de a BIVAC B.V., y en el Contrato se identifica a “Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V.” como el socio contratante (*Documento de prueba de la Demandante*, CE-6). En virtud de los términos del Contrato BIVAC asumió, *inter alia*, las siguientes obligaciones:

- i) identificar físicamente los bienes antes del embarque,
- ii) evaluar la razonabilidad del precio cobrado por el vendedor,
- iii) estimar el valor en Aduanas,
- iv) emitir certificados de inspección,
- v) capacitar a personal paraguayo, y
- vi) colaborar en el establecimiento de una base de datos (Contrato, Artículo 2).

Los Artículos 3.4 y 3.5 del Contrato permitían a BIVAC abrir y mantener una oficina de enlace en el Paraguay, que fue constituida como “BIVAC Paraguay S.A.”. El Ministerio de Hacienda tenía la obligación de pagar honorarios por servicios técnicos, que se calculaban como porcentaje del valor

“FOB” de los bienes. Tales honorarios se facturaban mensualmente al Ministerio de Hacienda en dólares estadounidenses y debían pagarse dentro de los 20 días siguientes al recibo de cada factura (Contrato, Artículo 4).

8. El Artículo 9 del Contrato disponía que las diferencias relativas al Contrato, en cuanto a su ejecución, terminación o invalidez, debían someterse a los tribunales de la Ciudad de Asunción, siendo aplicable la legislación paraguaya.

9. El Contrato tendría una vigencia de tres años, y podía prorrogarse periódicamente (Artículo 8.2). La vigencia del Contrato debía expirar en junio de 1999. BIVAC sostiene que realizó alrededor de 70.000 inspecciones a lo largo del período trienal del Contrato, y que emitió 35 facturas. Sostuvo que 19 de las facturas por un monto total de alrededor de US\$22 millones, seguían impagas. El último pago efectuado por el Ministerio de Hacienda tuvo lugar en febrero de 1999. BIVAC estima que al 31 de enero de 2007 el monto total adeudado por las facturas pendientes más los intereses causados, ascendía aproximadamente a US\$36,1 millones.

10. BIVAC sostiene que en agosto de 1999 el Ministerio de Hacienda había establecido la lista de las 19 facturas pendientes y que no obstante este reconocimiento de la deuda del Paraguay frente a BIVAC, diferentes departamentos u otros órganos gubernamentales iniciaron una serie de revisiones, auditorías y controles internos de los servicios de BIVAC. BIVAC sostiene que estas revisiones y auditorías llevaron a la conclusión de que el Contrato era válido y que BIVAC lo había cumplido cabalmente. Sostiene que tales conclusiones se desprenden de:

- la auditoría realizada por la Contraloría General de la República entre octubre de 2000 y octubre de 2002, en que se llegó a la conclusión de que el Contrato era válido y que las alegaciones de incumplimiento eran infundadas;
- reconocimientos formales de la deuda por parte del Ministro de Hacienda, según declaraciones de febrero de 2001 y abril de 2004;
- la investigación iniciada por la Dirección Nacional de Aduanas en febrero de 2005, que llevó a la conclusión de que BIVAC había cumplido cabalmente el Contrato.

11. BIVAC sostiene que pese a los resultados positivos que arrojaron esas diversas investigaciones, y a sus repetidas solicitudes de pago, no se efectuó pago alguno. BIVAC sostiene que, por el contrario, entre 2001 y 2006 altas autoridades públicas, tales como el Presidente y el Ministro de Hacienda del Paraguay, formularon declaraciones contradictorias. En algunas de ellas se reconoce la validez del

Contrato y la deuda pendiente; en otras se anuncian investigaciones adicionales.

12. Mediante carta fechada el 3 de octubre de 2006 BIVAC notificó al Presidente del Paraguay, Excelentísimo Sr. Dr. Nicanor Duarte Frutos, el 13 de octubre de 2006, la existencia de una diferencia sobre inversiones enmarcada en el Tratado. BIVAC invitó al Paraguay a llevar a cabo negociaciones para llegar a un acuerdo amistoso sobre la diferencia dentro de un período de tres meses. El período de tres meses para negociaciones expiró el 13 de enero de 2007, sin que al parecer se haya realizado negociación alguna.

13. En su Solicitud de Arbitraje, fechada el 16 de febrero de 2007, BIVAC solicitó el establecimiento de un tribunal de arbitraje y solicitó la siguiente reparación:

“En virtud de lo que antecede, sin carácter limitativo, y reservándose BIVAC el derecho de suplementar la solicitud de reparación a la luz de medidas adicionales que pueda adoptar el Paraguay, BIVAC solicita respetuosamente al Tribunal:

(a) Que DECLARE:

(i) Que el Paraguay ha violado el Artículo 6 del Tratado al adoptar medidas cuyo efecto consiste en privar a BIVAC de su inversión sin pago de una justa compensación;

(ii) Que el Paraguay ha violado el Artículo 3(1) del Tratado, al no acordar a la inversión de BIVAC en el Paraguay un trato justo y equitativo y dificultarla a través de la adopción de medidas irrazonables;

(iii) Que el Paraguay ha violado el Artículo 3(4) del Tratado al faltar al cumplimiento de las obligaciones que había asumido en relación con la inversión de BIVAC, y

(b) Que ORDENE al Paraguay indemnizar a BIVAC por sus violaciones del Tratado, por un monto no inferior a US\$36.121.052,35 (al 31 de enero de 2007), más intereses hasta la fecha de pago;

(c) Que CONCEDA toda otra reparación que el Tribunal considere apropiada,

y

(d) Que ORDENE al Paraguay el pago de todas las costas y gastos de este arbitraje”.  
(Traducción del Tribunal).

14. BIVAC sostiene que la diferencia está amparada por el Tratado; que el Paraguay violó varias de las obligaciones que le imponía el Tratado, y que se cumplen los requisitos del Convenio del CIADI en

materia de jurisdicción.

15. En su solicitud de arbitraje, BIVAC sostiene que la diferencia está entablada entre el Paraguay, que es parte del Tratado, y BIVAC, una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación vigente en los Países Bajos, y con domicilio en los Países Bajos. BIVAC sostiene que es “nacional” neerlandés, en la acepción dada a ese término por el Artículo 1(b) del Tratado, que comprende:

“ii. a las personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de esa Parte Contratante”.

BIVAC sostiene asimismo que ha realizado una inversión protegida conforme al Artículo 1(a) del Tratado, que define en los términos siguientes el vocablo “inversiones”:

“El término “inversiones” comprende todo tipo de bienes y en particular, aunque no exclusivamente:

- i. las propiedades muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho real con relación a todo tipo de bienes;
- ii. los derechos derivados de acciones, obligaciones y otras clases de participaciones en compañías y empresas conjuntas;
- iii. los títulos de crédito, otros bienes y cualquier actividad que tenga valor económico;
- iv. los derechos en el campo de la propiedad intelectual, procesos técnicos, buen nombre comercial y conocimientos técnicos;
- v. los derechos concedidos en virtud del derecho público, incluyendo derechos a la prospección, exploración, extracción, y explotación de recursos naturales”.

BIVAC considera que el Contrato constituye una inversión protegida, en la acepción dada a este término por el Tratado; específicamente que consiste en “bienes”, constituye un “título de crédito” y un “título a una actividad que [tiene] valor económico”, ya que en él se prevé el pago a BIVAC de una remuneración por servicios por parte del Ministerio de Hacienda a cambio de los servicios de BIVAC. BIVAC sostiene que los derechos previstos en el Contrato comprenden también “los derechos concedidos en virtud del derecho público”, ya que el Contrato le confiere funciones ordinariamente realizadas por los servicios aduaneros del Estado.

16. BIVAC sostiene que la falta de pago, por parte del Ministerio de Hacienda, de las sumas

reclamadas en 19 facturas puede atribuirse al Paraguay, lo que genera la responsabilidad de éste como Estado, conforme al derecho internacional y al Tratado. Sostiene que el Paraguay violó tres obligaciones claramente diferenciadas previstas en el Tratado.

17. En primer lugar sostiene que el Paraguay es responsable de la violación del Artículo 6 del Tratado, que establece que las inversiones neerlandesas en el Paraguay no serán expropiadas ni estarán sujetas a medidas equivalentes a la expropiación salvo por razones de interés público, sin carácter discriminatorio y contra el pago de una justa compensación. Dicha disposición establece:

“Ninguna Parte Contratante tomará medidas que priven directa o indirectamente a los nacionales de la otra Parte Contratante de sus inversiones, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

(a) que las medidas sean dispuestas en el interés público y con observancia del debido procedimiento;

(b) que las medidas no sean discriminatorias o contrarias a cualquier garantía que la Parte Contratante que dispone dichas medidas haya dado;

(c) que las medidas estén tomadas sobre la base de una justa compensación. .  
.”.

Según BIVAC, el continuo incumplimiento, por parte del Ministerio de Hacienda, de su obligación de pagar sumas adeudadas a BIVAC conforme al Contrato y al Decreto del Poder Ejecutivo No. 12.311, ha privado sustancialmente a BIVAC del beneficio económico esperado por su inversión. BIVAC sostiene que como no se ha pagado una pronta, adecuada y efectiva compensación, la conducta del Paraguay constituye una expropiación indirecta en la acepción dada a ese término por el Artículo 6 del Tratado.

18. El Artículo 3(1) del Tratado establece:

“Cada Parte Contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante y no perjudicará, con medidas irrazonables o discriminatorias, su operación, administración, mantenimiento, uso, goce, o disposición por esos nacionales”.

Según BIVAC, el incumplimiento, por parte del Paraguay, de su obligación de pagarle las sumas que le adeuda conforme al Contrato y en virtud del Decreto, constituye un acto de mala fe, violatorio del Contrato y contrario a las legítimas expectativas y derechos adquiridos, respaldados por la inversión, de BIVAC. BIVAC considera que la conducta del Paraguay representa un tratamiento injusto y no equitativo de la inversión realizada por BIVAC en el Paraguay, y que es objetivamente no razonable, en el sentido de que carece de toda base justificable, y que va en detrimento de la inversión, pues implica la aplicación

de medidas irrazonables y discriminatorias, que también desconocen derechos de BIVAC.

19. El Artículo 3(4) del Tratado establece:

“Cada Parte Contratante cumplirá toda obligación que haya contraído en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”.

BIVAC sostiene que en virtud del Decreto y del subsiguiente Contrato el Paraguay asumió obligaciones con respecto a la inversión de BIVAC y que estas obligaciones no han sido cumplidas como consecuencias de la falta de pago de las sumas adeudadas, por lo cual el Paraguay ha incumplido con sus obligaciones bajo el Artículo 3(4) del Tratado.

20. BIVAC sostiene que se cumplieron los requisitos que en materia de jurisdicción establece el Artículo 25, que en lo pertinente establece:

“(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante ... 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.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante": [...] (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia”.

21. BIVAC sostiene que el Artículo 25 impone cuatro requisitos y que, todos ellos se han cumplido:

- existe una diferencia jurídica que surge de la supuesta violación, por parte del Paraguay, de derechos reconocidos a BIVAC por el Tratado y por el Derecho Internacional;

- la diferencia surge directamente de la inversión de BIVAC en el Paraguay, que como ya se expresó, es una inversión protegida conforme al Tratado y al Convenio del CIADI;

- la diferencia surge entre el Paraguay, un Estado Contratante del CIADI, y BIVAC, una compañía constituida en los Países Bajos, que es otro de los Estados Contratantes del CIADI; y



- BIVAC y el Paraguay han consentido por escrito en someter la diferencia a arbitraje del CIADI; el consentimiento se perfeccionó a través de la oferta del Paraguay de someter a arbitraje del CIADI una diferencia sobre inversiones enmarcada en el Tratado, y por la aceptación de esa oferta por BIVAC, expresada en la Solicitud de Arbitraje.

El Artículo 9(2) del Tratado contiene, en lo pertinente, el texto siguiente:

“Cada Parte Contratante por este medio presta su consentimiento a someter toda controversia que surja entre esa Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante al respecto de una inversión de ese nacional en el territorio de la Parte Contratante que antecede, al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones para su resolución mediante la conciliación o arbitraje en virtud de la Convención para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones...”.

22. El 2 de marzo de 2007 el Centro solicitó a BIVAC que explicara más detalladamente por qué consideraba que el Contrato cumplía los requisitos necesarios para ser calificado como una inversión conforme al Artículo 25 del Convenio del CIADI. El Centro también le solicitó a BIVAC que aclarara la relación existente entre el Artículo 9.1 del Contrato, que contiene la cláusula contractual sobre resolución de diferencias, y la disposición sobre resolución de diferencias contenidas en el Artículo 9 del TBI.

23. Mediante carta fechada el 15 de marzo de 2007 BIVAC respondió a la primera pregunta explicando que el Convenio del CIADI no definía el término “inversión” en el Artículo 25, defiriendo la materia a otros instrumentos jurídicos (como el Tratado). Según BIVAC, el Tratado define “inversión” en sentido amplio, que abarca “todo tipo de bienes”, incluidos “títulos de crédito” (Artículo 1(a)(iii)) y “derechos concedidos en virtud del derecho público” (Artículo 1(a)(v)), tal como se detalla en el párrafo 15, *supra*. BIVAC reiteró que el Contrato califica como una inversión en el sentido del Tratado, porque establece el derecho de BIVAC a recibir del Ministerio de Hacienda el pago de sus servicios, lo que constituye un título de crédito, y porque confirió a BIVAC funciones que normalmente eran cumplidas por los servicios aduaneros, con lo cual se crearon derechos en un marco de Derecho Público.

24. En cuanto a la relación entre las disposiciones del Contrato y del Tratado en materia de resolución de diferencias, BIVAC sostuvo que una cláusula contractual sobre arbitraje no precluye la jurisdicción del Tratado en materia de reclamaciones por incumplimiento del Tratado, independientemente de que la reclamación pueda plantear simultáneamente cuestiones de interpretación o aplicación del Contrato

subyacente.

25. Basándose en esas explicaciones, y sin perjuicio de las cuestiones de jurisdicción o las relativas al fondo de la diferencia, el Centro registró la Solicitud de Arbitraje el 11 de abril de 2007 y notificó debidamente a las partes.

### **1.3 Constitución del Tribunal de Arbitraje**

26. Mediante carta de fecha 12 de junio de 2007 BIVAC informó al Centro que las partes no habían llegado a un acuerdo en cuanto a la constitución del Tribunal de Arbitraje, y le solicitó que procediera conforme a lo previsto por el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI. Mediante carta de fecha 13 de junio de 2007 el Centro informó a las partes que habían transcurrido más de 60 días desde el registro y que de conformidad con la Regla 2(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal se constituiría según lo previsto en el Artículo 37(2)(b) del Convenio.

27. Mediante carta de fecha 14 de junio de 2007 BIVAC designó al Sr. L. Yves Fortier, C.C., O.Q., Q.C., LL.D, nacional de Canadá, como árbitro en el presente caso. El Sr. Fortier aceptó su designación el 20 de junio de 2007. Mediante carta de fecha 9 de julio de 2007 el Paraguay designó al Profesor Philippe Sands, QC, nacional de Gran Bretaña y de Francia, como árbitro. El Profesor Sands aceptó su designación el 13 de julio de 2007.

28. Mediante carta de fecha 18 de octubre de 2007, transcurridos más de 90 días desde la fecha de registro de la Solicitud de Arbitraje, BIVAC informó al Centro que las partes no habían podido llegar a un acuerdo sobre la designación del Presidente del Tribunal y le solicitó que conforme al Artículo 38 del Convenio del CIADI y a la Regla 4(1) y (2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI realizara la designación. Tras celebrar consultas con las partes, el Centro designó al Profesor Dr. Rolf Knieper, nacional de Alemania, como el árbitro que habría de presidir el Tribunal. El Profesor Knieper aceptó la designación el 10 de marzo de 2008.

29. Mediante carta fechada el 10 de marzo de 2008 el Centro informó a las partes que el Tribunal había quedado constituido en esa fecha y se consideraba que el procedimiento se había iniciado ese mismo día. También se informó a las partes que el Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Superior del CIADI, se desempeñaría como Secretario del Tribunal.

### **1.4 Respuesta del Paraguay**

30. El Paraguay ha cuestionado sistemáticamente, y desde sus primeras comunicaciones, la

jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal de Arbitraje, y no ha presentado argumento alguno en cuanto al fondo de la diferencia. El Paraguay ha insistido en que ni su designación un árbitro ni el acuerdo de la constitución del Tribunal debían interpretarse como consentimiento a la jurisdicción.

31. En su primera presentación escrita, el 8 de abril de 2008, el Paraguay formuló los siguientes argumentos:

(a) El Paraguay nunca consintió expresamente el arbitraje ante el CIADI, requisito que consideraba necesario, pues el mero hecho de ratificar el Convenio del CIADI no constituía tal consentimiento. El Paraguay se remitió al Preámbulo, que establece

“que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”.

(b) El Paraguay sostiene que su relación con BIVAC se basaba en el Contrato, que debe caracterizarse como un contrato administrativo, y por lo tanto no se rige por el Tratado. A su juicio una relación meramente contractual, sin aporte de capital por las partes contratantes, no puede calificarse como una inversión en el sentido que se da a este término en el lenguaje común y en el derecho paraguayo. Por lo tanto, según el Paraguay, el Tratado no se aplica a la diferencia.

(c) El Paraguay sostiene que el Artículo 9.1 del Contrato contiene un mecanismo exclusivo de resolución de diferencias donde se confiere jurisdicción a los tribunales de la Ciudad de Asunción, y se establece que el derecho paraguayo es el aplicable.

(d) El Paraguay sostiene que BIVAC no efectuó ninguna inversión en el territorio del Paraguay, como lo requiere el Tratado. Hace referencia al Preámbulo del Tratado, donde se establece:

“El Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno del Reino de los Países Bajos ... Deseando fortalecer los lazos tradicionales de amistad entre sus países, extender e intensificar las relaciones económicas entre ellos, particularmente en relación con las inversiones de los nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante...”.

(e) Según el Paraguay, la Constitución del Paraguay y las leyes de orden público prohíben al Estado dejar de lado la jurisdicción nacional a favor del arbitraje

internacional cuando surgen cuestiones relativas a la propiedad del Estado.

(f) El Paraguay sostiene que la diferencia no es de naturaleza jurídica en el sentido del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, y que como el Contrato es de carácter público, administrativo, se rige por el derecho imperativo (*ius cogens*) y por consideraciones de política pública, y no por la autonomía de las partes; además, como el Estado rescindió unilateralmente el Contrato por razones de política pública, la diferencia es de carácter puramente administrativo, y no de naturaleza jurídica en el sentido del Convenio del CIADI.

32. Por esas razones el Paraguay solicita: “[Que se tenga] por presentado al recurrente en el carácter invocado en las instrumentales que se acompañan. [Que se t]enga por presentado este escrito que denuncia la falta de consentimiento del Estado paraguayo a someterse al CIADI y su clara y contundente Incompetencia de Jurisdicción para conocer en la solicitud de Arbitraje solicitado por BIVAC BV”<sup>1</sup>.

33. En un segundo escrito, sin fecha, que se distribuyó al Tribunal y a BIVAC en la primera sesión, el 20 de mayo de 2008, el Paraguay reiteró su posición, según la cual:

- ningún órgano competente del Estado paraguayo ha consentido el que la diferencia con BIVAC B.V. se someta a un tribunal de arbitraje del CIADI;
- el Tribunal, por lo tanto, carece de competencia;
- toda decisión del Tribunal por la que asuma competencia excedería manifiestamente sus potestades y sería nula *ex tunc*; y
- este problema debe resolverse antes de cualquier medida adicional.

34. El Paraguay reiteró en parte su solicitud inicial<sup>2</sup>, de “[q]ue el Tribunal Arbitral del Centro declare la falta de competencia para entender y decidir en esta disputa, como una cuestión preliminar, no conjuntamente con el fondo de la cuestión, que obligará al Estado paraguayo a una gran erogación de su Tesoro Público, para hacer frente a los gastos que demande su defensa”.

### **1.5 Primera sesión del Tribunal**

35. La primera sesión del Tribunal con las partes fue celebrada el 20 de mayo de 2008, en la sede del Centro, en Washington, D.C. En esa sesión, BIVAC estuvo representada por el Sr. Nigel Blackaby y la Sra. Patricia García, de Freshfields Bruckhaus Deringer, el Sr. Andrew Hibbert, de BIVAC B.V., y el Sr.

---

1 Nota a pie de página en la versión en inglés omitida en la presente versión en español.

2 Nota a pie de página en la versión en inglés omitida en la presente versión en español.

Oscar Mersán, de Mersán Abogados. El Paraguay estuvo representado por el Embajador Luis Enrique Chase Plate, Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay; el Dr. Osvaldo Caballero Bejarano, Procurador General Adjunto; la Sra. Claudia Medina, de la Procuraduría General de la República; el Dr. Jorge Brizuela, Embajada del Paraguay en Washington D.C., y el Ing. Gustavo Ruiz Díaz, Representante del Paraguay ante el BIRF.

36. Durante la sesión, las partes expresaron su conformidad respecto de que el Tribunal se había constituido correctamente, de acuerdo con las disposiciones del Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje en vigencia desde el 10 de abril de 2006, que son aplicables al procedimiento. También expresaron su conformidad respecto de una serie de cuestiones procesales de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje. Las mismas se referían al prorrateo de las costas del procedimiento y pagos anticipados al Centro, honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, el lugar del procedimiento (Washington D.C.), las actas de las audiencias, los medios de comunicación, que habían de canalizarse a través del Secretariado, la presencia, el quórum y las decisiones del Tribunal, así como la delegación de la facultad de fijar los plazos, las actuaciones escritas y orales, los interrogatorios de testigos y peritos y la publicación del laudo. Estas decisiones se hicieron constar en el acta resumida suscrita por el Presidente y el Secretario del Tribunal, que fuera distribuida por este último a las partes.

37. En cuanto a los idiomas del procedimiento, en el Acta se establece:

“De conformidad con la Regla 22 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Demandante escogió inglés y la Demandada escogió español como idiomas del procedimiento.

Sobre la cuestión de las traducciones, luego de escuchar a ambas partes, el Tribunal decidió lo siguiente

- a. Todos los memoriales y las declaraciones de testigos e informes de peritos que se anexen, serán traducidos por la parte que los presente al idioma del procedimiento seleccionado por la otra parte;
- b. Las traducciones serán presentadas simultáneamente junto con los escritos principales;
- c. Las partes no necesitan presentar traducciones de otros documentos de soporte, pero podrán hacerlo si lo desean.

Los documentos de soporte (con la excepción de los arriba indicados), sujeto a que se encuentren en uno de los idiomas del procedimiento seleccionados, serán presentados en su idioma original. El Tribunal podrá solicitar traducciones de las partes cuando así lo estime necesario.

El Tribunal emitirá sus decisiones en ambos idiomas. Las comunicaciones del Secretariado a las partes se harán en cualquiera de los dos idiomas elegidos. El Secretariado hará los arreglos necesarios para contar con servicios de interpretación simultánea de y hacia el inglés y el español durante las audiencias futuras”.

38. En cuanto a los alegatos, las excepciones preliminares a la jurisdicción del Tribunal y la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la diferencia, en el Acta consta lo siguiente:

Paraguay presentó un memorial sobre excepciones preliminares a la jurisdicción del Centro el 8 de abril de 2008 (copia de la cual fue transmitida al Tribunal el 9 de abril de 2008). Paraguay presentó un documento adicional sobre la cuestión de jurisdicción durante la primera sesión. Paraguay confirmó que sus presentaciones del 8 de abril y del 20 de mayo de 2008 constituyen su escrito principal en materia de jurisdicción.

En vista de las excepciones presentadas por Paraguay, y luego de haber escuchado a ambas partes, el Tribunal decidió lo siguiente (según está reflejado en la Resolución Procesal No. 1 del Tribunal del 12 de junio de 2008, modificada mediante carta del Secretario a las partes del 25 de junio de 2008) (anexas a la presente Acta como Anexos 2 y 3 respectivamente).

- Las excepciones preliminares de la Demandada, en la forma descrita en sus comunicaciones de 9 de abril de 2008 y 20 de mayo de 2008, serán tratadas como cuestión preliminar;

- El procedimiento sobre el fondo de la diferencia se suspenderá hasta que el Tribunal haya adoptado una decisión sobre las excepciones preliminares planteadas por la Demandada, de conformidad con el Artículo 41, párrafo segundo del Convenio;

- Los documentos de la Demandada fechados el 9 de abril de 2008 y el 20 de mayo de 2008 serán considerados como un memorial escrito, conteniendo de manera completa las excepciones preliminares de la Demandada de conformidad con el Artículo 41, párrafo segundo del Convenio;

- Los plazos para las actuaciones subsecuentes en esta etapa del procedimiento serán los siguientes:

- la Demandante presentará su memorial de contestación, en inglés y en español, a más tardar el jueves 3 de julio de 2008;

- la Demandada presentará su réplica, en español y en inglés, a más tardar el lunes 18 de agosto de 2008;
- la Demandante presentará su réplica, en inglés y en español, a más tardar el jueves 2 de octubre de 2008;
- Una audiencia sobre las excepciones preliminares de la Demandada se llevará a cabo en la sede del Centro, en Washington, DC, el jueves 11 de noviembre de 2008, comenzando a las 9:30 a.m.

La organización y agenda de la audiencia y demás asuntos se reservan para una decisión futura”.

39. Tanto el memorial de contestación de BIVAC, como la réplica del Paraguay y la réplica de BIVAC fueron presentados dentro del plazo pertinente. Mediante carta de fecha 4 de septiembre de 2008 el Tribunal invitó a las partes a convenir una agenda para la audiencia sobre las excepciones preliminares opuestas por el Paraguay, que debía llevarse a cabo en la sede del Centro, en Washington DC, el 11 de noviembre de 2008. Esto fue aceptado por ambas partes: mediante carta fechada el 1 de octubre de 2008 BIVAC propuso una agenda, que fue confirmada oralmente durante conversación telefónica que mantuvieron el 3 de octubre de 2008 el Dr. Osvaldo Caballero Bejarano, en ese entonces Procurador General Adjunto de la República del Paraguay, y el Sr. Gonzalo Flores, Secretario del Tribunal.

### **1.6 La audiencia sobre jurisdicción y escritos posteriores a la misma**

40. La audiencia sobre jurisdicción se llevó a cabo, según lo programado, el 11 de noviembre de 2008 en la sede del Centro en Washington, D.C. Durante la audiencia BIVAC estuvo representada por el Sr. Nigel Blackaby, el Sr. Lluís Paradell y la Sra. Patricia García, de Freshfields Bruckhaus Deringer; el Sr. Diego Zavala, de Mersán Abogados, y el Sr. Andrew Hibbert, de BIVAC BV. El Paraguay estuvo representado por el Dr. José Enrique García-Ávalos, Procurador General de la República; el Sr. Luis Emilio Camacho, Asesor Jurídico Jefe del Presidente; el Sr. Raúl Sapena, Abogado del Tesoro; el Dr. Jorge Brizuela, Embajada del Paraguay en Washington D.C.; el Ing. Gustavo Ruiz Díaz, Representante del Paraguay ante el BIRF; el Sr. Brian C. Dunning, y la Sra. Irene Dubowy, de Thompson & Knight LLP.

41. El Paraguay solicitó la postergación de la audiencia. La solicitud se basó en que el Paraguay recién había tenido (en agosto de 2008) un cambio significativo de orientación política y de gobierno, tras

más de 60 años de gobierno de un mismo partido político; que los asesores jurídicos habían sido contratados muy pocos días antes de la audiencia y que necesitaba tiempo adicional para llegar a dominar los complicados temas que se planteaban en la diferencia. Al mismo tiempo, el Paraguay se preocupó de “[reconocer la existencia de] continuidad en cuanto a la institución del Estado en el Paraguay”<sup>3</sup>.

42. El Paraguay confirmó también que no cuestionaba la validez de los actos de funcionarios gubernamentales anteriores. Reconoció que había participado plenamente en el proceso, incluso en cuanto a la fijación y evolución de la agenda de la audiencia. BIVAC se opuso a la solicitud de postergación de la audiencia, insistiendo en que el Paraguay había contado con todas las oportunidades necesarias para presentar su caso, oír y ser oído, y que la solicitud era poco más que un esfuerzo adicional para demorar la resolución de la diferencia. Según BIVAC no sería razonable frustrar los esfuerzos y gastos realizados para organizar la audiencia.

43. El Tribunal consideró los argumentos y decidió que sería apropiado proceder con la audiencia. La solicitud de postergación fue rechazada. El Tribunal explicó que esa decisión se fundaba en la necesidad de equilibrio entre las dificultades de las partes y la obligación de conducir el procedimiento con razonable celeridad y concluirlo dentro de un plazo expedito y eficiente. El Tribunal reiteró que se habían cumplido los requisitos del debido proceso, que ambas partes habían intervenido plenamente en el proceso, incluso en cuanto al establecimiento del cronograma y la agenda para la audiencia sobre jurisdicción. El Tribunal señaló que comprendía los desafíos que enfrentaba el nuevo gobierno, sin perjuicio de lo cual consideraba justificada la continuación de la audiencia, en interés de una adecuada administración de justicia.

44. Para contemplar los intereses de ambas partes y sus asesores jurídicos, y con el consentimiento de ambas partes, el Tribunal decidió asimismo autorizar a estas a presentar escritos posteriores a la audiencia de no más de 40 páginas de extensión, y fijó a tal efecto como plazos: el 8 de diciembre de 2008 para el Paraguay y el 22 de diciembre de 2008 para BIVAC. El Tribunal ordenó que los argumentos se basaran, en forma más detallada, en los ya presentados por escrito, aunque en forma demasiado sucinta, pero que las partes se abstuvieran de introducir nuevos argumentos o enfoques en esta etapa del procedimiento.

45. Ambas partes aceptaron la decisión del Tribunal.

46. Debido a lo prolongado del debate que condujo a estas decisiones sobre procedimiento no pudo cumplirse el cronograma inicial para la realización de la audiencia. Con el consentimiento de las partes se ofreció a ambas el mismo tiempo para presentar sus alegatos orales sobre las cuestiones de jurisdicción.

---

<sup>3</sup> Declaración del Sr. Dunning, Audiencia sobre Jurisdicción, 11 de noviembre de 2008, transcripción, pág. 36. (Transcripción en español, pág. 38).



Así lo hicieron, el Sr. Dunning y el Dr. García Ávalos en nombre del Paraguay, y los Sres. Blackaby, Paradell y Zavala en nombre de BIVAC. Tras haber expuesto plenamente sus argumentos y dado respuesta a las preguntas del Tribunal, las partes convinieron en dar por terminada la audiencia una hora antes de lo previsto.

47. En el curso de la audiencia el Paraguay reiteró que BIVAC no había realizado una inversión en el territorio del Paraguay, por lo cual el Tratado no era aplicable, y que a todo evento el Paraguay no había violado ninguna de las obligaciones que le imponía el Tratado. Sostuvo también que “[se habían realizado] negociaciones diplomáticas entre la República Francesa y la República del Paraguay” y se había planteado la cuestión de “si el Gobierno de los Países Bajos no debiera haber participado o debiera participar de cara al futuro en las negociaciones diplomáticas para tratar de resolver esta disputa”<sup>4</sup>.

48. BIVAC refutó esa argumentación. Reiteró que el Paraguay había dado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI; que BIVAC había realizado una inversión sustancial en el territorio del Paraguay, que había cumplido todas sus obligaciones, y que el Paraguay había violado sus obligaciones del Tratado, perjudicando a BIVAC. Insistió en que la reclamación podía someterse a arbitraje conforme a la legislación paraguaya, y que la cláusula del Contrato en que se prevé el mecanismo de resolución de diferencias no le impedía a BIVAC plantear reclamaciones en virtud del Tratado.

49. Las partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia conforme al cronograma acordado.

50. Entre tanto el Paraguay remitió una carta al Tribunal, fechada 5 de diciembre de 2008, en que invitaba al Tribunal a rechazar en su totalidad la reclamación, basándose en la falta de legitimación procesal de BIVAC. El Paraguay sostuvo que la parte realmente interesada era BIVAC International S.A., una compañía francesa, y no BIVAC BV, una compañía neerlandesa. Mediante carta fechada el 11 de diciembre de 2008 BIVAC respondió a lo manifestado por el Paraguay y solicitó al Tribunal que rechazara por inadmisibles el nuevo escrito del Paraguay, puesto que en él se planteaban nuevos argumentos sobre excepciones a la jurisdicción, contraviniendo así la decisión del Tribunal de no permitir ningún nuevo argumento en esta etapa procesal preliminar.

51. El Tribunal invitó al Paraguay a exponer sus opiniones sobre el tema de la admisibilidad planteado por BIVAC, lo que el Paraguay hizo mediante carta fechada el 19 de diciembre de 2008. Mediante carta fechada el 22 de diciembre de 2008 BIVAC reiteró su solicitud de que se declararan inadmisibles los nuevos argumentos del Paraguay sobre la legitimación procesal.

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, pág. 44. (Transcripción en español, págs. 45-46).

52. El Tribunal observó que la cuestión de la legitimación procesal apenas se había planteado por primera vez en este procedimiento como consecuencia de la carta del Paraguay del 5 de diciembre de 2008, unas tres semanas después de la audiencia sobre jurisdicción. Durante la audiencia el Paraguay sostuvo que se habían realizado negociaciones diplomáticas entre Francia y el Paraguay y que los Países Bajos debieron haber estado asociados a ellas, pero no planteó ningún tema de legitimación procesal. En una carta dirigida a las partes fechada el 24 de diciembre de 2008 el Tribunal dio a conocer su parecer en los términos siguientes:

“El Tribunal toma nota de que el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI establece:

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 preliminar o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

De esa disposición se desprende claramente que el Tribunal puede optar por pronunciarse sobre cualquier cuestión de jurisdicción o admisibilidad como “cuestión preliminar” o como cuestión acumulada al fondo de la diferencia. En su Resolución Procesal No. 1 (12 de junio de 2008) el Tribunal decidió lo siguiente: Las excepciones preliminares de la Demandada, en la forma descrita en sus comunicaciones de 9 de abril de 2008 y 20 de mayo de 2008, serán tratadas como cuestión preliminar. De esta Resolución surge claramente que la decisión de tratar como cuestión preliminar ciertas excepciones preliminares formuladas por el Paraguay se limitaba exclusivamente a los argumentos planteados por el Paraguay en estos documentos y no a otros argumentos. El Tribunal recuerda que la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la diferencia se dispuso a solicitud del Paraguay. El Tribunal recuerda asimismo que con el consentimiento de BIVAC le concedió al Paraguay una oportunidad adicional limitada para exponer más detalladamente argumentos que ya había formulado, concediendo al mismo tiempo a BIVAC un derecho limitado de réplica. Además, en la audiencia del 11 de noviembre de 2008 el Tribunal hizo saber claramente a las partes que sería incompatible con los principios del debido proceso y la economía procesal introducir nuevos argumentos en la fase preliminar, cuando ambas partes ya habían acordado un calendario procesal ordenado y cuando las partes ya habían tenido amplias posibilidades para presentar sus argumentos. El Tribunal indicó claramente a las partes su decisión de que éstas debían abstenerse de plantear nuevos argumentos en los memorandos posteriores a la audiencia, y esa directriz no fue objetada. El Tribunal observa que en las cartas del

Paraguay del 5 de diciembre de 2008 y del 19 de diciembre de 2008 se plantea un argumento aparentemente nuevo, que el Paraguay no había abordado en sus documentos fechados 9 de abril de 2008 y 20 de mayo de 2008. En tales circunstancias el Tribunal sólo se pronunciará, durante la fase preliminar, sobre las excepciones opuestas por el Paraguay en sus documentos fechados el 9 de abril de 2008 y el 20 de mayo de 2008, y en la medida en que esos argumentos (y no otros) se expresen detalladamente en el Escrito Posterior a la Audiencia fechado el 8 de diciembre de 2008. En la medida en que otros argumentos planteados en los documentos fechados 5 de diciembre de 2008 y 19 de diciembre de 2008 queden sin ser considerados, y sin perjuicio de la decisión que adopte el Tribunal sobre las cuestiones planteadas en estas excepciones preliminares o sobre la necesidad de una fase adicional, estos argumentos se considerarán conjuntamente con el fondo de la diferencia, según lo previsto en el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI". (Traducción del Tribunal).

53. Dados esos antecedentes, no consideraremos el fondo de este nuevo argumento, planteado tardíamente por el Paraguay. Sin embargo, a fin de ayudar a las partes a avanzar creemos que puede ser útil dar a conocer nuestra percepción sobre los hechos, tal como surgen de las pruebas que tenemos actualmente ante nosotros.

(1) No se ha cuestionado la afirmación de que el Grupo BIVAC opera en varios países, como Francia y los Países Bajos, en los que ha establecido compañías, ni que la compañía francesa (BIVAC S.A.) es la sede y la compañía matriz. La filial neerlandesa de BIVAC se fundó en 1984, como una B.V., que, según la información que obra en el expediente del caso, cumple los requisitos de ser una persona jurídica que tiene como nacionalidad la de los Países Bajos, en la acepción del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. No se nos ha presentado ninguna prueba que indique que la entidad neerlandesa se haya creado para aprovechar un TBI favorable entre los Países Bajos y el Paraguay, aunque en la carta de la Demandada del 5 de diciembre de 2008 se aludía a ese punto. La prueba que tenemos ante nosotros indica que a la fecha de celebración del Contrato el Sr. Gilles Minard era el Director Ejecutivo de BIVAC B.V. (cargo que aparentemente compartía con el de Presidente de BIVAC International/Francia). No se ha refutado el argumento de que el Decreto Presidencial paraguayo No. 12.311, que autorizó al Ministerio de Hacienda a celebrar contratos con SGS y con BIVAC, se refiere a BIVAC International (Grupo Bureau Veritas) de Francia. Tampoco se ha refutado que la página inicial del Contrato se refiera a BIVAC BV; que el Contrato establece en su página inicial que los

celebrantes son el Ministerio de Hacienda y BIVAC B.V. (“compañía constituida conforme a la legislación de los Países Bajos”), ni que el Contrato establece que esa compañía “en lo sucesivo se denomina ‘BIVAC’ en el presente” (aunque también se refiere en el mismo artículo al Decreto Presidencial y a “BIVAC International (Grupo Bureau Veritas) de Francia”).

(2) Las partes al parecer discrepan acerca de si el Contrato fue firmado en nombre de BIVAC International S.A. (Francia) o de BIVAC B.V. (Países Bajos). Los documentos distan de ser claros. Las firmas figuran debajo de las palabras “BIVAC International” y la dirección postal corresponde a las oficinas de BIVAC International, en Francia. Por otra parte, el registro comercial de Rotterdam, en los Países Bajos, identifica a uno de los signatarios, el Sr. Gilles Minard, como Director Ejecutivo de BIVAC B.V. (Países Bajos), y la escritura notarial del 29 de abril de 1996, extendida en Asunción y adjunta al Contrato, certifica un poder para pleitos otorgado al Sr. Henri Pla, para que actúe y firme en nombre de BIVAC B.V. (Países Bajos). No se ha cuestionado la autenticidad de esos documentos.

(3) La documentación – para decir lo menos – dista de ser totalmente coherente. Los documentos que se nos presentaron no nos permiten determinar exactamente cuál de las dos entidades jurídicas ha de identificarse como la parte del Contrato celebrado con el Ministerio de Hacienda. Esto puede servir para distinguir la situación de autos de la del Caso CIADI No. ARB/03/08 (*L.E.S.I. c. Argelia*)<sup>5</sup>, que invoca el Paraguay, en donde las identidades de los signatarios del contrato difieren de la de la Demandante.

(4) De ello se sigue la necesidad de pruebas que se agreguen a los documentos para establecer con mayor certeza cuál es la parte interesada. Esta prueba parece estar disponible en las circunstancias conexas referentes a las partes en su relación con el Contrato y en virtud del mismo. Las pruebas que tenemos ante nosotros muestran (a) que la fianza inicial se otorgó en nombre de BIVAC B.V.; (b) que BIVAC B.V. prestó los servicios técnicos de inspección pre-embarque y presentó sus facturas al Ministerio de Hacienda, que luego efectuó pagos a una cuenta bancaria a nombre de BIVAC B.V.; (c) que la rescisión del Contrato fue notificada a BIVAC B.V., y (d) que en el curso del presente procedimiento el Paraguay no invocó la cuestión de la

---

<sup>5</sup> *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA c. República Argelina Democrática y Popular* (Caso CIADI No. ARB/03/8).

legitimación procesal sino hasta después de la audiencia sobre jurisdicción, aunque ya conocía los vínculos económicos existentes entre BIVAC S.A. y BIVAC B.V. (en una carta fechada el 4 de diciembre de 2007, por ejemplo, el Paraguay rechazó la propuesta del CIADI de que un nacional de Francia presidiera el Tribunal, aduciendo: “[la] Demandante es una entidad establecida conforme a la legislación de los Países Bajos, pero con lazos muy estrechos con Francia, por ser de propiedad plena del Grupo Bureau Veritas, cuyo centro se encuentra en París”. (Traducción del Tribunal). Lo expresado está probado por los documentos que tenemos ante nosotros. Ambas partes actuaron en el marco del Contrato en una forma que demuestra (por lo menos implícitamente) que consideraron a BIVAC B.V. como la parte contratante.

(5) No parecen existir diferencias entre las partes en cuanto a que, salvo acuerdo en contrario, la nacionalidad de una persona jurídica no está determinada por quien la controla, sino por el lugar en que haya sido constituida. El Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI define “nacional de otro Estado Contratante” como toda persona jurídica que tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia. Jurisprudencia y doctrina respaldan claramente el principio de que los Estados gozan de amplia discrecionalidad para definir la nacionalidad de una institución, por ejemplo a los efectos de un TBI. En este caso el TBI lo hace estableciendo en su Artículo 1(b)(ii) que el concepto de “nacionales” de cualquiera de las dos Partes Contratantes comprende a “las personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de esa Parte Contratante”, lo que indica que no es preciso cumplir el requisito del control societario.

Sobre la base de las escasas pruebas que nos han sido presentadas hasta la fecha, el argumento del Paraguay puede resultar difícil de sostener. La prueba documental parece demostrar muy claramente que ambas partes actuaron basándose en el hecho de que la Demandante fuera la parte contratante, aunque en ciertos aspectos del Contrato hayan estado involucradas dos entidades [la Demandante y BIVAC S.A. (Francia)]. Si el Paraguay decide mantener este argumento tendrá que proporcionar pruebas adicionales de que BIVAC carece de legitimación procesal para promover este procedimiento.

## **(II) Las excepciones preliminares a la jurisdicción y la admisibilidad**

### **2.1 Cuestiones introductorias**

54. El Paraguay ha objetado la competencia del Tribunal en sus cuatro presentaciones escritas, y durante la presentación de los argumentos orales. Aunque podría no ser fácil describir como uniformes los

diversos argumentos planteados por el Paraguay en los procedimientos seguidos hasta ahora, el Paraguay se ha opuesto sistemática y vigorosamente a la posibilidad de que el Tribunal ejerza competencia. Su presentación escrita final consta en un Escrito Posterior a la Audiencia presentado el 10 de diciembre de 2008, en cuya introducción (pág. 1) se señala que los argumentos planteados en ese escrito se agregan a “las bases establecidas en los memoriales previos de la República del Paraguay”. BIVAC incluye una aclaratoria similar en su Escrito Posterior a la Audiencia del 22 de diciembre de 2008, en que señala: “el propósito de este escrito es aclarar cuestiones enunciadas anteriormente, y por lo tanto se presenta de modo adicional a las declaraciones previas escritas y orales de BIVAC y no las sustituye”<sup>6</sup>. El Tribunal interpreta este texto en el sentido de que la intención de las partes fue formular sus diversas reclamaciones en forma acumulativa, y que la omisión de referirse a determinado asunto en los escritos posteriores a la audiencia no debe interpretarse como intención de abandonar un argumento anterior.

55. En relación con las presentaciones escritas y orales de ambas partes, los argumentos de las partes y las diferencias que las separan se agrupan en torno a cinco cuestiones. Esos argumentos no siempre se han enunciado con la mayor claridad posible, razón por la cual el Tribunal considera útil resumirlos del modo siguiente:

- (1) ¿Consintió el Paraguay por escrito a la jurisdicción del CIADI?
- (2) ¿Ha efectuado BIVAC una “inversión” en el sentido que dan a ese término el Convenio del CIADI y el TBI? De ser así, ¿se encuentra la misma “en el territorio del Paraguay”?
- (3) ¿Tiene competencia el Tribunal para entender en la reclamación referente a la expropiación (Artículo 6)? ¿Es admisible la reclamación?
- (4) ¿Tiene competencia el Tribunal para entender en la reclamación referente al trato justo y equitativo [Artículo 3(1)]? ¿Es admisible la reclamación?
- (5) ¿Tiene competencia el Tribunal para entender en la reclamación referente a la cláusula paraguas (*umbrella clause*) [Artículo 3(4)]? ¿Es admisible la reclamación?

Consideraremos sucesivamente cada una de estas cuestiones. Antes de hacerlo es útil abordar ciertos asuntos preliminares.

56. Es conveniente recordar que en esta etapa del procedimiento debemos guiarnos por el Artículo 41 del Convenio del CIADI, cuyo texto es el siguiente:

---

<sup>6</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, del 22 de diciembre de 2008, párrafo 1 (en lo sucesivo Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia).

“(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 preliminar o conjuntamente con el fondo de la cuestión”.

57. No se ha planteado entre las partes cuestión alguna referente al sentido y efecto del Artículo 41. El mismo es vinculante y aplicable, y ambas partes admiten que corresponde al Tribunal establecer si es competente para pronunciarse sobre alguna de las reclamaciones planteadas por BIVAC, o sobre todas ellas. Las partes admiten también que el Tribunal está facultado para pronunciarse sobre cualquier excepción preliminar en esta etapa del procedimiento, como cuestión preliminar, o conjuntamente con el fondo de la diferencia.

58. Las cuestiones que han sido sometidas a nuestra consideración no son nuevas. Las mismas han sido planteadas en otros procedimientos del CIADI o en procedimientos similares, y en respaldo de sus argumentos ambas partes han hecho referencia a otros laudos y decisiones, o a las partes de otros laudos y decisiones que consideraban útiles. Por razones comprensibles dos casos han atraído especial atención a lo largo de las presentaciones: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c República Islámica de Pakistán* y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c Filipinas*<sup>7</sup>. Conforme a lo dispuesto por el Artículo 53(1) del Convenio del CIADI, estas decisiones sólo son obligatorias para las partes, por lo cual ninguna de ellas (como tampoco ningún otro laudo del CIADI) constituye para nosotros un precedente obligatorio. No obstante, éstas y otras decisiones y laudos merecen considerarse cuidadosamente. A los efectos de una adecuada administración de justicia y de la necesidad de garantizar la coherencia y el buen funcionamiento del sistema de justicia establecido por los redactores del Convenio del CIADI, procedemos sobre la base de que corresponde que expliquemos por qué hemos seguido o no el enfoque adoptado por otros tribunales<sup>8</sup>. Ello reviste tanto mayor importancia cuanto que, como ocurre en los casos

---

<sup>7</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13) (Feliciano (P), Faurès, Thomas), (en lo sucesivo, *SGS v. Pakistán*); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6) (El-Kosheri (P), Crawford, Crivellaro). (En lo sucesivo, *SGS c. Filipinas*).

<sup>8</sup> Véase también *AES Corporation c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/17), Decisión sobre Jurisdicción, 26 de abril de 2005 (Dupuy (P), Böckstiegel, Bello-Janeiro), párrafos 30-33:

“30. La identidad de la base para determinar la jurisdicción de esos tribunales, aún cuando la controversia se origine en hechos muy similares, si no idénticos, no es suficiente para aplicar sistemáticamente al presente caso posiciones o soluciones ya adoptadas en esos casos. Cada tribunal es soberano y, como lo confirma la práctica del CIADI, puede optar por una solución diferente para resolver el mismo problema; pero las decisiones sobre jurisdicción referentes a cuestiones idénticas o muy similares pueden indicar, por lo menos, algunas líneas de razonamiento que revistan genuino interés; este Tribunal puede considerarlas para comparar su propia posición con aquellas adoptadas por sus predecesores, y si comparte las opiniones anteriormente expresadas por uno o más de esos tribunales sobre

aquí mencionados, las decisiones parecen contener ciertos elementos contradictorios.

59. Al ejercer nuestras facultades conforme al Convenio del CIADI tenemos la obligación de interpretar las disposiciones de ese Convenio y del TBI Países Bajos-Paraguay. Al realizar esa tarea nos regiremos, conforme a la práctica establecida, por los principios de interpretación enunciados en los Artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Estas disposiciones son ampliamente reconocidas como expresión del derecho internacional general<sup>9</sup>. Los principios enunciados por estas disposiciones ponen de manifiesto un enfoque exegético equilibrado, en donde en el caso de los tratados de inversión, como el TBI Países Bajos-Paraguay, se reconocen los intereses, igualmente legítimos, del Estado y del inversionista; tal como lo expresó un tribunal, en una interpretación equilibrada ha de tenerse en cuenta:

“tanto la soberanía del Estado como su responsabilidad de crear un marco adaptable y en evolución para el desarrollo de las actividades económicas, así como también la necesidad de proteger la inversión extranjera y su flujo constante”<sup>10</sup>.

El mismo enfoque se refleja en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio<sup>11</sup> y en el TBI

---

determinada cuestión de derecho, es libre para adoptar esa misma solución.

31. Pueden darse incluso situaciones en que un tribunal, aun cuando llamado a pronunciarse en virtud de otro TBI en conjunción con las disposiciones pertinentes del Convenio del CIADI, ha establecido un punto de derecho que esencialmente se aplica o se aplicará en otros casos, sean cuales fueren las particularidades de cada diferencia. Es legítimo considerar también esos precedentes con fines comparativos y, si el tribunal lo cree apropiado, como fuente de inspiración.

32. Lo mismo puede decirse sobre la interpretación contenida en una decisión o laudo precedente sobre hechos pertinentes que básicamente den lugar a dos o más controversias distintas, teniendo muy en cuenta las características específicas reales que de todos modos presenta cada caso. Si este Tribunal coincide con el análisis e interpretación de esos hechos, en cuanto hayan generado determinadas consecuencias especiales para las partes en el presente caso así como para las de otro caso, puede considerar la interpretación anterior como relevante.

33. Desde un punto de vista más general, sería difícil negar que la dimensión institucional de los mecanismos de control previstos en el marco del Convenio del CIADI bien podría contribuir, a más largo plazo, al desarrollo de una posición jurídica común, o jurisprudencia constante, para resolver arduas cuestiones de derecho debatidas en muchos casos, en tanto esas cuestiones coincidan en sus características sustanciales”.

<sup>9</sup> Véase *Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory*, Opinión Consultiva, *I.C.J. Reports 2004*, pág.174, párrafo 94; caso referente a *Avena and Other Mexican Nationals (México c. Estados Unidos de América)*, Sentencia, *I.C.J. Reports 2004*, pág. 48, párrafo 83; *LaGrand (Alemania c. Estados Unidos de América)*, Sentencia, *I.C.J. Reports 2001*, pág. 501, párrafo 99, y *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malasia)*, Sentencia, *I.C.J. Reports 2002*, pág. 645, párrafo 37, y los restantes casos a los que se hace referencia en esas decisiones.

<sup>10</sup> Véase *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/13), Decisión sobre Excepciones Preliminares, 27 de julio de 2006 [Caflich (P), Stern, van den Berg], párrafo 99.

<sup>11</sup> *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*



Países Bajos-Paraguay, cuyo preámbulo establece:

“Deseando fortalecer los lazos tradicionales de amistad entre sus países, extender e intensificar las relaciones económicas entre ellos, particularmente en relación con las inversiones de los nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante,

Reconociendo que un Acuerdo sobre el trato que se dé a dichas inversiones estimulará el flujo de capital y tecnología y el desarrollo económico de las Partes Contratantes, y que es deseable un trato justo y equitativo para las inversiones [...]”

## **2.2 ¿Consintió el Paraguay por escrito a la jurisdicción del CIADI?**

60. El Capítulo II del Convenio del CIADI se refiere a la jurisdicción, y su Artículo 25 tiene el texto siguiente

“(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”.

61. A lo largo de sus presentaciones, tomadas en conjunto, el Paraguay ha formulado varios argumentos relacionados con la cuestión de si se han cumplido los requisitos del Artículo 25. Ha planteado temas relacionados con la compatibilidad de las obligaciones del Tratado, reflejadas en el TBI y en el Convenio del CIADI, con su Constitución y su legislación interna, así como el argumento de que las reclamaciones de BIVAC se plantean esencialmente en el marco de la legislación interna del Paraguay. Para simplificar la maraña de reclamaciones, los argumentos del Paraguay versan esencialmente sobre dos cuestiones: (1) si ha dado su “consentimiento escrito” a la jurisdicción del Centro, y (2) si la diferencia surge “directamente de una inversión”. Es conveniente comenzar con la primera cuestión de esta sección y volver a la segunda cuando consideremos la cuestión de si BIVAC efectuó una “inversión”.

62. En sus presentaciones escritas iniciales el Paraguay alegó que no había consentido la jurisdicción del CIADI, ya que ni el Presidente de ese país (que se dijo era el único órgano que podía representar al Estado conforme a la Constitución del Paraguay), ni ningún otro representante con “plenos poderes” para comprometer al Estado a nivel internacional, había expresado el consentimiento del Paraguay a la

---

(1965), 1 ICSID Reports 25, párrafos 9-12 y 13 (“Aunque el objetivo general del convenio es estimular las inversiones privadas internacionales, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores”).

jurisdicción del CIADI en este procedimiento<sup>12</sup>. El Paraguay no volvió a formular expresamente ese argumento en escritos posteriores ni en alegatos orales (aunque en su Réplica el Paraguay declaró que “se ratifica *in totum* en las presentaciones realizadas el 9 de abril y 20 de mayo de 2008”, en cuanto a que “no ha consentido la jurisdicción del CIADI”<sup>13</sup>. (Traducción del Tribunal). Por lo tanto proseguimos la exposición sobre la base de que el argumento se ha mantenido y requiere una respuesta del Tribunal.

63. BIVAC respondió a este argumento en la Sección II de su Memorial de Contestación, alegando lo siguiente:

“El Tratado contiene en términos claros e inequívocos el consentimiento de Paraguay, y está universalmente consagrado que el consentimiento al arbitraje ante el CIADI puede formularse válidamente en un TBI. El Tratado obliga a Paraguay de conformidad con el derecho internacional y, si bien esto no reviste importancia para la determinación de la existencia de consentimiento en los términos del Convenio del CIADI, también lo hace de conformidad con el derecho de Paraguay”<sup>14</sup>.

64. En respaldo de ese argumento BIVAC invoca el Artículo 9 del TBI y doctrina y jurisprudencia “unánime” en que se acepta la aseveración de que a los efectos del Artículo 25 del Convenio del CIADI “el consentimiento del Estado receptor a la jurisdicción del CIADI conste en el TBI invocado” y de que el “consentimiento posterior de la demandante puede manifestarse mediante la presentación de la solicitud de arbitraje”<sup>15</sup>. En la Solicitud de Arbitraje se ofreció el consentimiento escrito de BIVAC.

65. Aparte de mantener formalmente su argumento, el Paraguay no ha dado respuesta a estos argumentos, como lo reconoce BIVAC<sup>16</sup>. Es difícil percibir sobre qué base podría hacerlo. Las proposiciones generales con respecto a las cuales BIVAC formula sus argumentos están ya tan firmemente establecidas en la práctica y en la jurisprudencia que “han dejado de ser polémicas”<sup>17</sup>. (Traducción del Tribunal). Son irrefutables. En el presente caso el consentimiento escrito del Paraguay está expresado en el Artículo 9(2) del TBI, que en lo pertinente establece:

“Cada Parte Contratante por este medio presta su consentimiento a someter toda controversia que surja entre esa Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante al respecto de una inversión de ese nacional en el territorio de la Parte

<sup>12</sup> Nota de la Demandada del 8 de abril de 2008, pág. 3, y Nota del 20 de mayo de 2008, pág. 3.

<sup>13</sup> Réplica del Paraguay al Memorial de Contestación de BIVAC, 18 de agosto de 2008, pág. 2 (“Réplica del Paraguay”).

<sup>14</sup> Memorial de Contestación de BIVAC sobre Jurisdicción, párrafo 4 (“Memorial de Contestación de BIVAC”).

<sup>15</sup> *Ibid.*, párrafo 11.

<sup>16</sup> Dúplica de BIVAC sobre Jurisdicción, 22 de septiembre de 2008, párrafo 29 (“Dúplica de BIVAC”).

<sup>17</sup> C. McLachlan, L. Shore y M. Weiniger, *International Investment Arbitration* (2007), párrafo 3.27, pág. 54.

Contratante que antecede, al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones para su resolución mediante la conciliación o arbitraje en virtud de la Convención para el Arreglo de Controversias sobre Inversiones...”.

66. El texto del Artículo 9(2) no contiene ningún pasaje que pueda interpretarse como indicativo de que la expresión de consentimiento del Paraguay esté sujeta a condición alguna. El Paraguay no ha alegado que el TBI no sea jurídicamente vinculante o que no se haya celebrado válidamente.

67. En lugar de ello el Paraguay alega que su derecho interno exige una expresión específica de consentimiento adicional por parte de su Presidente o de una persona con plenos poderes conforme al derecho internacional, y que esa expresión no se ha dado<sup>18</sup>.

68. BIVAC respondió a este argumento en la Sección II(B) de su Memorial de Contestación, en que se remite a jurisprudencia del CIADI y a estudios académicos en respaldo de la proposición de que una vez que un Estado ha dado su consentimiento escrito al TBI “no puede retirarlo unilateralmente”<sup>19</sup>. El Paraguay no ha respondido a este argumento. Tampoco en este caso podemos percibir fácilmente sobre qué base podría dar una respuesta convincente al respecto. El texto del Artículo 9 del TBI no contiene ningún pasaje que pueda interpretarse en el sentido de que la expresión de consentimiento del Paraguay sea condicional o se haga depender de alguna expresión ulterior y más específica de consentimiento por parte del Presidente de ese país, o de alguna otra persona dotada de plenos poderes conforme al derecho internacional. En consecuencia, el argumento del Paraguay en ese sentido carece de respaldo.

69. El Paraguay agrega otro argumento. Sostiene que el procedimiento del CIADI es “contrario a las disposiciones de Orden Constitucional y legal vigente en la República del Paraguay”. Para respaldar esa aseveración invoca, entre otros textos, el Artículo 49 del Código de Organización Judicial (Ley paraguaya No. 879/81) que, según sostiene, prohíbe “[comprometer] en juicios de árbitros o arbitradores... las [controversias] referentes a bienes del Estado o de las municipalidades”<sup>20</sup>.

70. BIVAC responde alegando que es incuestionable que una diferencia referente a un contrato puede someterse a arbitraje conforme al derecho paraguayo. BIVAC aduce específicamente que el TBI es vinculante para el Paraguay en la esfera del derecho internacional; el Paraguay no tiene derecho a invocar su derecho interno como excusa para no cumplir las obligaciones que le impone el Tratado, y el TBI forma parte del derecho paraguayo que da carácter de arbitrable a esta diferencia, y que la Ley de Inversiones del Paraguay permite el arbitraje en materia de contratos entre el Estado e inversionistas en

---

<sup>18</sup> Nota de la Demandada del 8 de abril de 2008, pág. 3; y nota del 20 de mayo de 2008, pág. 2.

<sup>19</sup> Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 17.

<sup>20</sup> Réplica del Paraguay, pág. 11 (página 12 en versión en español).

relación con diferencias emanadas de esos contratos, y que el arbitraje se admite expresamente en los contratos administrativos<sup>21</sup>.

71. El Paraguay optó una vez más por no responder, ni en la audiencia oral ni en su Escrito Posterior a la Audiencia, a estos argumentos de BIVAC. Vale la pena señalar a este respecto que otro tribunal del CIADI, en un caso en que participaba Paraguay, ya había declarado que el consentimiento expresado en un TBI es fundamento suficiente de la competencia de un tribunal del CIADI<sup>22</sup>. Esa decisión contradice el argumento formulado por el Paraguay en el presente caso. Esa decisión favorable a la jurisdicción del CIADI se dictó en 2000, hace alrededor de nueve años. No se nos ha presentado ninguna prueba que indique que el Paraguay haya impugnado tal decisión o que haya adoptado medida alguna encaminada a modificar su legislación interna o enmendar alguno de los TBI que ha celebrado, en respuesta a la decisión.

72. Habiendo expresado su consentimiento escrito en el Artículo 9 del TBI, sin condicionarlo al cumplimiento de otros requisitos constitucionales o de legislación interna paraguaya, y no habiendo tomado ninguna otra acción en la cual se apoye para negar el consentimiento, nos resulta difícil percibir sobre qué base el Paraguay puede respaldar las diversas alegaciones que formuló en las etapas iniciales del presente procedimiento.

73. Por esas razones rechazamos los argumentos del Paraguay y concluimos que en el Artículo 9 del TBI ese Estado expresó su consentimiento escrito a la jurisdicción, y que ni en esa disposición ni en ningún otro sitio ha supeditado el perfeccionamiento de la expresión del consentimiento al cumplimiento de otras condiciones, o ha tomado acción alguna que apoye el argumento de que el consentimiento escrito en el Artículo 9 no es válido. De ello se sigue que el Artículo 9 constituye la expresión del consentimiento escrito que requiere el Artículo 25 del Convenio del CIADI.

**2.3 ¿Ha efectuado BIVAC una “inversión” en el sentido que dan a ese término el Convenio del CIADI y el TBI? De ser así, ¿se encuentra la misma “en el territorio del Paraguay”?**

74. El Paraguay objeta la competencia del Tribunal basándose en que BIVAC no ha efectuado una “inversión” en la acepción que dan a este término el Convenio del CIADI o el TBI; que por lo tanto la diferencia no “surge de una inversión”; y que aún cuando se haya realizado una “inversión”, ella no se

---

<sup>21</sup> Dúplica de BIVAC, párrafo 29.

<sup>22</sup> *Olgún c. Paraguay* (Caso CIADI No. ARB/98/5), Decisión sobre Jurisdicción, 8 de agosto de 2000, párrafos 26-27 (original en español). Traducción al inglés disponible en 154 *ICSID Reports* 6, párrafo 162.

efectuó “en el territorio del Paraguay” como lo requiere el Artículo 9(2) del TBI<sup>23</sup>.

75. BIVAC respondió a esos argumentos invocando las decisiones de los dos casos de *SGS*. Alega que:

“[e]l Contrato constituye una inversión protegida en los términos expuestos del Tratado y también del Convenio del CIADI. Además, el derecho paraguayo carece de importancia en lo que se refiere a la definición de las inversiones protegidas por el Tratado. De todas formas, el Contrato constituiría una inversión de conformidad con la Ley de Inversiones y un bien protegido por el derecho paraguayo”<sup>24</sup>.

76. Las partes coinciden en que el Convenio del CIADI no define el término “inversión”, lo que se deja librado al TBI, como más abajo se explica. El TBI también dispone, en el Artículo 9(2), que el acceso al mecanismo de resolución de diferencias previsto en el Convenio del CIADI se limita a circunstancias en que se cumplen tres condiciones: primero, que exista una “inversión”; segundo, que ésta haya sido realizada por un “nacional”, en este caso, de los Países Bajos, y tercero, que se haya realizado, en este caso, “en el territorio” del Paraguay. Como cuestión supeditada a la que planteó el Paraguay en una etapa tardía del procedimiento con respecto a la legitimación procesal de BIVAC para plantear esas reclamaciones en el marco del TBI, asunto que no se decidirá como cuestión preliminar (véase supra, párrafo 53), nos referiremos al primero y al tercero de esos temas.

#### *“Inversión”*

77. El Paraguay sostiene que BIVAC no ha efectuado una “inversión” protegida conforme al Convenio del CIADI ni al TBI.

78. En lo que respecta al Convenio del CIADI, en la actualidad es una cuestión firmemente establecida que como el Convenio no se propuso en modo alguno definir el término “inversión”, las partes de ese instrumento gozan de cierto margen de discrecionalidad para definirlo. En *SGS c. Pakistán* el tribunal señaló:

“El Convenio del CIADI no delimita el término “inversión”, concediendo a las Partes Contratantes amplia libertad para definirlo del modo que sus objetivos y circunstancias específicos le dicten”<sup>25</sup>. (Traducción del Tribunal).

<sup>23</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2008, párrafos 1-48 (en lo sucesivo Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia).

<sup>24</sup> Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 31 y Sección III en general.

<sup>25</sup> *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, párrafo 133.

Esa libertad, en la medida en que exista, no es ilimitada. Tal como el tribunal lo reconoció en *Joy Mining c. Egipto*:

“El propio Convenio, al recurrir al concepto de inversión en relación con la jurisdicción, establece un marco a esos efectos: la jurisdicción no puede basarse en algo diferente, o enteramente desconexo. En otros términos, significa que existe un límite a la libertad con que las partes pueden definir una inversión si desean acudir a la competencia de los tribunales del CIADI”<sup>26</sup>. (Traducción del Tribunal).

Las partes no pueden adoptar una definición de “inversión” que guarde relación con actividades manifiestamente ajenas al alcance que se propusieron dar a ese término los redactores del Convenio del CIADI. El significado del término “inversión” está sujeto a una apreciación objetiva, en que se tengan en cuenta los objetivos del Convenio del CIADI, que procura promover la cooperación internacional para el desarrollo económico y el papel de la inversión privada internacional (véase el preámbulo del Convenio del CIADI).

79. Dados esos antecedentes, en primer lugar consideraremos la cuestión de si BIVAC ha efectuado una “inversión” en el sentido que da a ese término el Artículo 9(2) del TBI, y luego volveremos a considerar las cuestiones de definición en el marco del Convenio.

80. El Artículo 1 del TBI define el término “inversiones” como sigue:

*“(a) El término “inversiones” comprende todo tipo de bienes y en particular, aunque no exclusivamente:*

*i. las propiedades muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho real con relación a todo tipo de bienes;*

*ii. los derechos derivados de acciones, obligaciones y otras clases de participaciones en compañías y empresas conjuntas;*

*iii. los títulos de crédito, otros bienes y cualquier actividad que tenga valor económico;*

*iv. los derechos en el campo de la propiedad intelectual, procesos técnicos, buen nombre comercial y conocimientos técnicos;*

*v. los derechos concedidos en virtud del derecho público, incluyendo derechos a la prospección, exploración, extracción, y explotación de recursos naturales”.*

---

<sup>26</sup> *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto* (Caso CIADI No. ARB/03/11), Laudo sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2004 (Orrego Vicuña (P), Craig, Weeramantry), párrafo 49.

81. BIVAC sostiene que el Contrato le reconoce derechos a percibir honorarios emanados del desempeño del Contrato, que le concede “títulos de crédito, otros bienes y cualquier actividad que tenga valor económico”, en el sentido del Artículo 1(a)(iii) del TBI, así como “los derechos concedidos en virtud del derecho público”, en el sentido del Artículo 1(a)(v) del TBI<sup>27</sup>. BIVAC ha afinado sus argumentos en el curso de la formulación de los mismos, aclarando que “bienes son los derechos que surgen del Contrato y de la operatividad de éste, más que el Contrato en sí mismo”<sup>28</sup>. Según BIVAC, es necesario considerar sus operaciones como un conjunto dentro del cual surge el derecho contractual de que aquí se trata, y concluye:

“La inversión es el derecho de BIVAC conforme al Contrato de percibir del Ministerio el pago de los honorarios acordados contractualmente como contraprestación por los servicios de BIVAC”<sup>29</sup>.

En respaldo de sus argumentos BIVAC hace especial referencia a las decisiones anteriores del CIADI dictadas en los casos *SGS c. Pakistán* y *SGS c. Filipinas*, manifestando que ambas respaldan sus conclusiones. Con respecto a la cuestión de los bienes, BIVAC hace referencia a la identificación no exhaustiva de bienes a la que se hace referencia en el Artículo 1(a) del TBI.

82. El Paraguay responde desarrollando su argumento de que no se han cumplido los requisitos del TBI. En su Escrito Posterior a la Audiencia alega que el Contrato no es una inversión en el sentido dado a este término por el TBI, porque no es una concesión, sus derechos bajo el Contrato son sólo derechos para recibir el pago por los servicios prestados fuera del Paraguay, y no derechos otorgados bajo el derecho público, y el Contrato no es un título de propiedad de dinero porque “no es un documento que evidencie una deuda liquidada, tal como un pagaré o una sentencia”<sup>30</sup>.

83. A modo de prefacio, tomamos nota de que la práctica, en el marco del Convenio del CIADI, incluida la jurisprudencia pertinente, reconoce que una amplia gama de “bienes” pueden caracterizarse como una “inversión”, y que no se limitan a las tenencias de participaciones de capital. En *Fedax c. Venezuela*, por ejemplo, el tribunal calificó como “inversión” la tenencia de pagarés por parte de la demandante porque esos instrumentos representaban la contrapartida de un crédito<sup>31</sup>; en *Salini c. Marruecos*, el tribunal decidió que la demandante había efectuado una inversión porque había efectuado

---

<sup>27</sup> Solicitud de Arbitraje, párrafo 11.

<sup>28</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, de 22 de diciembre de 2008, párrafo 4 (en lo sucesivo Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia).

<sup>29</sup> *Ibid.*, párrafo 2(b).

<sup>30</sup> Memorial del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 30-31.

<sup>31</sup> *Fedax N.V. c. Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/96/3), Decisión sobre Jurisdicción, 11 de julio de 1997 (OrregoVicuña (P), Heth, Owen), párrafo 40.

“contribuciones en dinero, en especie y en trabajo”<sup>32</sup>; en *Bayindir c. Pakistán*, el tribunal señaló que la demandante había capacitado a ingenieros, había proporcionado equipos y conocimientos técnicos y había incurrido en fuertes cargos por concepto de comisiones bancarias, por lo cual había “efectuado una contribución significativa, tanto en términos de conocimientos técnicos, como de equipos y personal, como en términos financieros”<sup>33</sup>; en *SGS c. Filipinas*, el tribunal declaró la existencia de una “inversión” por cuanto las actividades de la demandante no se limitaban a la prestación de servicios de inspección, sino que dicha parte había establecido una “oficina de considerable importancia, dando empleo a un número significativo de personas” y que la nómina de pago mensual oscilaba entre US\$100.000 y US\$200.000<sup>34</sup>. (Las citas de este párrafo son traducciones del Tribunal).

84. Dados esos antecedentes, que indican que una amplia gama de bienes han sido tratados como inversiones, comenzamos por abordar la cuestión de si BIVAC posee derechos que le hayan sido reconocidos conforme al derecho público. BIVAC alega – sin que el Paraguay disienta – que el Contrato es de naturaleza administrativa, en lugar de ser puramente comercial. Las partes discrepan, sin embargo, en cuanto a si los derechos conferidos a BIVAC por el Contrato son de un tipo que normalmente podría reservarse a una autoridad pública.

85. Observamos que en muchos aspectos un contrato público (o administrativo) puede no diferir, por su estructura, de un contrato de derecho civil. Así lo reconoce el derecho paraguayo, que establece en el Artículo 8 de la Ley No. 2051, sobre Contrataciones Públicas, que se aplicará el Código Civil cuando la cuestión no se rija por normas especiales. No obstante, un atributo distintivo de un contrato público es que el Estado puede rescindirlo unilateralmente si el interés público lo exige.

86. ¿Confirió el Contrato derechos a BIVAC conforme al derecho público? Los Artículos 1 y 2 del Contrato imponían a BIVAC la obligación de prestar servicios técnicos de inspección de mercancías, verificar los precios facturados por el importador, dar una opinión con respecto a la clasificación arancelaria y, si correspondía, emitir ‘Certificados de Inspección’. Estos actos permitían a la Dirección Nacional de Aduanas fijar el nivel de los derechos de importación. Aunque la ley no imponía a la Dirección Nacional de Aduanas la obligación de regirse por el Certificado de Inspección emitido por BIVAC, al parecer en la práctica invariablemente lo hacía. Sin tal certificado, los importadores tendrían considerables dificultades si deseaban importar bienes hacia el Paraguay. En su Escrito Posterior a la Audiencia BIVAC resumió el proceso en los términos siguientes:

---

<sup>32</sup> *Salini Construtorri S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/4), Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001 (Briner (P), Cremades, Fadlallah), párrafo 53. (En lo sucesivo *Salini c. Marruecos*).

<sup>33</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/29)), Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005 (Kaufmann-Kohler (P), Berman, Böckstiegel), párrafo 131.

<sup>34</sup> *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004, párrafos 101 y 105.



“33. El contrato constituía parte esencial de la política tributaria de Paraguay garantizando, a través de inversiones de pre-embarque, que las importaciones cumplieran con las obligaciones relativas a derechos aduaneros e impuestos, y aumentar de esa manera los ingresos fiscales del Estado. Los servicios de BIVAC por lo tanto correspondían a la esfera de asuntos internos del Estado Paraguayo y sus políticas. En particular, los servicios se relacionaban con la regulación de conductas y consecuencias de acontecimientos dentro del territorio de Paraguay, tales como importaciones al territorio de Paraguay, pagos de obligaciones tributarias al gobierno paraguayo y control de fraude a nivel de funcionarios aduaneros locales en Paraguay. Tenían que ver con el alcance con el cual y la manera en la cual las importaciones podían realizarse y los impuestos pagarse en Paraguay según la ley y las políticas establecidas por el Gobierno”.

87. De este resumen y de las presentaciones de la Demandante, que el Paraguay no ha impugnado, parece surgir que a BIVAC se le encomendaron funciones comúnmente reservadas a la autoridad pública del Estado, que éste cumple a través de sus autoridades aduaneras, para establecer las condiciones a fin de que el Estado estuviera en capacidad de imponer derechos de aduana. Así se desprende claramente de la Resolución No 1.171, del 3 de julio de 1996, que “reglamenta el procedimiento operativo para importaciones con inspección de pre-embarque”. El Capítulo IV de la Resolución establece el “procedimiento” para las inspecciones y las “obligaciones de la compañía de inspección”. El Artículo 11 describe las inspecciones pre-embarque, señalando que “[deberán incluir] la descripción exacta de los productos, el estado (nuevo o usado), cantidad, calidad y/u origen y precio de los productos para una correcta clasificación arancelaria [...]”. En los Artículos 12 a 20 de la Resolución se enuncian las funciones de BIVAC en materia de inspecciones físicas, descripción de productos, verificación de precios, emisión de informes de inspección, contenido de certificados de inspección, responsabilidad, y cooperación técnica con las aduanas. Al parecer esas funciones reguladas llevadas a cabo por BIVAC eran idénticas a las anteriormente “efectuadas en forma exclusiva por la autoridad aduanera”, según establecen literalmente los Artículos 65 a 69 del Código de Aduanas, a través del procedimiento denominado “aforo”<sup>35</sup>.

88. Estas eran las funciones para cuyo cumplimiento se contrataron los servicios de BIVAC. BIVAC sustituyó así directamente a las autoridades aduaneras paraguayas en el cumplimiento de la función de

---

<sup>35</sup> El Artículo 65 del Código de Aduanas, vigente en ese entonces, establecía: “El aforo de la mercadería será efectuado en forma exclusiva por la autoridad aduanera. Esta operación consiste en reconocer la mercadería, verificar su naturaleza, establecer su peso, calidad, cantidad o medida, clasificarla conforme a la nomenclatura arancelaria, fijar su valor y determinar los gravámenes aplicables”.

inspeccionar los bienes importados. En el párrafo 10 de su Escrito Posterior a la Audiencia el Paraguay efectivamente confirma que las funciones mencionadas eran de carácter público, al manifestar que

“[l]os programas de inspección previos al embarque son una medida de transición que se usará sólo hasta que las autoridades aduanales nacionales de los estados anfitriones puedan llevar a cabo estas tareas por sí [mismas]”.

A nuestro juicio esto indica que los derechos de BIVAC le fueron “concedidos en virtud del derecho público”, en la acepción dada a esa expresión por el Artículo 1(a)(v) del TBI.

89. Como cuestión conexa, todo Certificado de Inspección emitido por BIVAC para el Paraguay surtía efectos jurídicos en ese Estado, ya que constituía la base jurídica para la autorización de la respectiva importación. El Artículo 2 del Decreto 12.311/96 establece: “[e]l Certificado [...] será requisito necesario para el trámite de los Despachos de Importación, sin excepción”. El Artículo 4 de la Resolución No 1.171/96 reitera la importancia del Certificado estableciendo:

“Para el despacho de mercaderías, los importadores estarán obligados a presentar ante las Aduanas paraguayas el Certificado de Inspección expedido por las empresas verificadoras junto con los demás documentos de importación requeridos por la Dirección General de Aduanas”.

La Resolución No. 100, del 30 de agosto de 1996, estableció las sanciones que debían aplicarse en caso de llegada de bienes importados al territorio del Paraguay sin un Certificado de Inspección. Tal resolución establece claramente que a falta de un Certificado proporcionado por BIVAC conforme a los términos del Contrato no podía realizarse importación alguna. Esta Resolución también indica claramente que en algunas circunstancias BIVAC podía tener que realizar inspecciones en el territorio del Paraguay.

90. El Paraguay no ha intentado refutar esas aseveraciones fácticas, aún cuando trata de extraer de ellas consecuencias diferentes. Alega que los derechos de BIVAC en el marco del Contrato se limitaban al cobro de los servicios cumplidos en el exterior, y no eran derechos concedidos en virtud del derecho público.<sup>36</sup>

91. De acuerdo con los instrumentos arriba mencionados, y no existiendo base para sustentar lo alegado por el Paraguay, discrepamos con su argumento. La opinión más correcta, es, evidentemente, que el Contrato confirió a BIVAC “derechos concedidos en virtud del derecho público”, según lo previsto en

---

<sup>36</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 30 y 55.

el Artículo 1(a)(v) del TBI. La emisión de Certificados de Inspección y actividades conexas de BIVAC pueden haber sido descritas en el Contrato como 'servicios técnicos' prestados por una empresa privada, pero la realidad fáctica y jurídica es que estaban íntimamente entrelazados con el funcionamiento del Estado en su carácter de autoridad pública, incluso en cuanto contribuían a la obtención de ingresos públicos a través de derechos de importación. El Contrato estaba respaldado por leyes y actos ejecutivos.

92. Nuestra conclusión es congruente con el enfoque adoptado por el tribunal que entendió en el caso *SGS c. Pakistán*, que concluyó: “se confirieron a SGS ciertas potestades que ordinariamente habrían sido ejercidas por el servicio de aduana paquistaní (la identificación y valoración de bienes para el cobro de derechos)”<sup>37</sup>. (Traducción del Tribunal).

93. A la luz de esta conclusión, no es necesario que establezcamos si BIVAC tenía “títulos de crédito” en la acepción del Artículo 1(a)(iii) del TBI (observamos que existe una diferencia entre el TBI Países Bajos-Paraguay, y los TBI a los que se referían los dos casos *SGS*: en el presente caso el TBI se refiere a “títulos” de crédito, y no a “reclamaciones” de dinero, como ocurría en los casos de *Pakistán* y *Filipinas*); o si era titular de una “concesión”.

94. Habiendo concluido que BIVAC efectuó una “inversión” en el sentido dado a ese término por el TBI, se plantea la cuestión de si se llega a una conclusión diferente en virtud del sentido que dé al término “inversión” el Convenio del CIADI. Desde el punto de vista formal, la cuestión puede plantearse en los términos siguientes: ¿va la definición contenida en el TBI más allá de lo que permite el Convenio? Estructurada de ese modo la respuesta es manifiestamente negativa. La definición contenida en el TBI sigue el enfoque adoptado en muchos otros TBI celebrados en todo el mundo. El Paraguay tendría que alegar que su propio TBI es incompatible con los requisitos del Convenio del CIADI, y ha optado, razonablemente, por no seguir ese camino.

95. Lo que el Paraguay sí hace, en cambio, es alegar que los actos realizados por BIVAC conforme al Contrato no cumplen los criterios de la definición de “inversión” en la acepción dada a ese término por el Convenio. Específicamente, el Paraguay alega que no se han cumplido los criterios que identifica como pertinentes: contribución al desarrollo económico, contribuciones, duración y riesgo<sup>38</sup>. BIVAC responde a cada uno de estos puntos manifestando su firme discrepancia al respecto<sup>39</sup>.

96. A nuestro juicio el argumento del Paraguay no es convincente. La cuestión se abordó en los casos *SGS c. Filipinas* y *SGS c. Pakistán*. En ambos casos, los respectivos tribunales poco dudaron en concluir

---

<sup>37</sup> *SGS c. Pakistán*, párrafo 135.

<sup>38</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 8-23.

<sup>39</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 18-28.

que regímenes contractuales equivalentes habían dado lugar a inversiones en la acepción dada a ese término por los TBI respectivos<sup>40</sup>. No se nos ha presentado argumento alguno que nos permita llegar a una conclusión diferente en el presente caso, en que las características de los servicios que habían de prestarse en el marco de los contratos y las definiciones del TBI pertinente son, en términos generales, idénticas.

*“En el territorio del Paraguay”*

97. Pasamos ahora a referirnos a la cuestión de si la diferencia jurídica se refiere a una inversión realizada “en el territorio de [Paraguay]”, tal como lo requiere el Artículo 9(2) del TBI.

98. El Paraguay sostiene que si hubo una “inversión”, ella no se realizó “en el territorio de” Paraguay, porque conforme a las disposiciones del Contrato, su cumplimiento debía realizarse en el exterior<sup>41</sup>.

99. BIVAC, por su parte, responde que “vista como un todo, la operación realizada en virtud del Contrato tiene vínculos suficientes al territorio de Paraguay para que la inversión de BIVAC se considere inversión en Paraguay”<sup>42</sup>. BIVAC invita al Tribunal a tener en cuenta todos los aspectos de las operaciones enmarcadas en el Contrato, y en especial la presencia local de BIVAC en el Paraguay a través de su subsidiaria BIVAC Paraguay, que se estableció específicamente para hacer de oficina de enlace para la realización de las operaciones; cumplir las funciones de esa oficina en cuanto a recepción y procesamiento de las solicitudes de inspección presentadas por los importadores en el Paraguay, y verificar los borradores de los Certificados de Inspección remitidos por los centros de BIVAC establecidos en el lugar de la exportación; el suministro de Certificados de Inspección por parte de BIVAC en el Paraguay a importadores y oficinas de aduanas del Paraguay; los servicios relativos a la transferencia de conocimientos técnicos (capacitación aduanera, banco de datos) previstos en el Contrato y realizados por BIVAC en el Paraguay; la utilización de los servicios prestados por BIVAC al Estado paraguayo; la evidente sustitución de las autoridades aduaneras del Paraguay por BIVAC en el cumplimiento de funciones que en caso contrario serían realizadas por dichas autoridades; el efecto jurídico, en el Paraguay, de los Certificados de Inspección emitidos por BIVAC, y la regulación pública de toda la operación por parte de la legislación paraguaya<sup>43</sup>.

100. El Paraguay no ha cuestionado la aseveración de BIVAC de que ésta estableció una subsidiaria local dotada de más de 70 empleados y que mantuvo tres oficinas de enlace en el Paraguay, aunque

---

<sup>40</sup> *SGS c. Pakistán*, párrafo 136; *SGS c. Filipinas*, párrafo 112.

<sup>41</sup> Memorial del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 32-43.

<sup>42</sup> Memorial de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 30.

<sup>43</sup> *Ibid.*, párrafos 32-50.

sostiene que el Contrato no la obligaba a tomar acciones<sup>44</sup>. El Paraguay tampoco cuestiona la aseveración de BIVAC de que invirtió más de US\$6,2 millones en el establecimiento y operación de la subsidiaria y presentó una fianza de US\$250.000 para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo sostiene que esas inversiones fueron incrementales e incidentales, y que no beneficiaron al Paraguay<sup>45</sup>. El Paraguay busca refutar la afirmación de que se realizó una “inversión” en su territorio invocando el texto del Contrato, que hace referencia a que los servicios técnicos debían prestarse en el exterior (Contrato, Preámbulo, Artículos 1.1, 2.1, 5.7), incluida la transferencia, por parte del Paraguay, de honorarios al exterior (Artículo 4.4) y que estipula que los honorarios estarían exentos de impuestos (Artículo 4.6), lo que no sería posible en caso de servicios que se prestaran en el país<sup>46</sup>. Busca distinguir este caso de las decisiones de los casos *SGS*, sobre la base de que los hechos son diferentes: en el caso *SGS c. Filipinas* los certificados de inspección se emitieron en Filipinas y el establecimiento de la oficina de enlace era una obligación contractual; en el caso *SGS c. Pakistán* el tribunal concluyó que el contrato al que se refería ese caso era una concesión, lo que según el Paraguay no ocurre en el presente caso<sup>47</sup>.

101. Esos argumentos distan de ser convincentes, y el Paraguay parece refugiarse en argumentos de forma, y no de fondo. Los hechos no han sido cuestionados: se estableció en el Paraguay una compañía local, que se mantuvo a nivel profesional (aparentemente sin críticas); la capacitación del personal local se realizó en el Paraguay, se transfirieron conocimientos en el Paraguay, y se estableció y equipó una base de datos locales en el Paraguay. BIVAC tenía derecho a ser remunerada por los costos de esas actividades, lo que difícilmente puede sostenerse que sea extracontractual: tal como lo establece el Artículo 2.10 del Contrato, “[e]l costo de esta participación y cooperación lo asumirá dentro del costo de su tarifa”. De acuerdo con el Contrato, parece indiscutible que BIVAC inyectó dinero y trabajo en el proyecto para prestar los servicios técnicos, y además estableció en el Paraguay una estructura y creó conocimientos técnicos. Esos actos crearon capacidad en el Paraguay.

102. BIVAC invocó también las similitudes contractuales entre el Contrato y los contratos en que se basaron los casos *SGS c. Filipinas* y *SGS c. Pakistán*, y sostiene que los casos no pueden ser distinguidos del presente. En *SGS c. Pakistán*, el tribunal concluyó que el contrato en cuestión:

“definió los compromisos de SGS en forma de garantizar que SGS, si iba a cumplirlos, debía realizar ciertos gastos en el territorio de Pakistán. Si bien los gastos pueden ser relativamente bajos (en su escrito de Réplica Pakistán estima su monto en aproximadamente US\$800.000, en tanto que SGS presenta una estimación de US\$1.500.000), ellos implicaron la inyección de

---

<sup>44</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafo 41.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párrafos 17-19.

<sup>46</sup> *Ibid.*, párrafos 32-36.

<sup>47</sup> *Ibid.*, párrafos 40-42.

fondos en el territorio de Pakistán para el cumplimiento, por parte de SGS, de compromisos que había asumido en el Acuerdo de Inspecciones Pre-embarque”<sup>48</sup>. (Traducción del Tribunal).

La decisión recaída en el caso *SGS c. Filipinas* es aún más explícita:

“101 (...) De conformidad con el Acuerdo de Servicios de Inspección Pre-embarque, SGS debía prestar servicios, tanto en Filipinas como en el exterior, con el fin de mejorar e integrar los servicios de importación y la correspondiente recaudación aduanera de Filipinas. El punto central de los servicios de SGS radicaba en la entrega, en Filipinas, de un certificado de inspección confiable (...) en función del cual pudiera acelerarse la liberación de los bienes importados y cobrarse los derechos correspondientes. Las inspecciones realizadas por SGS en el exterior no eran un fin en sí mismas, sino que se efectuaban para que esa compañía pudiera expedir, en Filipinas, un certificado de inspección en que pudiera basarse la Oficina de Aduanas para ingresar los bienes al territorio aduanero de Filipinas y avaluar y recaudar el ingreso fiscal consiguiente. (...) Además, la organización de esas operaciones se realizó a través de la Oficina de Enlace en Manila, que conforme al Artículo 5 del Contrato de servicios de inspección pre-embarque SGS estaba obligada a ‘continuar y mantener... hasta la fecha en que deje de estar en vigencia el presente Acuerdo o su ejecución se interrumpa o suspenda por tiempo indefinido’. Se trataba de una oficina importante, dotada de un considerable número de empleados. Las requisiciones para inspecciones se canalizaban a través de la Oficina que organizaba la inspección, recibía los resultados, los incorporaba a un informe de verificación sin objeciones que se proporcionaba tanto al importador como a la Oficina de Aduanas antes del despacho aduanero, y atendía las consultas a que diera lugar ese proceso. Además debían presentarse al Gobierno informes periódicos en forma directa, y de cuando en cuando la Oficina de Aduanas formulaba solicitudes específicas de informes u otros servicios relativos a remesas específicas.

102. La posición podría haber sido diferente si SGS hubiera proporcionado los certificados y emitido sus informes en el exterior, por ejemplo, a una misión comercial de Filipinas en cada país de exportación. Sin embargo, no cumplió el servicio de este modo, ni el Acuerdo de Servicios de Inspección

---

<sup>48</sup> *SGS c. Pakistán*, párrafo 136.

Pre-embarque preveía que lo hiciera. Un aspecto sustancial e inseparable del servicio en conjunto se realizaba en Filipinas, y a él estaba supeditado el derecho de SGS de recibir el pago.

103. Esos elementos, tomados en conjunto, bastan para calificar el servicio como prestado en Filipinas. Como prestarlo representaba un costo para SGS, ello basta para configurar una inversión realizada en Filipinas en el sentido dado por el TBI a esa expresión.

[...]

105. La Oficina de Enlace (que tenía cierto número de dependencias) se financiaba mediante subvenciones provenientes de una filial de SGS en Ginebra, que empleaba el personal. Según las pruebas presentadas por SGS, su nómina de pago mensual en Filipinas oscilaba entre US\$100.000 y US\$200.000, y lo que representaba una suma que rondaba el 25% del total de sus gastos. SGS admitió que se trataba de una fracción del costo de realización de las inspecciones reales en el exterior. Conforme al Artículo 7 del Acuerdo de Servicios de Inspección Pre-embarque las facturas se remitían a BOC desde Suiza y se pagaban mediante transferencia bancaria a una cuenta de SGS en Suiza.

[...]

106. El Tribunal no cree que esas circunstancias lleven a alterar la conclusión de que SGS realizó una inversión en Filipinas. Una compañía suiza integrante del Grupo SGS financiaba la Oficina de Enlace en el contexto de la prestación de un servicio global —esencialmente un servicio de información— que por las razones expresadas tenía su centro de operaciones en Filipinas. El hecho de que se incurriera fuera de Filipinas en el grueso del costo de prestación del servicio no es decisivo. Tampoco es decisivo el que el pago de SGS se realizara en Suiza<sup>49</sup>. (Traducción del Tribunal).

103. Consideramos que los argumentos en que se basan ambas decisiones son sumamente convincentes. Ellos se referían a circunstancias fácticas y jurídicas ampliamente similares, con excepción de la obligación expresa de establecer oficinas de enlace, lo que no surge del Contrato pero que no tiene

---

<sup>49</sup> *SGS c. Filipinas*, párrafos 101-106.

en modo alguno carácter dispositivo. Las actividades no pueden subdividirse en forma tal que haya de distinguirse entre reclamaciones por falta de pago de servicios prestados en el exterior y en el Paraguay: en la práctica los servicios se trataron como inseparables, y el objetivo global consistía en incrementar el ingreso fiscal del Estado nacional y transferir conocimientos al Paraguay, para que el Estado pudiera realizar el cálculo de los derechos de importación cuando expirara el Contrato con BIVAC. Las actividades realizadas dentro y fuera del territorio del Paraguay constituían un todo por el que se pagaba un único honorario *ad valorem*.

104. Por estas razones tenemos pocas dificultades para concluir, a la luz de las obligaciones enmarcadas en el Contrato y sobre la base de los materiales sometidos a nuestra consideración, que BIVAC efectuó una inversión “en el territorio de” Paraguay en la acepción dada a esa expresión por el Artículo 9(2) del TBI.

### *Conclusión*

105. Por las razones que anteceden el Tribunal concluye que BIVAC efectuó una “inversión” en el sentido dado a esa expresión por el Convenio del CIADI y por el TBI; que la efectuó “en el territorio del Paraguay”, y que la diferencia que tiene ante sí este Tribunal surge de esa “inversión”. Habiendo concluido que existió una “inversión” y que se realizó en el territorio del Paraguay, para completar la exposición concluimos también que la diferencia sometida a la consideración del Tribunal “surge de” esa “inversión”. El Paraguay no ha alegado lo contrario. La diferencia se refiere a la remuneración por el servicio que BIVAC prestó en el marco del Contrato, por lo cual emana directamente de la inversión, en el sentido dado a esa expresión por el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Esta conclusión se formula sin perjuicio de la que surja de la consideración del fondo de la diferencia o de la cuestión de la jurisdicción y la admisibilidad, que a continuación abordamos.

#### **2.4 ¿Tiene competencia el Tribunal para entender en la reclamación referente a la expropiación (Artículo 6)? ¿Es la reclamación admisible?**

106. El Paraguay sostiene que BIVAC no ha podido establecer que hubo un incumplimiento *prima facie* de la obligación de no expropiar, enunciada en el Artículo 6 del TBI; a saber, de la obligación de abstenerse de adoptar “medidas que priven directa o indirectamente a los nacionales de la otra Parte Contratante de sus inversiones”<sup>50</sup>. Específicamente, el Paraguay sostiene que los hechos alegados por BIVAC no pueden dar lugar a una reclamación por expropiación, puesto que un simple incumplimiento

---

<sup>50</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 83-91.



de contrato por parte de un gobierno *no* es una expropiación<sup>51</sup>. El Paraguay se basa en especial en la decisión dictada en el caso *SGS c. Filipinas*, para respaldar la aseveración de que una simple negación a pagar una deuda no puede constituir una expropiación de la propiedad, cuando existan recursos con respecto a tal negación, y una negación de pago no es expropiación cuando existe una controversia sin resolver en cuanto al monto a pagar<sup>52</sup>.

107. Las partes coinciden en que en esta etapa del procedimiento lo que corresponde es establecer si se está ante un incumplimiento *prima facie* de la obligación. Tal como BIVAC lo expresa en su Memorial de Contestación:

“[e]l Tribunal debe estar convencido, *prima facie*, de que los reclamos de las Demandantes pueden llegar a constituir el supuesto incumplimiento del Tratado. En otras palabras, que ‘de demostrarse su veracidad, los hechos tal como los alegó la Demandante en este caso son susceptibles de quedar comprendidos dentro de las disposiciones invocadas del TBI’”<sup>53</sup>.

BIVAC sostiene que el estándar de determinación *prima facie* se cumple y que la presente diferencia no se refiere al mero incumplimiento de una obligación de pago. Según BIVAC, se está ante:

“una falta de pago persistente acompañada de otros factores: conducta contradictoria por parte de las autoridades al reconocer la deuda y la obligación de pagar, pero utilizar atribuciones gubernamentales para encargar infinitos informes internos y establecer comisiones para verificar el cumplimiento del Contrato por parte de BIVAC, las cuales siempre fueron favorables a BIVAC; una inexcusable falta de cumplimiento según sus propios informes internos y por lo tanto efectivamente rehusarse a pagar sin justificación alguna; comportamiento irrazonable y arbitrario a la luz de los resultados de las revisiones internas; y por lo tanto, la ausencia de una controversia real entre las partes respecto del cumplimiento del Contrato por parte de BIVAC, la obligación de pagar o del monto adeudado”<sup>54</sup>.

BIVAC sostiene asimismo que las medidas adoptadas, que según expresa pueden atribuirse al Paraguay, constituyen una expropiación indirecta, en el sentido de que son “medidas ‘adoptadas por un Estado cuyo efecto es el de privar al inversor del uso y aprovechamiento de su inversión’ incluso aunque no se vea

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, párrafo 84.

<sup>52</sup> *Ibid.*, párrafo 85.

<sup>53</sup> Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 120, en que se cita *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, párrafos 237 y 254.

<sup>54</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 74.

afectada la titularidad de la inversión”, y que el Paraguay ha privado a BIVAC “del valor (incluso aunque no la privó de su titularidad) de su derecho de pago a julio de 1999 cuando se dio por resuelto el Contrato”<sup>55</sup>.

108. Las partes coinciden en la pertinencia de la decisión dictada en *SGS c. Filipinas*, que vale la pena considerar con cierto detalle. En su Escrito Posterior a la Audiencia BIVAC no sostiene que esa decisión haya sido errónea, sino que no coincide con los hechos<sup>56</sup>.

109. En el caso *SGS c. Filipinas* el tribunal abordó “la cuestión de su competencia basándose en que en la Solicitud de Arbitraje, SGS había formulado alegaciones creíbles de falta de pago de sumas muy cuantiosas en el marco del Acuerdo de Servicios de Inspección Pre-embarque, y sostuvo que la falta de pago de las mismas por parte de Filipinas suponía incumplimiento del TBI, pero que el monto exacto pagadero no había sido definitivamente acordado por las partes ni determinado por una corte o tribunal competente”. Consideró como un hecho que “[t]al como lo expuso al Tribunal la Demandante, las cuestiones no resueltas entre las partes se refieren a la determinación del monto que sigue pendiente de pago”<sup>57</sup>. Luego pasó a considerar las implicaciones de esa determinación fáctica para la cuestión de la jurisdicción en relación con un tratado que se sostenía enmarcado en términos de expropiación. En el párrafo 161 de su decisión el tribunal declaró:

“A juicio del Tribunal, de acuerdo con el material presentado por la Demandante no se ha alegado un caso de expropiación. Cualquier deuda que Filipinas pueda deberle a SGS sigue existiendo; cualquier derecho que SGS hubiera tenido a percibir intereses por pago tardío, todavía lo tiene. Filipinas no ha sancionado ninguna ley o decreto encaminado a expropiar o anular la deuda, ni ha adoptado ninguna medida que equivalga a una expropiación. El Tribunal tiene la certeza de que el período de prescripción de las actuaciones encaminadas a promover el cobro de la deuda ante los tribunales filipinos de acuerdo con el Artículo 12 no ha expirado. La mera negativa de pago de una deuda no equivale a una expropiación de bienes, por lo menos en donde existan recursos legales frente a esa negativa. *A fortiori*, una negativa de pago no constituye una expropiación cuando existe una diferencia no resuelta con respecto al monto pagadero”. (Traducción del Tribunal).

110. No se nos ha presentado ningún argumento de que el principio jurídico aplicado por el tribunal fuera jurídicamente erróneo, ni nada existe en lo que discrepemos en relación con el principio jurídico

---

<sup>55</sup> *Ibid.*, párrafo 77.

<sup>56</sup> *Ibid.*, párrafo 75.

<sup>57</sup> *SGS c. Filipinas*, párrafo 158.

identificado y aplicado por el tribunal. Cuando una deuda emanada de un contrato sigue existiendo y cuando el foro contractualmente acordado para la resolución de diferencias relativas a esa deuda sigue disponible, parece evidente que no pueda decirse que los derechos de una parte contratante relacionados con esa deuda hayan sido expropiados, ya sea directa o indirectamente. En el presente caso no se ha alegado que la deuda enmarcada en el contrato no siga existiendo o que no sea posible acudir al foro contractual previsto en el Contrato: BIVAC ha optado libremente por no acudir ante los tribunales de Asunción para recuperar las sumas que según manifiesta se le deben conforme al Contrato. Por el contrario, BIVAC procura distinguir en los términos siguientes el enfoque que siguió el tribunal en el caso *SGS c. Filipinas*:

“Aquí, no hay una *simple* negación a pagar una deuda; ni una controversia sin resolver en cuanto al monto a pagar. Éste es precisamente el argumento. Paraguay ha incurrido en conducta gubernamental, revisando el cumplimiento de BIVAC y la obligación de pagar, no una, sino al menos cinco veces, y concluyó en cada oportunidad que BIVAC cumplió plenamente y por lo tanto Paraguay debía pagar. Sin embargo, Paraguay no pagó. La falta de pago no puede ser meramente comercial. Es una conducta gubernamental: la omisión del Gobierno en el cumplimiento de sus propios actos internos. Se admite que no hay un decreto formal que cancele la deuda, pero lo que sí se puede discernir de la omisión maliciosa en el pago por parte de Paraguay en estas circunstancias altamente inusuales es una decisión política del gobierno de hacer todo lo que se encuentra a su alcance para negar el derecho de pago de BIVAC. Eso equivale efectivamente a una repudiación de la deuda”<sup>58</sup>.

111. La posible distinción entre los dos casos reside en que en el caso *SGS c. Filipinas* existía una diferencia entre las partes con respecto al monto pendiente de la deuda, en tanto que en el presente caso BIVAC alega que no existe tal diferencia. El Paraguay discrepa: “no es verdad que el Gobierno de Paraguay haya confesado su deuda. Según la legislación del Paraguay, las cartas internas o informes no obligan al Poder Ejecutivo del Paraguay y no convierten una deuda en disputa en un reclamo no liquidado. De hecho, sólo un tribunal de Paraguay puede otorgar el fallo definitivo en cuanto a la supuesta deuda”<sup>59</sup>. Paraguay manifiesta además que las reclamaciones de BIVAC en el marco del Contrato no han sido liquidadas, y por lo tanto no son susceptibles de un procedimiento sumario de cobro, y que las facturas de BIVAC no han sido autenticadas<sup>60</sup>.

112. En esta etapa preliminar no estamos en condiciones de formular conclusiones fácticas definitivas

---

<sup>58</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 75.

<sup>59</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafo 87.

<sup>60</sup> *Ibid.*

sobre lo argumentado por las partes, ni exponer conclusiones sobre los argumentos relativos al derecho paraguayo que se han efectuado. Estas cuestiones corresponden a la etapa de consideración del fondo de la diferencia. Nuestro cometido se limita a realizar una evaluación acerca de si BIVAC ha formulado argumentos fácticos y jurídicos que, si se comprobaran, podrían configurar una violación de la disposición pertinente del TBI; en este caso el Artículo 6. Este criterio en algunos casos se denomina de verificación *prima facie* (véase, *supra*, párrafos 106-107). Si los argumentos formulados tienen esas características el Tribunal posee competencia y el procedimiento pasa a la etapa de consideración del fondo de la diferencia; si los argumentos formulados no tienen esas características, el Tribunal carece de competencia. Este fue el enfoque adoptado por el tribunal en el caso *United Parcel Service of America, Inc. c. Gobierno de Canadá*, y, más recientemente, sobre la base de un amplio examen de la jurisprudencia, por el tribunal que entendió en el caso *Salini c. Jordania*. Coincidimos con ese enfoque. El tribunal del caso *Salini* señaló que ese enfoque:

“refleja el equilibrio que debe establecerse entre dos preocupaciones contrapuestas: lograr que las cortes y tribunales no se vean desbordados por reclamaciones que no tienen posibilidad de éxito y que en algunos casos incluso son de carácter abusivo; pero garantizar igualmente que al considerar cuestiones de jurisdicción, las cortes y tribunales no pasen a considerar los aspectos del fondo de los casos sin suficiente debate previo. En consecuencia, de acuerdo con esa jurisprudencia el Tribunal tratará de establecer si los hechos alegados por las Demandantes en el presente caso, si se comprueban, pueden contar con el respaldo de las disposiciones del TBI que se han invocado<sup>61</sup>. (Traducción del Tribunal).

113. Tomando lo expresado como el enfoque que corresponde aplicar, la cuestión consiste en establecer si los actos alegados por BIVAC, si se comprueban, sirven de fundamento a una reclamación de expropiación. Los hechos alegados por BIVAC se refieren a la “conducta gubernamental” consistente en no cumplir “sus propios actos internos”; a saber, examinar el desempeño de BIVAC en cinco ocasiones y concluir, en cada una de esas ocasiones, que BIVAC había cumplido plenamente sus obligaciones y que el Paraguay estaba jurídicamente obligado a realizar el pago previsto en el Contrato. Percibimos claramente que una conducta de ese tipo podría calificarse de impropia o inescrupulosa, y más adelante consideraremos la cuestión de si puede dar lugar a una reclamación sostenible sobre incumplimiento de la obligación de actuar en forma justa y equitativa, pero ¿podría esa situación, de por sí, llegar a constituir un acto de expropiación?

114. Nos resulta algo difícil prever que ello pueda ocurrir. BIVAC no ha dado a conocer al Tribunal

---

<sup>61</sup> *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Jordania* (Caso CIADI No. ARB/02/13), Decisión sobre Jurisdicción, 9 de noviembre de 2004 (Guillaume (P), Cremades, Sinclair) párrafo 151.

las razones por las cuales considera que una negativa de pago de ese tipo, ocurrida en cinco ocasiones, podría ser de carácter expropiatorio, en tanto que un acto singular de rechazo no lo sería. Sea que una parte contratante se rehúse a pagar una o cinco veces, la deuda contractual sigue existiendo, sin que pueda sostenerse que la caracterización jurídica de la obligación de pago haya variado. Tampoco puede decirse que una negativa a pagar en cinco (o más) ocasiones pueda alterar los derechos legales de BIVAC a percibir la cantidad que se le adeuda. En sus presentaciones escritas las partes no abordaron el tema de la definición de expropiación. La cuestión se planteó directamente durante la audiencia oral, cuando un miembro del Tribunal formuló a BIVAC la siguiente pregunta:

“Pero sigue existiendo la deuda, según existe, ¿cuál es el argumento en lo que hace a la expropiación? Esto es lo que me está causando ciertos problemas. ¿Cómo se entiende? ¿Qué es lo que se expropió, asumiendo que todo lo que usted acaba de decir es así? ¿Cómo justifica una reclamación de expropiación cuando sus derechos contractuales a recibir remuneración siguen existiendo?”<sup>62</sup>

Uno de los abogados de BIVAC respondió en los términos siguientes:

“Bueno, en relación con la conducta en la cual el efecto neto, y quiero que usted considere el efecto porque de lo contrario nos parecería que esto crea un incentivo perverso, es decir, la conducta del Estado de Paraguay que se rehúsa pagar voluntariamente. Y esta es una de las cuestiones que surgió en el caso EnCana contra Ecuador. Es decir rehusarse a pagar, está bien. No le vamos a dar el dinero pero no podemos denegar que ustedes tienen derecho a recibir este dinero. Entonces, una vez más, estamos tratando de analizar eso en virtud de la cláusula paraguas y también de otros aspectos. [...] Pero lo podemos considerar en un nivel en el cual analizamos el efecto neto, la conducta del Estado que equivale a expropiación. Entonces si yo le debo dinero hace diez años y usted no ve ni un centavo. Y (ha visto) a través de mi conducta - ¿tiene esto un efecto equivalente a la expropiación? [...] participamos simplemente en un cambio constante de la información y es rehusarse voluntariamente a pagar. ¿Y el efecto de este Estado equivale a una expropiación o a la conducta de este Estado equivale a expropiación?”<sup>63</sup>

Otro abogado de BIVAC expresó a continuación: “La pregunta es de rigor: ¿qué es una

---

<sup>62</sup> Audiencia sobre Jurisdicción, 11 de noviembre de 2008, transcripción, págs. 184-185. (Transcripción en español, págs. 170-171).

<sup>63</sup> *Ibid.*, págs. 185-6. (Transcripción en español, págs. 171-172)

expropiación?”<sup>64</sup>. (Traducción del Tribunal).

115. El argumento de BIVAC no es totalmente convincente, y el Escrito Posterior a la Audiencia no agrega más elementos<sup>65</sup>. El único antecedente que se cita en ese escrito fue - nuevamente – la decisión adoptada por el tribunal en el caso *Encana c. Ecuador*, que se basa en un laudo anterior recaído en el caso *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos* (No. 2). El laudo del caso *Encana* no respalda el argumento de BIVAC ni contribuye a llevar al Tribunal a la conclusión de que las manifestaciones fácticas de BIVAC, si se comprobaran, podrían representar un acto de expropiación directa o indirecta. Hemos examinado cuidadosamente el laudo, que merece reproducirse en su totalidad:

“192. El tribunal del TLCAN que trató el caso *Waste Management* analizó con cierto detalle la cuestión de expropiación de derechos intangibles mediante acto ejecutivo. Tras hacer referencia a dictámenes anteriores y precedentes legales, el tribunal que trató el caso *Waste Management* llegó a la siguiente conclusión:

"El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco (a menos que esté acompañado por otros elementos) es equivalente a una expropiación. ... [L]a respuesta normal de un inversionista enfrentado a un incumplimiento de contrato por su contraparte gubernamental (cuando el incumplimiento no es el resultado del ejercicio de una prerrogativa del gobierno, como un decreto legislativo) es iniciar una demanda en los tribunales competentes para procurarse una reparación ante dicho incumplimiento. Es sólo cuando tal acceso a la justicia es vedado en lo jurídico o en la práctica que el incumplimiento puede convertirse en una denegación definitiva del derecho... por lo que cabe invocar la protección del Artículo 1110"

A continuación, exponía la acción constitutiva de expropiación ejecutiva en los siguientes términos: ‘la privación efectiva de un derecho, privación no reparada por ningún recurso a disposición de la Demandante, lo que tiene el efecto de impedir el ejercicio de ese derecho a pleno o hasta cierto punto sustancial’. . En otras palabras (y de manera más sucinta) ¿existió una ‘negación definitiva de pagar (combinada con la obstrucción y denegación efectivas de recursos jurídicos)’?

[...]

No obstante, existe una diferencia entre una actitud cuestionable adoptada por el Ejecutivo en relación a un asunto regido por la legislación local, y una determinación definitiva contraria a derecho. En lo que respecta al CFPRI, el

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, pág. 187.

<sup>65</sup> Memorial de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 74-77.

Ejecutivo está facultado para adoptar una posición en relación a las reclamaciones presentadas por los individuos, incluso si dicha posición resulta ilícita, siempre y cuando lo haga de buena fe y esté dispuesto a defender su posición ante los tribunales. Al igual que las partes privadas, los Gobiernos no repudian sus obligaciones meramente impugnando su existencia. Un organismo ejecutivo no expropia el valor representado por una obligación legal de hacer efectivo un pago o un reintegro meramente negándose a pagar, siempre y cuando por lo menos (a) la negativa no sea meramente voluntaria, (b) los tribunales estén abiertos a la parte agraviada, (c) las decisiones de los tribunales no sean suprimidas o rechazadas por el Estado”<sup>66</sup>.

116. El laudo del caso *Encana* respalda la proposición de que la “negación definitiva de pagar (combinada con la obstrucción y denegación efectivas de recursos jurídicos)” podría constituir una expropiación. Los hechos alegados por BIVAC no cumplen ese criterio. Aún suponiendo que haya habido “una negación definitiva” de pago, suposición que al parecer el Paraguay cuestiona, BIVAC no alega que se haya obstaculizado el ejercicio de los recursos legales previstos por el Contrato. El hecho de que BIVAC haya optado por no utilizar esos recursos, o por alguna razón que no manifiesta considere que ellos no son atractivos o efectivos, no puede contribuir a respaldar el argumento de la expropiación.

117. Nuestra conclusión se puede exponer en términos sencillos: en circunstancias en donde no se debate la continua existencia de la supuesta deuda contractual o en que el acceso al foro para la resolución de diferencias contractuales sigue estando plenamente disponible, los materiales presentados por BIVAC no permiten sostener que haya tenido lugar una expropiación. Utilizando el criterio aducido por la Demandante, el Tribunal no está convencido, *prima facie*, de que las alegaciones de la Demandante puedan configurar el incumplimiento del Tratado que se alega. Llegamos a esta conclusión aún suponiendo que pueda demostrarse que el Paraguay actuó en ejercicio de una *puissance publique* (véase *infra*, párrafo 125). De ello se desprende que este Tribunal no tiene competencia para entender en la reclamación basada en el Artículo 6 del TBI, tal como se presenta. En tales circunstancias la cuestión de la admisibilidad no se plantea.

---

<sup>66</sup> *EnCana Corporation c. República de Ecuador*, Laudo, 3 de febrero de 2006, Corte Internacional de Arbitraje de Londres, (Crawford (P), Grigera Naón, Thomas). Véase también *Waste Management, Inc c. Estados Unidos Mexicanos* (Número 2) (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3), Laudo, 30 de abril de 2004 (Crawford (P), Civiletti, Magallón), párrafo 175: “[U]na cosa es expropiar un derecho emanado de un contrato y otra cosa es incumplir el contrato. El incumplimiento por parte de un gobierno con obligaciones contractuales no es lo mismo ni es equivalente a una expropiación. En el presente caso, la Demandante no perdió sus derechos contractuales, los que podía libremente reclamar ante el foro contractualmente elegido. La ley sobre incumplimiento de contratos no se esconde en los intersticios del Artículo 1110 del TLCAN. Por el contrario, es necesario demostrar la privación efectiva de un derecho, privación no reparada por ningún recurso a disposición de la Demandante, lo que tiene el efecto de impedir el ejercicio de ese derecho a pleno o hasta cierto punto sustancial”.

**(4) ¿Es competente el Tribunal para entender en la reclamación referente al trato justo y equitativo [Artículo 3(1)]? ¿Es admisible la reclamación?**

118. El Artículo 3(1) del TBI impone a ambas de las partes la obligación de “*asegur[ar] un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante y no perjudicará, con medidas irrazonables o discriminatorias, su operación, administración, mantenimiento, uso, goce, o disposición por esos nacionales*”. BIVAC sostiene que el Tribunal es competente para entender en sus reclamaciones basadas en esa disposición, mientras que el Paraguay discrepa de ello. El Paraguay sostiene específicamente que BIVAC no ha aducido hechos que den lugar a una reclamación *prima facie*: “[n]o se puede encontrar ningún incumplimiento de la norma del [trato justo y equitativo] cuando la única violación reclamada es la omisión de pago según lo estipulado en un contrato municipal.”<sup>67</sup>

119. La posición de BIVAC consiste en sostener que esperaba que el Ministerio de Hacienda respetara y observara la ley cumpliendo el Contrato, y que al no “[cumplir] su parte del trato” había infringido el estándar de trato justo y equitativo<sup>68</sup>. BIVAC sostiene que los actos del Paraguay han sido arbitrarios, deliberados y contrarios al debido proceso, realizados de modo tal que no pueden menos que “[chocar, o al menos sorprender], al decoro jurídico”; y que la decisión de no pagar la deuda conforme al Contrato “no se basó en la razón y el juicio, cuando todas las revisiones que solicitó apuntaban en la dirección opuesta”, lo que dio lugar al incumplimiento de la obligación de no afectar, a través de “medidas irrazonables”, la inversión de BIVAC<sup>69</sup>. BIVAC vuelve a referirse a esos temas en su Escrito Posterior a la Audiencia, invocando el laudo dictado en el caso *Eureko c. Polonia*<sup>70</sup> (en el cual, según sostiene, “se determinó la existencia de un incumplimiento de dicho principio en el contexto de una violación contractual debido a que el Gobierno ‘conciente y abiertamente incumplió las expectativas básicas de Eureko que constituyen la base de su inversión’”) y manifiesta que el Paraguay no dio respuesta a todos sus argumentos, incluida la reclamación por falta de razonabilidad<sup>71</sup>.

120. Al igual que con la reclamación referente a la expropiación, en esta etapa preliminar no estamos en condiciones de llegar a conclusiones definitivas sobre los hechos ni sobre los fundamentos de derecho aducidos. Nuevamente, en este caso nuestra labor se limita a evaluar la cuestión de si BIVAC formuló argumentos fácticos y jurídicos que, si se comprobaran, podrían configurar una violación del Artículo 3(1) del TBI. Si los argumentos formulados tienen esas características, entonces el Tribunal es competente y el procedimiento pasa a la etapa de consideración del fondo de la diferencia.

<sup>67</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 91-97 y 92 y 96.

<sup>68</sup> Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 137.

<sup>69</sup> *Ibid.*, párrafos 138 y 141.

<sup>70</sup> *Eureko B.V. c. República de Polonia*, Laudo Parcial y Opinión Disidente, 19 de agosto de 2005, (Fortier (P), Schwebel, Rajski). (En lo sucesivo *Eureko c. Polonia*).

<sup>71</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 79 y 81.



121. La cuestión fue abordada por el tribunal en *SGS c. Filipinas*, en que se declaró que la demandante en ese caso había formulado una reclamación basada en el TBI por tratamiento injusto y contrario a la equidad, pero que la existencia de una diferencia no resuelta con respecto al monto adeudado significaba que la reclamación aún no era admisible: la existencia de un foro ante el cual podían establecerse los montos significaba que la reclamación era prematura y había que “esperar a la determinación del monto pagadero conforme al proceso contractualmente acordado”<sup>72</sup>. El tribunal expresó:

“Pasando a la consideración del Artículo IV (trato justo y equitativo), la posición es menos inequívoca. Sea cual fuere el alcance que pueda tener el estándar del Artículo IV—y ese es un tema que corresponde al pronunciamiento sobre el fondo de la diferencia—una negativa injustificada a pagar sumas que se admiten como pagaderas de acuerdo con un laudo o un contrato por lo menos plantea cuestiones debatibles en el marco del Artículo IV. Como ya se señaló (véanse los párrafos 36-41), Filipinas efectivamente parece reconocer que gran parte de la suma reclamada era pagadera. [... ] A nivel jurisdiccional a su juicio SGS planteó una reclamación conforme a ambas disposiciones. No obstante, existiendo una diferencia no resuelta en cuanto al monto pagadero, sería inapropiado y prematuro que el Tribunal se pronunciara sobre la reclamación aisladamente de la decisión del foro elegido conforme al Acuerdo de Servicios de Inspección Pre-embarque”<sup>73</sup>. (Traducción del Tribunal).

122. En el caso *SGS c. Filipinas*, en la etapa jurisdiccional el tribunal identificó elementos de las reclamaciones contractuales básicas en relación con los cuales no existía prueba de reconocimiento de la deuda por parte de Filipinas, así como cuestiones pendientes relativas al cálculo de los intereses pagaderos conforme al contrato sobre el que versaba ese caso. “Desde todo punto de vista”, concluyó el tribunal “una corte o tribunal que posea competencia para determinar obligaciones en el marco del Acuerdo de Servicios de Inspección Pre-embarque tendrá que cumplir una tarea sustancial”<sup>74</sup>. (Traducción del Tribunal).

123. En el presente caso, por lo menos en esta etapa relativa a la jurisdicción, la prueba que tenemos ante nosotros no señala ninguna diferencia de ese género. En su Solicitud, BIVAC describió las circunstancias en que surgió su reclamación de aproximadamente US\$22 millones, correspondiente a 19 facturas impagas en el marco del Contrato, a junio de 1999. BIVAC luego alegó que en agosto de 1999 el Ministerio de Hacienda había reconocido la deuda correspondiente a las 19 facturas; en febrero de 2001 el

---

<sup>72</sup> *SGS c. Filipinas*, párrafo 163.

<sup>73</sup> *Ibid.*, párrafo 162.

<sup>74</sup> *Ibid.*, párrafo 41.

Ministerio de Hacienda reconoció el Contrato y expresó su disposición de pagar sumas adeudadas, tras una auditoría realizada por la Contraloría General de la República; en octubre de 2002 la Controlaría aceptó plenamente la reclamación, tras una auditoría de dos años de duración; en abril de 2004 el Ministerio volvió a reconocer la deuda; en junio de 2004 designó a una “Comisión para la Revisión y Negociación” de las sumas adeudadas, que eventualmente determinó que esta tarea no era de su competencia, sino que correspondía a la Dirección General de Aduanas, y en marzo de 2005 la Dirección concluyó que BIVAC había cumplido plenamente el Contrato. De acuerdo con la Solicitud de Arbitraje ninguna autoridad que actuara en nombre del Paraguay parece haber concluido en ningún momento que no se hubiera cumplido el Contrato, ni cuestionó el nivel de las sumas adeudadas correspondientes a las 19 facturas impagas.

124. En sus presentaciones, el Paraguay no impugna ninguno de estos hechos aducidos. Para cuestionar el que el Contrato pueda describirse como “inversión” señala que el Contrato no le proporcionó al Paraguay beneficios económicos o de otro género. No obstante, en ningún momento cuestiona las sumas alegadas como pendientes de pago, ni la validez de las 19 facturas impagas, como tampoco las manifestaciones de BIVAC según las cuales cumplió adecuada y plenamente las obligaciones que le imponía el Contrato. En tales circunstancias, y sobre la base de la prueba que tenemos ante nosotros, podemos concluir provisionalmente que el hecho de que el Paraguay no haya cuestionado el nivel de endeudamiento puede implicar reconocimiento de tal endeudamiento. El Paraguay tampoco planteó ninguna objeción referente al avalúo de los pagos de intereses, ni sostuvo que la consideración de los temas que tendrían que cumplir los tribunales de la Ciudad de Asunción —el foro elegido para la resolución de diferencias conforme al Contrato—representaran para ellos “una tarea sustancial”, en el sentido que da a esta expresión el tribunal en el caso *SGS c. Filipinas*.

125. En tales circunstancias, en esta etapa preliminar del procedimiento no se percibe una diferencia no resuelta en cuanto al monto pagadero. En consecuencia, concluimos que no sería prematuro llegar a una decisión sobre el fondo de la diferencia conforme al Artículo 3(1) del TBI, por lo menos en la medida en que la reclamación guarde relación con actos atribuibles al Paraguay en relación con la omisión de realizar pagos adeudados in virtud del Contrato. Al llegar a esta conclusión deseamos dejar en claro que no nos pronunciamos en ninguna medida sobre el fondo del caso. En especial, nuestra conclusión con respecto a la jurisdicción no debe entenderse en el sentido de que refleje ninguna opinión, ni siquiera de carácter provisional, en cuanto a que una persistente omisión de efectuar el pago de una deuda pendiente, por más irrazonable e injustificada que sea, pueda *de por sí* llegar a representar una violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo en circunstancias en que siga estando disponible un recurso contractualmente acordado. A este respecto observamos que en el caso *Impregilo S.p.A. c. Pakistán* (un caso en que no estaba en juego una cláusula paraguas) el tribunal, en relación con la interrelación entre reclamaciones basadas en tratados y reclamaciones basadas en contratos, formuló la

siguiente declaración, que es bastante pertinente también para el presente caso:

“Para que el supuesto incumplimiento de contrato pueda constituir una violación del TBI, debe ser el resultado de un comportamiento que exceda lo que una parte contratante ordinaria podría efectuar. Sólo el Estado en ejercicio de su autoridad soberana (“*puissance publique*”), y no como parte contratante, puede faltar al cumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco del TBI. En otros términos, el tratado de protección de inversiones sólo suministra un recurso al inversionista en los casos en que el inversionista pruebe que los daños que alega hayan sido consecuencia del comportamiento del Estado anfitrión actuando en infracción de las obligaciones que había asumido en virtud del tratado”<sup>75</sup>. (Traducción del Tribunal).

Aplicando este estándar, para que prospere una reclamación en que se alegue la violación del Artículo 3(1) del TBI, BIVAC habría tenido que alcanzar un umbral aplicable a las reclamaciones basadas en tratados que le imponen la carga de probar actos cometidos por el Paraguay o atribuibles a ese Estado, que pongan de manifiesto un acto de “*puissance publique*”, es decir de una “actividad que exceda la de una parte contratante ordinaria”<sup>76</sup>. (Traducción del Tribunal).

126. No nos pronunciamos acerca de si BIVAC podía cumplir ese estándar. En esta etapa preliminar nuestra conclusión consiste sencillamente en que la reclamación de BIVAC relativa al Artículo 3(1) del TBI es debatible. Por lo tanto rechazamos la excepción a la jurisdicción opuesta sobre este punto por el Paraguay.

127. No percibimos ningún otro impedimento para la admisibilidad de la reclamación. El Paraguay ha alegado que la existencia de un foro acordado para la resolución de diferencias conforme al Artículo 9 del Contrato hace que sea ante ese foro que debe plantearse la diferencia. Nosotros discrepamos. Es un hecho firmemente establecido que debe distinguirse claramente entre una reclamación basada en un tratado y una reclamación basada en un contrato, aún cuando en ambas situaciones exista una considerable interrelación entre los hechos fácticos básicos. Tal como lo expresó el comité *ad hoc* sobre anulación en el caso *Vivendi*, “son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato”<sup>77</sup>. Dicho comité *ad hoc* explicó que

“donde la ‘base fundamental de la reclamación’ es un tratado asentando una norma

---

<sup>75</sup> *Impregilo SpA c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, párrafo 260.

<sup>76</sup> Ídem, párrafo 266.

<sup>77</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002 (Fortier (P), Crawford, Fernández Rozas), párrafo 96. (En lo sucesivo *Vivendi c. Argentina*).

independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado. A lo sumo, podría ser relevante – del modo en que el derecho interno muchas veces será relevante – al evaluar si ha habido un incumplimiento del tratado”<sup>78</sup>.

La base fundamental de la reclamación basada en el Artículo 3(1) del TBI, sobre la cual este Tribunal tiene competencia, pasa a ser la interpretación y aplicación de esa disposición y de actos supuestamente realizados por Paraguay (como “*puissance publique*”), y no sobre la interpretación y aplicación del Contrato como tal, aunque el Contrato necesariamente formará parte de la matriz fáctica y jurídica global. Además, la interpretación del Artículo 3(1) del TBI no es un asunto en relación con el cual los tribunales de Asunción podrían ejercer jurisdicción conforme al Artículo 9 del Contrato. La cuestión del trato justo y equitativo y asuntos conexos, no fue una de las que las partes del Contrato hayan convenido en referir a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Asunción. La cuestión del tratado no es por lo tanto asunto de incumbencia de ese foro, y no puede alegarse que una reclamación independiente y autónoma basada en un tratado, con respecto a la cual poseemos competencia, sea inadmisibles en virtud del foro elegido para la resolución de una diferencia en el marco del Contrato. Nuestra conclusión, en lo que atañe a este aspecto de la reclamación, se adopta sin perjuicio de los temas que se plantean en relación con la reclamación basada en el Artículo 3(4) del TBI, la denominada “cláusula paraguas”, que examinaremos a continuación.

**(5) ¿Tiene competencia el Tribunal para entender en la reclamación referente a la cláusula paraguas (*umbrella clause*) [Artículo 3(4)]? ¿Es admisible la reclamación?**

128. El Artículo 3(4) del TBI establece: “[c]ada Parte Contratante cumplirá toda obligación que haya contraído en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”. En su Solicitud de Arbitraje, BIVAC resume en los términos siguientes la reclamación que formula conforme a esa disposición:

“El Paraguay asumió, con respecto a la inversión de BIVAC, obligaciones emanadas del Decreto y del subsiguiente Contrato que no ha cumplido, ya que no efectuó los pagos pertinentes a BIVAC. Por consiguiente el Paraguay ha faltado al cumplimiento de las obligaciones que le imponía el Artículo 3(4) del Tratado”. (Traducción del Tribunal).

---

<sup>78</sup> *Ibid.*, párrafo 101.

129. BIVAC trata al Artículo 3(4) como una disposición que incorpora en el TBI las obligaciones previstas en el Contrato, por lo cual una violación del Contrato se convierte, como tal, en violación de esta disposición del TBI<sup>79</sup>. En su Memorial de Contestación BIVAC profundizó sobre esos argumentos, invocando un conjunto de laudos arbitrales para respaldar la aseveración de que “[l]os tribunales han sostenido uniformemente que el efecto de las cláusulas paraguas consiste en equiparar un incumplimiento contractual al incumplimiento de un tratado”<sup>80</sup>. Oportunamente volveremos a referirnos a esta jurisprudencia. BIVAC sostiene que al faltar al cumplimiento de sus obligaciones de pago en el marco del Contrato “regido por las leyes del Paraguay, y la obligación en virtud del derecho paraguayo de cumplir con el Contrato, el Paraguay ha incurrido también en un incumplimiento que puede ser directamente juzgado como un incumplimiento del Tratado, de conformidad con la cláusula paraguas”, por lo cual el Tribunal puede ejercer competencia en relación con esa reclamación basada en el Tratado<sup>81</sup>. Al formular este argumento BIVAC parece reconocer que al pronunciarse sobre la reclamación basada en el Artículo 3(4), el Tribunal “deb[e] tener en cuenta el Contrato, el posible incumplimiento de dicho Contrato por parte del Ministerio y las leyes del Paraguay aplicables a dicho instrumento”<sup>82</sup>. En otras palabras, no es posible fijar una posición acerca de si se ha cumplido la obligación basada en el Tratado sin llegar a una conclusión acerca de si se ha violado el Contrato. BIVAC alega además que esta reclamación es admisible: procura distinguir los hechos de la decisión sobre la competencia en el caso *SGS c. Filipinas*, en que el tribunal se declaró competente para entender en las reclamaciones en el marco de la cláusula paraguas, pero decidió suspender el procedimiento basándose en que esa reclamación, y la relacionada con la obligación de dispensar un trato justo y equitativo, eran prematuras, y que “la justicia será mejor servida si el Tribunal suspende el presente procedimiento mientras esté pendiente la determinación del monto a pagar ... de conformidad con [el contrato]”<sup>83</sup>. Más abajo volveremos a referirnos a este punto. BIVAC vuelve a enunciar estos argumentos, en forma más detallada, en su Dúplica y en su Escrito Posterior a la Audiencia. Quizás anticipándose a cuestiones eventuales, trató de considerar la posibilidad de que cualquiera que fuese la conclusión a la que se llegara con respecto a la jurisdicción en relación con el Artículo 3(4), la reclamación también debería ser admisible, ya que si los redactores hubieran tenido la intención de excluir la jurisdicción del tratado a través de una cláusula paraguas podrían haber insertado una cláusula a tal fin en el TBI, como lo hicieron los Países Bajos e India en su TBI<sup>84</sup>. Además BIVAC sostiene:

---

<sup>79</sup> Véase también Dúplica de BIVAC, párrafo 19.

<sup>80</sup> Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 143.

<sup>81</sup> *Ibid.*, párrafo 147.

<sup>82</sup> *Ibid.*, párrafo 153.

<sup>83</sup> Citado en el Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 155.

<sup>84</sup> Dúplica de BIVAC, párrafo 14, en que se hace referencia al Artículo 4(5) del TBI Países Bajos - India (del que se cita el texto siguiente: “Cada Parte Contratante cumplirá toda obligación que haya contraído en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante. La resolución de disputas según lo normado en el Artículo 9 de este Acuerdo será aplicable sólo en el caso de ausencia de un remedio normal, local, judicial que pueda estar disponible”).

“Si Paraguay o los Países Bajos hubieran albergado inquietudes en torno de la superposición de esa formula con las cláusulas contractuales de resolución de controversias y de la opción que con ello se confería al inversor para recurrir al arbitraje conforme al Tratado, no se habrían inclinado por una cláusula tan amplia sobre jurisdicción, o bien podrían haber utilizado una de las restricciones relativas a los reclamos contractuales que se usan en la práctica de los TBIs, como se describió anteriormente. Por ejemplo, los Países Bajos incluyeron una restricción tal en el TBI suscripto con la India y con Omán. En definitiva, las restricciones se habrían incluido en forma expresa”<sup>85</sup>.

En su Escrito Posterior a la Audiencia BIVAC desarrolla sus argumentos en cuanto a la jurisdicción conforme al Artículo 3(4), y reitera que se apoya en la jurisprudencia. También sostiene que la reclamación de BIVAC es totalmente admisible y que “Paraguay no parece impugnar esto”<sup>86</sup>.

130. Los argumentos expuestos en respuesta por el Paraguay han evolucionado a lo largo del tiempo. En sus presentaciones escritas de abril y mayo de 2008 alega que la diferencia se rige por el Contrato y está sujeta a la cláusula de jurisdicción exclusiva. En su Réplica al Memorial de Contestación de BIVAC el Paraguay invocó el Artículo 9(1) del Contrato, en que se prevé la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Asunción para la resolución de todas las diferencias enmarcadas en el Contrato, y sostuvo:

“La cuestión derivada de los reclamos de BIVAC BV contra el Ministerio de Hacienda por el pago de sus servicios prestados en el exterior bajo el Contrato Administrativo referido es un asunto que corresponde al Derecho Administrativo, es decir al campo del Derecho Publico y no al Derecho Privado. La disputa no tiene ninguna relación con el Acuerdo Bilateral y debe ser resuelto en la jurisdicción de los Tribunales Paraguayos”<sup>87</sup>.

El Paraguay afirma que el Artículo 9(1) del Contrato establece un “foro de carácter exclusivo para controversias”; que las partes del Contrato “se han sustraído de la jurisdicción conferida a los Tribunales Arbitrales Internacionales”, y que esa “[había sido] la voluntad de las partes, ya que amb[a]s, conociendo la existencia de la mencionada disposición establecieron regir sus derechos de conformidad a las leyes establecidas en el territorio Paraguayo, con Tribunales paraguayos y con la ley paraguaya”. En respaldo de ese argumento Paraguay invocó la decisión sobre jurisdicción dictada por el tribunal CIADI en el caso

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, párrafo 16.

<sup>86</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 99.

<sup>87</sup> Réplica del Paraguay, pág. 6. (Versión en español, pág. 5).

*Aguas del Tunari c. República de Bolivia*<sup>88</sup> (observamos que en ese caso el tribunal declaró que “la Concesión no dispone que todas las controversias referentes a esta última sean de competencia exclusiva de los tribunales bolivianos” y que la decisión no indica si Aguas del Tunari estaba reclamando que la jurisdicción se estableciera sobre la base de una “cláusula paraguas”).

131. En su Escrito Posterior a la Audiencia el Paraguay aclara su posición y responde a la jurisprudencia invocada por BIVAC. Sostiene que cuando las partes suscribieron el Contrato “expresamente convinieron en resolver las controversias de este tipo en los tribunales soberanos de Paraguay y según las leyes de este país. Las partes deben avenirse a su acuerdo, y este caso debe ser sobreseído”<sup>89</sup>. Alega que los tipos de medidas frente a las cuales la cláusula paraguas del TBI intenta proteger a los inversionistas “no [son] del tipo que pueda asumirse por un particular ordinario, sino más bien es del tipo que involucra el ejercicio de las facultades soberanas de un país”<sup>90</sup>. “[D]ebido a que los reclamos principales en cuestión se relacionan exclusivamente con un contrato comercial nacional, el Tribunal debe hacer valer la cláusula de selección de foro exclusivo del Contrato y sobreseer los reclamos de BIVAC”<sup>91</sup>. Alega que una “simple omisión de pago no convierte una controversia nacional en una internacional”, e invoca las decisiones de los dos casos *SGS* como respaldo de su aseveración de que “ninguno de estos tribunales interpretó la cláusula de protección para elevar un simple incumplimiento de un contrato comercial a una violación de un tratado”, y se remite, en especial, a la decisión dictada en *SGS c. Pakistán*, como precedente jurisprudencial en que “el Tribunal declaró que no tenía jurisdicción para juzgar los reclamos meramente contractuales de SGS”<sup>92</sup>.

132. Los temas que dividen a las partes en relación con el Artículo 3(4) del TBI se refieren a dos cuestiones: la cuestión de la competencia, consistente en establecer si el Tribunal tiene competencia para entender en reclamaciones de BIVAC basadas en el Artículo 3(4); y la cuestión de la admisibilidad, relativa a la cuestión de si, en caso de que el Tribunal posea competencia, la reclamación es admisible. Ciertamente es que el Paraguay no expuso su argumento en términos de admisibilidad, cuestión a la que alude BIVAC<sup>93</sup>, pero en lo sustancial se refiere a ese tema, pues ha sostenido sistemáticamente que conforme al Artículo 9 del Contrato las reclamaciones contractuales están sujetas a la jurisdicción de los tribunales de Asunción, y en su Escrito Posterior a la Audiencia manifiesta su firme respaldo al criterio de la primacía de la cláusula sobre jurisdicción exclusiva, alegando que “si en realidad éstos son sólo reclamos contractuales, como indicamos, entonces dicha cláusula estipula que BIVAC instituya la demanda en

---

<sup>88</sup> *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia* (Caso CIADI No. ARB/02/3), Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005.

<sup>89</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, Introducción, pág. 2.

<sup>90</sup> *Ibid.*, párrafo 61.

<sup>91</sup> *Ibid.*, párrafo 58.

<sup>92</sup> *Ibid.*, párrafo 63.

<sup>93</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 99.

Paraguay”<sup>94</sup>.

133. A la luz de estos antecedentes nos ocupamos primero de la cuestión de la competencia y luego de la cuestión de la admisibilidad.

*Artículo 3(4): Competencia*

134. BIVAC alega que conforme al Artículo 3(4) del TBI el Tribunal es competente para entender en reclamaciones relativas a “cualquier conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación a[l] Contrato”. BIVAC presenta este argumento basándose en que está formulando una reclamación basada en el Tratado; no una reclamación contractual<sup>95</sup>.

135. Al formular este argumento en su Memorial de Contestación, BIVAC invoca el caso *Vivendi I*, en el sentido de que si en virtud de la cláusula paraguas el Tribunal tiene competencia para entender en la reclamación, ésta no puede desecharse porque haya podido o debido ser resuelta por un tribunal nacional<sup>96</sup>. En su Dúplica BIVAC alega que el Artículo 3(4) confirió jurisdicción al Tribunal, ya que impuso a las partes la obligación de cumplir sus obligaciones contractuales, que el Paraguay ha incumplido<sup>97</sup>.

136. Al formular su argumentación BIVAC presenta un resumen de la historia del uso de cláusulas paraguas, para tratar de demostrar que el Artículo 3(4) podría aplicarse a todo tipo de contrato con relación a todo tipo de incumplimientos cometidos por el Estado como parte contratante, en consonancia con “el objeto y fin del tratado de promover y proteger inversiones”<sup>98</sup>. BIVAC ha tratado de distinguir la conclusión adoptada por el tribunal en el caso *SGS c. Pakistán*, describiéndola como “probablemente vinculada al texto muy restrictivo utilizado en dicho tratado”<sup>99</sup>. BIVAC se apoya en gran medida en la decisión adoptada por el tribunal que entendió en el caso *SGS c. Filipinas*, que según la Demandante “se aplica plenamente aquí”<sup>100</sup>.

137. El Paraguay ha cuestionado vigorosamente el argumento de BIVAC. En su Réplica se refiere al carácter excluyente que las partes del Contrato dieron a la jurisdicción de los tribunales paraguayos en el Artículo 9 del Contrato<sup>101</sup>. En su Escrito Posterior a la Audiencia el Paraguay afina su argumento,

---

<sup>94</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafo 53.

<sup>95</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 64.

<sup>96</sup> Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 150.

<sup>97</sup> Dúplica de BIVAC, párrafo 19.

<sup>98</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 84-93.

<sup>99</sup> *Ibid.*, para 89.

<sup>100</sup> *Ibid.*, para 96.

<sup>101</sup> Réplica del Paraguay, pág. 9.



sosteniendo que una cláusula paraguas no podría convertir a una reclamación contractual en una violación del Tratado porque “una simple omisión de pago no convierte una controversia nacional en una internacional”<sup>102</sup>. El Paraguay alega que BIVAC no está planteando genuinas reclamaciones basadas en el Tratado, sino formulando una reclamación contractual:

“A pesar de la astuta presentación de BIVAC de sus ‘reclamos por infracción del tratado’, los alegatos de hechos de BIVAC se basan exclusivamente en la omisión de pago según lo estipulado en el Contrato”<sup>103</sup>.

El Paraguay sostiene asimismo que ni en el caso *SGS c. Filipinas* ni en el caso *SGS c. Pakistán* se interpretó la cláusula paraguas en forma tal que en definitiva estableciera las bases de la competencia del Tribunal<sup>104</sup>.

138. Las partes han formulado amplios argumentos con respecto a las decisiones dictadas en los casos *SGS c. Pakistán* y *SGS c. Filipinas*, y en especial a la cuestión de si una cláusula paraguas puede determinar la competencia de un tribunal en relación con compromisos asumidos bajo un contrato. Corresponde que consideremos esas decisiones, que giraron sobre hechos especiales – incluidas las disposiciones pertinentes de los contratos y TBI respectivos – y argumentos planteados en los casos a los que se refieren. No obstante, no es posible reconciliar ambas decisiones, ya que reflejan diferentes enfoques sobre los efectos de una cláusula paraguas en el marco de un TBI.

139. En el caso *SGS c. Pakistán*, el tribunal concluyó que una cláusula paraguas no convierte automáticamente un incumplimiento contractual en un incumplimiento del derecho internacional, y que sólo en “circunstancias excepcionales” serviría de base para aceptar la competencia para entender en una reclamación basada en un contrato<sup>105</sup>. El tribunal dió cuatro razones para adoptar una interpretación restrictiva de la cláusula paraguas: primera, que ésta era demasiado amplia y que su texto se asemejaba al de una obligación jurídica de carácter general; segunda, que los principios generales de derecho internacional generaban una presunción contraria a la interpretación amplia de la cláusula; tercera, debido a una preocupación de que esa interpretación de una cláusula paraguas prevalecería sobre cláusulas de resolución de diferencias negociadas en contratos; y cuarta, que la cláusula paraguas habría aparecido anteriormente en el TBI si su finalidad hubiera sido imponer obligaciones internacionales sustanciales.

140. En el caso *SGS c. Filipinas* el tribunal rechazó el enfoque adoptado en la decisión anterior.

---

<sup>102</sup> Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafo 63.

<sup>103</sup> *Ibid.*, párrafo 51

<sup>104</sup> *Ibid.*, párrafo 63.

<sup>105</sup> *SGS c. Pakistán*, párrafo 96(b)

Declaró que la cláusula paraguas confería competencia al tribunal sobre la base de una interpretación amplia de los términos preceptivos contenidos en el texto de la disposición del TBI que se estaba tratando en ese caso. Con respecto a la cuestión de la competencia, el tribunal discrepó con el razonamiento del tribunal que entendió en el caso *SGS c. Pakistán*, aunque emitió su conclusión sin perjuicio de lo que había de decidir en relación con la admisibilidad de la reclamación, cuestión a la que volveremos a referirnos más adelante<sup>106</sup>. Para respaldar su conclusión de que la reclamación contractual podía plantearse dentro del ámbito de la cláusula paraguas, el tribunal adujo los siguientes argumentos: primero, que el texto de la disposición había sido redactado en términos imperativos; que imponía obligaciones a las partes<sup>107</sup>; segundo, que la finalidad prevalente del TBI debía hacerse efectiva resolviendo a favor de la inversión protegida cualquier incertidumbre referente al alcance de la disposición<sup>108</sup>; y tercero, que las partes estaban facultadas para estipular una restricción al TBI que limitara la cláusula paraguas a obligaciones que surgieran en el marco de “otros instrumentos de derecho internacional”, y no lo hicieron<sup>109</sup>.

141. Hemos considerado cuidadosamente el sentido y alcance del Artículo 3(4) del TBI. Reconocemos, en especial, que no existe una *jurisprudence constante* sobre los efectos de las cláusulas paraguas; que sobre este tema las opiniones jurídicas están divididas; que la relación entre los actos comerciales y los actos soberanos de los gobiernos no está exenta de dificultades, y que cada cláusula en particular debe ser interpretada y aplicada de acuerdo con su texto preciso y con el contexto en que haya sido incluida en un TBI. Hemos sopesado y debatido cuidadosamente los argumentos contrapuestos de las partes, tras lo cual la conclusión que ha prevalecido es que el Artículo 3(4) del TBI impone una obligación internacional a las partes del TBI de cumplir obligaciones contractuales en relación con los inversionistas. Un aspecto significativo, para llegar a esta conclusión, fue la amplia redacción del texto del Artículo 3(4) del TBI, que establece que el Paraguay: “cumplirá toda obligación que haya contraído en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”. Los términos “toda obligación” son omnicomprendidos. No se limitan a las obligaciones internacionales, ni a obligaciones no contractuales, por lo cual parecen no contener ninguna limitación manifiesta con respecto a compromisos que impongan obligaciones jurídicas. En su sentido llano indudablemente pueden interpretarse como inclusivos de un acuerdo contractual celebrado por BIVAC y el Ministerio de Hacienda del Paraguay en virtud del cual los supuestos incumplimientos del Ministerio son atribuibles al Estado. Además la cláusula paraguas aparece tempranamente en el TBI, en la misma disposición que impone la obligación de dispensar un trato justo y equitativo, y está ubicada antes de la obligación relativa a la expropiación, lo que podría distinguir a este TBI de aquél al que se refiere el caso *SGS c. Pakistán* (aún suponiendo que

---

<sup>106</sup> *SGS c. Filipinas*, párrafo 138.

<sup>107</sup> *Ibid.*, párrafo 115.

<sup>108</sup> *Ibid.*, párrafo 116.

<sup>109</sup> *Ibid.*, párrafo 118.

sea aplicable el argumento del tribunal sobre la ubicación dentro de un tratado de cualquier texto determinado para que tenga fuerza jurídica). Además, consideramos que la cláusula paraguas debe ser interpretada de modo que posea cierto sentido y surta cierto efecto práctico: el Paraguay no ha explicado la finalidad ni el efecto de la cláusula paraguas, si los mismos difieren de los que alega BIVAC<sup>110</sup>.

142. Por estas razones concluimos que el Artículo 3(4) del TBI efectivamente surte el efecto que alega BIVAC, consistente en dar al Tribunal competencia para entender en una reclamación que surge del Contrato o está directamente relacionada con él. No obstante, la cuestión no termina ahí. Asumiendo que el Artículo 3(4) efectivamente introdujo en el TBI las obligaciones previstas en el Contrato, haciendo a este Tribunal competente para interpretar y aplicar el Contrato como tal, entonces dicho artículo debe haber importado en el TBI todas las obligaciones frente a BIVAC que el Contrato impuso al Paraguay. Esto incluiría no sólo la obligación de efectuar el pago de facturas conforme a los requisitos del Contrato, sino también (como mínimo implícitamente) la obligación de garantizar la posibilidad de acudir a los tribunales de la Ciudad de Asunción para resolver cualquier “conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al” Contrato. Esto plantea una cuestión de admisibilidad, a la que pasamos ahora a referirnos. Una cosa es el efecto de una cláusula paraguas, y otra diferente la cuestión de si tal cláusula puede ser invocada en circunstancias en que las partes han convenido claramente en una jurisdicción exclusiva para la resolución de diferencias contractuales que puedan estar comprendidas dentro de las disposiciones de la cláusula paraguas.

#### *Artículo 3(4): Admisibilidad*

143. En el presente caso la cuestión de la admisibilidad en relación con el posible ejercicio de la competencia conforme al Artículo 3(4) del TBI puede enunciarse sencillamente así: suponiendo que el Artículo 3(4) permita al Tribunal asumir competencia en relación con una diferencia contractual – en que la causa de pedir esencial es el Contrato – ¿la existencia del Artículo 9 del Contrato y el acuerdo de las partes de recurrir a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Asunción obstan a la posibilidad de que el Tribunal tenga competencia conforme al Artículo 3(4) del TBI? La respuesta a esa pregunta gira en torno al sentido y efecto del Artículo 9 del Contrato; a la competencia por razón de materia que el Tribunal podría tener que ejercer conforme al Artículo 3(4) del TBI, y a los principios jurídicos que rigen la relación entre esas dos disposiciones en caso de conflicto entre las mismas. Nos referiremos sucesivamente a cada uno de esos puntos.

---

<sup>110</sup> El argumento de BIVAC basado en el texto del Artículo 4(5) del TBI Países Bajos – India – véase, *supra*, en la nota de pie 84 – tiende a respaldar nuestra conclusión, pero no se refiere a la situación del presente caso, en que las partes del Contrato han acordado una cláusula de jurisdicción exclusiva. El Artículo 4(5) de ese TBI más bien parece prever que la jurisdicción o la admisibilidad en relación con una reclamación basada en esa cláusula paraguas está condicionada a la “ausencia de un remedio normal, local, judicial que pueda estar disponible”.

144. El Artículo 9(1) del Contrato establece lo siguiente:

“Cualquier conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al presente Contrato, incumplimiento, resolución o invalidez, deberá ser sometido a los Tribunales de la Ciudad de Asunción según la Ley Paraguaya”.

145. No parece existir discrepancia entre las partes en cuanto al sentido y alcance de esta disposición en relación con una diferencia enmarcada en el Contrato, y a su mutua intención de respetar la autonomía y el ejercicio de la voluntad de las partes en relación con el Contrato: el Artículo 9(1) es una cláusula de jurisdicción exclusiva posterior en el tiempo al TBI, que ha sido voluntariamente aceptada por las partes del Contrato e impide que cualquier órgano distinto de los tribunales de la Ciudad de Asunción resuelva cualquier diferencia “que se derive o se produzca en relación al” Contrato, teniendo esos tribunales la obligación de aplicar el derecho de Paraguay. En su tenor literal, el texto es sumamente amplio: la expresión “cualquier conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al” Contrato puede interpretarse en el sentido de que incluya no sólo diferencias directamente relacionadas con supuestos incumplimientos del Contrato, sino también diferencias referentes a actos que puedan estar conectados con el Contrato y que puedan dar lugar a reclamaciones en el marco de otros instrumentos, incluido el TBI. Las partes no dirigieron su atención a este punto. Sea como fuere, a los tribunales de la Ciudad de Asunción no se les ha conferido competencia para interpretar y aplicar el TBI. BIVAC parece reconocer que esta disposición tiene como efecto el de privar a este Tribunal de ejercer competencia para entender en la diferencia contractual entre las partes, en cuanto tal. BIVAC sostiene en cambio que el Tribunal, actuando en el marco del Artículo 3(4) del TBI, ejercería competencia sobre una obligación claramente diferente y autónoma del Tratado a la que en la práctica se habrían incorporado las obligaciones contractuales. Según BIVAC, en ejercicio de nuestra competencia interpretaríamos y aplicaríamos el Tratado, y no el Contrato y BIVAC “no solicita al Tribunal que ejerza una competencia de carácter contractual”<sup>111</sup>.

146. Al considerar el efecto del Artículo 9 corresponde considerar su relación en el tiempo con el TBI. El TBI es anterior. Se celebró en La Haya el 29 de octubre de 1992 y entró en vigencia poco después, el 1 de agosto de 1994. El Contrato entre BIVAC y el Ministerio de Hacienda se otorgó el 6 de mayo de 1996, es decir casi dos años después que entrara en vigencia el TBI. Las partes no han presentado prueba alguna en cuanto a que el TBI haya influido en la decisión de BIVAC de celebrar el Contrato. Debe suponerse que el Paraguay y su Ministerio de Hacienda tienen conocimiento de los tratados que han celebrado, y sería sorprendente que los responsables de asesorar a BIVAC sobre los aspectos jurídicos del Contrato no tuvieran conocimiento del TBI y de los mecanismos de protección que proporcionaba, incluida la

---

<sup>111</sup> Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 151.

posibilidad de acudir al arbitraje del CIADI frente a ciertas diferencias surgidas de tratados. No obstante, el conocimiento del TBI no fue un asunto sobre el que las partes hayan presentado argumentos o pruebas. Sin embargo, las partes acordaron incluir en el Contrato una disposición que prevé la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la Ciudad de Asunción para resolver “cualquier conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al presente Contrato, incumplimiento, resolución o invalidez”. Las partes podrían haber incluido en el Artículo 9(1) una disposición en el sentido de que las obligaciones que él impone regirían sin perjuicio de eventuales derechos enmarcados en el TBI, incluido el posible ejercicio de competencia por un tribunal del CIADI en relación con cualquier asunto que surja en virtud del Contrato, que pudiera ser determinado conforme al Artículo 3(4) del TBI. El hecho de que no lo hicieran así no es insignificante: indica, como mínimo, que las partes del Contrato, incluida BIVAC, deseaban que la jurisdicción contractual exclusiva de los tribunales de la Ciudad de Asunción fuera absoluta y sin excepción, y que su sentido coincidiera con su tenor literal.

147. Como ya se señaló, la redacción del Artículo 3(4) del TBI es amplia, y tiene el efecto de importar en el TBI las obligaciones previstas en el Contrato. Tales obligaciones comprenden las emanadas del acuerdo contractual mutuamente celebrado por BIVAC y el Ministerio de Hacienda del Paraguay, y comprenden, entre otras, la obligación de efectuar el pago de las facturas de conformidad con lo requerido en el Contrato y la obligación implícita de disponer lo necesario para que pudiera acudirse a los tribunales de la Ciudad de Asunción para resolver cualquier “conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al” Contrato. Dada esta interpretación, y suponiendo que el enfoque de BIVAC con respecto a esos temas sea correcto, si el Paraguay hubiera dado pasos encaminados a impedir a los tribunales de la Ciudad de Asunción ejercer jurisdicción para entender en una diferencia relacionada con el Contrato, entonces BIVAC tendría el derecho a impugnar un acto de ese tipo conforme al Artículo 3(4).

148. No obstante, la cuestión más amplia, a la luz del principio fundamental de que debe respetarse la autonomía y la voluntad de las partes, consiste en que las partes de un contrato no están facultadas para elegir las partes del contrato que quieran incorporar a una “cláusula paraguas”, como el Artículo 3(4), ignorando las otras. La obligación que asumió el Paraguay frente a BIVAC fue la de pagar puntualmente sus facturas, y en caso de no hacerlo, permitir que cualquier diferencia contractual se planteara ante los tribunales de la Ciudad de Asunción. Permitir a BIVAC que eligiera las obligaciones que deseaba incorporar al TBI y no otras, afectaría grave y negativamente la autonomía contractual. Si las partes de un contrato han asumido libremente determinadas obligaciones, deben respetar esas obligaciones, y tienen derecho de esperar que otros, incluidas las cortes y los tribunales internacionales, también las respeten, a menos que existan poderosas razones para no hacerlo<sup>112</sup>. BIVAC no ha identificado razón alguna.

---

<sup>112</sup> Véase, en este sentido, la reciente Opinión Concurrente del Profesor Abi Saab, en *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/05/5), Laudo, 19 de diciembre de 2008, párrafo 5:

149. Por el contrario, BIVAC pretende abordar este tema alegando, en la práctica, que si este Tribunal hubiera de ejercer competencia con respecto al Artículo 3(4) del modo que quisiera, entonces sólo estaría interpretando y aplicando el Tratado, y no el Contrato. Este argumento nos parece totalmente artificial. Ninguna obligación autónoma proveniente de un tratado internacional, el TBI o de cualquier otro, permite a este Tribunal pronunciarse acerca de si los actos del Paraguay constituyeron una violación del Artículo 3(4) del TBI. La realidad es que el Tribunal tendría que interpretar y aplicar el Contrato para establecer si el Paraguay infringió o no sus obligaciones previstas en el Contrato de efectuar ciertos pagos correspondientes a las 19 facturas. Si el Tribunal concluyera que ha habido un incumplimiento del Contrato, según el argumento de BIVAC tendría que concluir también que se ha violado el TBI. Pero si el Tribunal concluyera que no ha existido una violación del Contrato, no habría una violación del TBI. Todo gira en torno al sentido y alcance del Contrato. BIVAC no ha proporcionado ninguna explicación acerca de en qué lugar del TBI, o de otra norma de derecho internacional, el Tribunal podría encontrar un “estándar independiente” que le permitiera establecer si se ha violado o no el Artículo 3(4). En el caso *Vivendi* el comité *ad hoc* hizo alusión a esas consideraciones al invocar la decisión recaída en el caso *Woodruff*, concluyendo que:

“donde la ‘base fundamental de la reclamación’ es un tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma bajo el tratado”<sup>113</sup>.

En el presente caso, en relación con el Artículo 3(4) no vemos cómo podría concluirse que “la base fundamental de la reclamación” fuera el TBI en lugar del Contrato. Cualquier otro enfoque nos parece artificial, al punto de no ser razonable.

150. Este Tribunal no es el primero que se ocupa de este tema. Ambas partes han invocado decisiones y laudos arbitrales favorables a las posiciones que sostienen. Aunque no estamos obligados a seguir esas decisiones y laudos anteriores, es tanto útil como apropiado tenerlos en cuenta para explicar nuestro

---

“Por lo tanto, si la reclamación derivada del tratado surge de una violación del contrato y dicha violación constituye, a su vez y bajo otra denominación (tal como figura en el tratado), una violación del tratado, dicha trampa nominal no es suficiente para transformar la reclamación contractual en una reclamación derivada de un tratado o para generar una reclamación derivada de un tratado paralela. Siguiendo la terminología del caso *Vivendi II*: ‘donde la base esencial de una reclamación’ es el contrato, por más que uno la complementa con más reclamaciones, continuará siendo una reclamación contractual, que deberá ser resuelta de acuerdo con las disposiciones del contrato y a través del fuero acordado en dicho contrato”.

<sup>113</sup> *Supra*, Nota 77

enfoque. Resulta claro que con el transcurso del tiempo los temas han cristalizado, al disponerse de más tiempo para la reflexión. Reconocemos que los tribunales que primero tuvieron que ocuparse de esos temas en muchos casos lo hacían sin disponer de comentarios y reacciones anteriores, basándose en los hechos de sus casos particulares y en los argumentos que habían presentado las partes. Valoramos los esfuerzos realizados por los árbitros en esos casos anteriores, que han facilitado nuestra tarea.

151. Dos de las primeras decisiones que resultan pertinentes para considerar estos temas fueron dictadas por los dos tribunales de los casos *SGS*, cuyos hechos se asemejaban en cierta forma a los que estamos examinando. En el caso *SGS c. Pakistán* el tribunal no abordó la cuestión de la admisibilidad de una reclamación bajo una cláusula paraguas frente a una cláusula de jurisdicción exclusiva para la resolución de diferencias contractuales que refería al arbitraje bajo las leyes de Pakistán, al concluir que el tribunal carecía de competencia para resolver diferencias contractuales en el contexto de la cláusula paraguas del TBI (observamos que en ese caso el TBI entró en vigencia *después* de la adopción del contrato pertinente)<sup>114</sup>. Ese tribunal concluyó también que la cláusula paraguas del TBI que debía interpretar no había transformado reclamaciones puramente contractuales en reclamaciones bajo el tratado<sup>115</sup>.

152. La cuestión de la admisibilidad fue abordada por el tribunal en *SGS c. Filipinas*, en una forma que hemos considerado útil y con la que coincidimos en gran medida; aunque no enteramente. Allí también el tribunal tenía ante sí una reclamación según la cual una cláusula paraguas le permitía ejercer competencia sobre reclamaciones emanadas directamente de un contrato. Basándose en el texto de la cláusula paraguas contenida en el TBI Suiza/Filipinas el tribunal concluyó que “en principio (y aparte de la cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en el [contrato subyacente] correspondía que SGS sometiera la presente diferencia, como una diferencia contractual, al arbitraje CIADI conforme al Artículo VIII(2) del TBI”<sup>116</sup>. El tribunal luego consideró el impacto de la cláusula contractual sobre jurisdicción exclusiva, que establecía que “[t]odas las medidas referentes a diferencias relacionadas con las obligaciones de cualquiera de las partes del presente Acuerdo serán sometidas a los tribunales de primera instancia regionales de Makati o Manila” (fórmula que a primera vista parece ser de alcance y efectos más reducidos que la del Artículo 9(1) del Contrato al que se refiere el presente caso). El tribunal declaró por mayoría que el Artículo VIII(2) del TBI no tenía como fin prevalecer sobre una cláusula sobre jurisdicción exclusiva contenida en un contrato de inversión, en lo relativo a las reclamaciones contractuales, y que la jurisprudencia respaldaba mayoritariamente la conclusión de que tal cláusula afectaba a la competencia del tribunal o a la admisibilidad de la reclamación<sup>117</sup>. En resumen, el tribunal

---

<sup>114</sup> *SGS c. Pakistán*, párrafos 156-162.

<sup>115</sup> *Ibid.*, párrafos 163-174.

<sup>116</sup> *SGS c. Filipinas*, párrafo 135.

<sup>117</sup> *Ibid.*, párrafos 140 y 150.

declaró que:

“no [podía] admitir que las cláusulas estándar sobre jurisdicción del TBI prevalezcan sobre la selección obligatoria de cierto foro realizada por las partes para resolver sus reclamaciones contractuales. Tal como lo señaló el Comité *ad hoc* en el caso *Vivendi*:

‘donde la base esencial de una reclamación sometida a un tribunal internacional es el incumplimiento de un contrato, el tribunal dará efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro en el contrato’<sup>118</sup>.

(La primera cita de este párrafo es traducción del Tribunal).

153. Invocando la distinción entre jurisdicción y admisibilidad, el referido tribunal concluyó que como cuestión de admisibilidad no debe permitirse a ninguna de las partes “invocar un contrato como base de su reclamación cuando el propio contrato refiere esa reclamación exclusivamente a otro foro” (traducción del Tribunal), salvo que hayan habido sólidas razones, tales como *force majeure*, que impidieran a un demandante cumplir el contrato<sup>119</sup>. Hasta este punto compartimos plenamente el enfoque adoptado por el tribunal en el caso *SGS c. Filipinas*.

154. Habiendo concluido que el tribunal no debe ejercer su competencia sobre una reclamación contractual cuando las partes hayan convenido en un foro alternativo exclusivo, hubiéramos esperado que el tribunal desestimara la reclamación. Efectivamente, el tribunal concluyó: “[n]ormalmente se desestimarán una reclamación que está comprendida en la esfera de competencia pero sea inadmisibles (por ejemplo por razones de falta de agotamiento de recursos locales), aunque ello generalmente será sin perjuicio del derecho de la demandante de iniciar nuevos procedimientos si se ha eliminado el obstáculo a la admisibilidad (por ejemplo a través del agotamiento de los recursos locales)”<sup>120</sup>. Sin embargo, el tribunal no desestimó la reclamación, sino que decidió suspender el procedimiento “mientras que el monto pagadero no haya sido determinado, bien sea por acuerdo entre las partes o por [decisión] de los tribunales filipinos de acuerdo con [el contrato]”<sup>121</sup>. El verdadero fundamento de esa decisión del tribunal no surge claramente del texto de la decisión. Éste se refiere en forma un tanto enigmática a “esfuerzos sustanciales” de la demandante para solucionar la reclamación a través de negociaciones, y a la existencia

---

<sup>118</sup> *Ibid.*, párrafo 153.

<sup>119</sup> *Ibid.*, párrafo 154. Debemos agregar que otra circunstancia excepcional que podría justificar que un demandante recurra a una cláusula paraguas (suponiendo que la misma confiera competencia) para litigar una diferencia correspondiente a un contrato que de lo contrario iría al foro elegido a través de la cláusula de jurisdicción exclusiva, consistiría en que el Estado parte hubiera tomado medidas encaminadas a impedir el acceso al foro acordado. Ello no ha ocurrido en el presente caso: BIVAC no ha alegado imposibilidad alguna para acudir ante los tribunales de la Ciudad de Asunción para resolver la diferencia contractual pendiente.

<sup>120</sup> *Ibid.*, párrafo 171.

<sup>121</sup> *Ibid.*, párrafo 175.



de “bases fácticas de determinación”, por parte del tribunal filipino, del monto total adeudado por la demandada, factores que lo llevaron a concluir que la fijación del monto pagadero en virtud del contrato, bien sea a través de un acuerdo definitivo entre las partes o mediante procedimientos seguidos ante los tribunales filipinos, “no exigiría a SGS plantear una nueva reclamación [bajo el Convenio del] CIADI”<sup>122</sup>. No percibimos inmediatamente el fundamento lógico de este enfoque: si las partes del contrato han convenido en una jurisdicción exclusiva para resolver una diferencia basada en el contrato, independientemente de que guarde relación con la suma que haya de pagarse o con las justificaciones aducidas por una de las partes para no realizar el pago, corresponde exclusivamente a ese foro resolver todos los aspectos de la diferencia comprendidos en la cláusula de jurisdicción exclusiva. Si ningún acuerdo entre las partes sobre las sumas pendientes en virtud del contrato resuelve la diferencia contractual, entonces la jurisdicción exclusiva sigue correspondiendo al foro acordado, y el tribunal CIADI no puede ejercerla. Fueran cuales fuesen los hechos del caso *SGS c. Filipinas*, e independientemente de cualquier otra consideración que pueda haber dado lugar a la decisión del tribunal de suspender los procedimientos en lugar de desestimar la reclamación, no se percibe inmediatamente la naturaleza o alcance del argumento que fue abordado hasta este punto por las partes, ni lo que verdaderamente motivó la decisión.

(Las citas de este párrafo son traducciones del Tribunal).

155. Con este trasfondo BIVAC ha hecho referencia a gran número de decisiones y laudos para respaldar su argumento de que el Tribunal tiene competencia en el marco de la cláusula paraguas, y de que nada obsta a que la reclamación se considere admisible. En su Escrito Posterior a la Audiencia BIVAC centró la atención, en sus argumentos sobre la competencia, en tres casos<sup>123</sup>, y en sus argumentos sobre la admisibilidad, en la decisión dictada en el caso *SGS c. Filipinas*. Para una consideración completa del tema examinaremos los tres casos relativos a la jurisdicción.

156. El primer laudo al que se hace referencia es el del caso *Eureka c. Polonia*, en que el tribunal rechazó el argumento de Polonia sobre la inadmisibilidad de una reclamación comprendida en la cláusula paraguas en circunstancias en que existía una cláusula sobre jurisdicción exclusiva para las diferencias contractuales: como la demandante “formula reclamaciones por incumplimiento del Tratado... cada una de esas reclamaciones debe ser considerada y juzgada por el Tribunal”<sup>124</sup> (traducción del Tribunal). En cuanto a las violaciones del contrato de que se trataba en ese caso, el tribunal concluyó que los actos y omisiones de Polonia que suponían incumplimiento de sus obligaciones en el marco del TBI – las que se

---

<sup>122</sup> *Ibid.*, párrafos 173-4.

<sup>123</sup> Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 91-93.

<sup>124</sup> *Eureka c. Polonia*, párrafo 113. El tribunal señaló que había examinado y considerado los otros casos citados por la demandada en respaldo de su excepción a la jurisdicción, pero que esas decisiones no lo llevaron al tribunal a ninguna otra conclusión. *Ibid.*, nota 7.

consideraban injustas y contrarias a la equidad, y de efectos expropiatorios –también implicaban el incumplimiento de la cláusula paraguas y de las obligaciones contractuales básicas. En el laudo no se evalúan ni analizan las disposiciones contractuales que gravitaban en ese caso, por lo cual sus conclusiones al parecer deben interpretarse en el contexto de los hechos específicos que allí se debatían.

157. El segundo laudo invocado por BIVAC es el del caso *Noble Ventures c. Rumania*<sup>125</sup>. Aunque ese laudo se refería al significado y efecto de una cláusula paraguas, nada indica que el contrato subyacente incluyera una cláusula sobre jurisdicción exclusiva ni que existiera argumento alguno sobre la admisibilidad. En consecuencia, ese laudo no favorece en ninguna medida a BIVAC en relación con este tema.

158. El tercer caso invocado por BIVAC es el del caso *Siemens c. Argentina*. En su decisión sobre jurisdicción, el tribunal no abordó la cuestión de la admisibilidad en relación con la cláusula paraguas. En un sólo renglón declaró: “[l]a diferencia, tal y como ha sido formulada por la Demandante, es una diferencia en virtud del Tratado”, por lo cual se declaró competente<sup>126</sup>. En la fase de consideración del fondo del asunto el tribunal concluyó que la demandante no era parte del contrato, y en consecuencia rechazó la reclamación en lo referente a incumplimiento del contrato<sup>127</sup>. Por lo tanto la decisión no respalda la posición de BIVAC en cuanto a la admisibilidad.

#### *Conclusiones sobre admisibilidad de una reclamación basada en el Artículo 3(4)*

159. Por las razones que anteceden, suponiendo que el Artículo 3(4) del TBI sirva de base para el ejercicio de competencia por parte del Tribunal con respecto a reclamaciones relativas al Contrato, las siguientes razones nos llevan a concluir que la reclamación relacionada con el Artículo 3(4) no es admisible:

- (1) En el Artículo 9(1) del Contrato las partes convinieron en una cláusula sobre jurisdicción exclusiva jurídicamente vinculante, que limitaba a los tribunales de la Ciudad de Asunción la potestad de resolver “cualquier conflicto, controversia o reclamo que [derivare] o se [produjera] en relación a[l] Contrato”;
- (2) El Artículo 3(4) del TBI no prevalece sobre la cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en el Artículo 9(1) del Contrato;

---

<sup>125</sup> *Noble Ventures, Inc. c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/01/11), Laudo, 12 de octubre de 2005 (Böckstiegel (P), Lever, Dupuy).

<sup>126</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 (Rigo Sureda (P), Brower, Bello Janeiro), párrafo 180.

<sup>127</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina*, Laudo, 6 de febrero de 2007 (Rigo Sureda (P), Brower, Bello Janeiro), párrafos 204-206.

- (3) “La base fundamental de la reclamación” presentada por BIVAC en relación con el Artículo 3(4) del TBI se refiere a un “conflicto, controversia o reclamo” derivado del Contrato o producido en relación con el Contrato;
- (4) En relación con la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad de las partes, BIVAC no puede basarse en el Contrato para formular una reclamación conforme al Artículo 3(4) del TBI en los casos en que el Contrato mismo remite esa reclamación exclusivamente a otro foro, a falta de razones excepcionales que pudieran hacer que el foro contractualmente dispuesto no estuviera disponible;
- (5) El foro apropiado para la resolución de la reclamación contractual que ha sido planteada conforme al Artículo 3(4) del TBI es el de los tribunales de la Ciudad de Asunción, que han de aplicar el derecho del Paraguay.

160. Habiendo concluido que la reclamación basada en la cláusula paraguas es inadmisibile, el proceso normal consistiría en desestimar la reclamación. No obstante, como ya se señaló, en el caso *SGS c. Filipinas* el tribunal no procedió así, sino que optó por suspender el procedimiento. Las partes no nos presentaron argumentos sobre el proceder que debíamos seguir en caso de que declaráramos que el Tribunal tenía competencia conforme al Artículo 3(4) del TBI pero concluyéramos que la reclamación era inadmisibile. Observamos que BIVAC no ha iniciado procedimiento alguno ante los tribunales de la Ciudad de Asunción, pese a los muchos años transcurridos, lo que quizás es sorprendente, si las pruebas puestas a nuestra consideración son fidedignas, frente al incumplimiento persistente y no explicado del Paraguay de cumplir su obligación contractual de pago. Observamos asimismo que BIVAC no intentó explicar por qué no ha acudido al foro acordado por el Contrato para la resolución de diferencias, ni había presentado al Tribunal ninguna prueba que llevara a pensar que los tribunales de la Ciudad de Asunción no fueran a hacer justicia.

161. En tales circunstancias podría considerarse injustificado suspender el presente procedimiento en relación con la reclamación basada en el Artículo 3(4) del TBI, y que el proceder apropiado consistiría en desestimar la reclamación. No hemos recibido de la Demandada ningún argumento tendiente a disuadirnos de adoptar el enfoque seguido por el tribunal en el caso *SGS c. Filipinas*, que decidió suspender el procedimiento. A falta de argumentos de cualquiera de las partes, y habiendo considerado inadmisibile la reclamación basada en el Artículo 3(4), creemos que el enfoque más prudente consiste en acumular a la consideración del fondo de la diferencia la cuestión limitada de si el Tribunal debe rechazar la reclamación basada en el Artículo 3(4) del TBI o suspender el ejercicio de la competencia por tiempo indefinido, por algún otro período, o hasta que sobrevenga alguna otra circunstancia.

## DECISIÓN

162. Por estas razones, el Tribunal decide que:

(a) no es competente para oír la reclamación hecha al amparo del Artículo 6 del TBI;

(b) es competente para oír la reclamación hecha al amparo del Artículo 3(1) del TBI, y que la reclamación es admisible;

(c) que si bien es competente para oír la reclamación hecha al amparo del Artículo 3(4) del TBI, dicha reclamación es inadmisibile, uniendo al fondo de la diferencia la cuestión de si como consecuencia de esta declaración de inadmisibilidad la reclamación debe ser rechazada o el Tribunal debe suspender el ejercicio de su competencia;

(d) la reclamación planteada por Paraguay en su carta del 5 de diciembre de 2008, relativa a la legitimación de BIVAC para plantear sus reclamaciones, se une al fondo de la diferencia; y

(e) se reserva su decisión sobre toda otra cuestión, incluyendo costas y gastos del Tribunal y gastos de las partes, para más adelante.

[firmado]

Profesor Rolf Knieper

Presidente

[firmado]

Profesor Philippe Sands, QC  
Árbitro

[firmado]

Sr. L. Yves Fortier, QC  
Árbitro