

**Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones**

Washington D.C.

**Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V**

(Demandante)

c.

**La República del Paraguay**

(Demandada)

(Caso CIADI No. ARB/07/9)

**Decisión Adicional sobre Excepciones a la Jurisdicción**

**Miembros del Tribunal**

Profesor Dr. Rolf Knieper, Presidente

L. Yves Fortier QC, Árbitro

Profesor Philippe Sands QC, Árbitro

**Secretaria del Tribunal**

Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

*En representación de la Demandante*

Sres. Nigel Blackaby y Lluís Paradell

y Sra. Caroline Richard

Freshfields Bruckhaus Deringer

y

Sres. Oscar Mersán y Pablo Lu

Mersán Abogados

Asunción, Paraguay

*En representación de la Demandada*

Dr. José Enrique García Ávalos

Procurador General (hasta el 27 de junio de 2012)

Dr. Pedro Rafael Valente Lara

Procurador General (desde el 28 de junio de 2012)

Procuraduría General de la República del Paraguay

Asunción, Paraguay

y

Sr. Brian C. Dunning,

Sra. Irene Ribeiro Gee y Sr. David N. Cinotti

Venable, LLP

New York, NY

Fecha: 9 de octubre de 2012

1.	Las Partes .....	2
2.	El Tribunal de Arbitraje .....	2
3.	Historia procesal y antecedentes .....	3
3.1.	El procedimiento hasta la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción .....	3
3.2.	La Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción.....	6
3.2.1.	Párrafo resolutivo A .....	7
3.2.1.	Párrafo resolutivo B .....	7
3.2.1.	Párrafo resolutivo C .....	8
3.2.1.	Párrafo resolutivo D .....	9
3.3.	El procedimiento hasta la Decisión Adicional sobre Jurisdicción .....	10
4.	Los fundamentos de esta Decisión.....	14
4.1.	Hechos controvertidos y no controvertidos de la diferencia .....	14
4.1.1.	El Contrato: su Celebración y Extinción.....	14
4.1.2.	El Supuesto Reconocimiento y Repudio de la Deuda en virtud del Contrato por la Demandada.....	18
4.1.3.	El Supuesto Incumplimiento de Contrato por parte de BIVAC .....	23
4.1.4.	Las Supuestas “Razones Políticas” que Motivaron la Conducta del Paraguay .....	26
4.1.5.	La Supuesta Insatisfacción del Paraguay con el Contrato .....	26
4.2.	La legitimación procesal de la Demandante .....	27
4.2.1.	La Posición de la Demandada .....	27
4.2.2.	La Posición de la Demandante.....	29
4.2.3.	El Razonamiento y la Decisión del Tribunal .....	32
4.3.	La Supuesta Violación de la Cláusula del Trato Justo y Equitativo y sus Consecuencias .....	37
4.3.1.	La Posición de la Demandante.....	38
4.3.2.	La Postura de la Demandada.....	67
4.3.3.	El Razonamiento y la Decisión del Tribunal .....	97
5.	Artículo 3(4) del Tratado.....	133
6.	Otras cuestiones .....	134
7.	Costas .....	135

## **1. Las Partes**

1. Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control (“BIVAC” o “BIVAC BV” o la “Demandante”) es una sociedad constituida de conformidad con las leyes del Reino de los Países Bajos (“Países Bajos”) desde 1984. BIVAC BV es una empresa del Grupo Bureau Veritas que cuenta con filiales en más de un país. La casa matriz – BIVAC International S.A. – se encuentra en Francia.
2. BIVAC está representada en este arbitraje por el Sr. Nigel Blackaby, el Sr. Lluís Paradell y la Sra. Caroline Richard de Freshfields Bruckhaus Deringer, 701 Pennsylvania Avenue, Suite 600, Washington D.C., 20004-2692, Estados Unidos y por los Sres. Oscar Mersán y Pablo Lu de Mersán Abogados, Fulgencio R. Moreno No. 509 1er. Piso, Asunción, Paraguay.
3. La República del Paraguay (“Paraguay” o la “Demandada”) está representada por el Procurador General de la República del Paraguay, Dr. José Enrique García Ávalos (hasta el 27 de junio de 2012) y Dr. Pedro Rafael Valente Lara (desde el 28 de junio de 2012), asistido por el Sr. Brian C. Dunning, la Sra. Irene Ribeiro Gee y el Sr. David N. Cinotti de Venable LLP, 1270 Avenue of the Americas, 25th Floor, New York, NY 10020, Estados Unidos.
4. BIVAC y Paraguay se denominan en adelante las “Partes”.

## **2. El Tribunal de Arbitraje**

5. Las Partes no lograron ponerse de acuerdo sobre la constitución del Tribunal de Arbitraje. Por ello, se constituyó de conformidad con los Artículos 37(2)(b) y 38 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio del CIADI”) y los Artículos 2 a 5 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (“Reglas de

Arbitraje del CIADI”). Por carta del 14 de junio de 2007, BIVAC designó al Sr. L. Yves Fortier, C.C., O.Q., Q.C., LL.D, un ciudadano canadiense, como árbitro. El Sr. Fortier aceptó el nombramiento el 20 de junio de 2007. Por carta del 9 de julio de 2007, Paraguay designó al Profesor Philippe Sands QC, un ciudadano de Francia y el Reino Unido. El Profesor Sands aceptó su nombramiento el 13 de julio de 2007. Previa consulta a las Partes, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o “el Centro”) designó al Profesor Dr. Rolf Knieper, un ciudadano alemán, como Presidente del Tribunal. El Profesor Knieper aceptó su nombramiento el 10 de marzo de 2008.

6. Por carta del 10 de marzo de 2008, el CIADI informó a las Partes que a partir de dicha fecha el Tribunal quedaba constituido y que el procedimiento había comenzado. Durante la primera sesión del Tribunal, que se celebró con las Partes el 20 de mayo de 2008 en Washington, D.C. las Partes acordaron que el Tribunal había quedado debidamente constituido de acuerdo con las disposiciones del Convenio del CIADI y de las Reglas de Arbitraje del CIADI vigentes desde abril de 2006, que son aplicables a este procedimiento.
7. Luego del Sr. Gonzalo Flores, CIADI, y del Sr. Sergio Puig de la Parra, CIADI, la Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski fue designada como Secretaria del Tribunal.

### **3. Historia procesal y antecedentes**

#### **3.1. El procedimiento hasta la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción**

8. El 20 de febrero de 2007 el Centro recibió de BIVAC una Solicitud de Arbitraje fechada el 16 de febrero de 2007. 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 (“el Tratado” o “el TBI”)<sup>1</sup>.

9. En la solicitud y en las siguientes presentaciones, BIVAC manifestó que el Paraguay había violado varias de las obligaciones asumidas en virtud del Tratado. BIVAC había celebrado un contrato con el Ministerio de Hacienda del Paraguay el 6 de mayo de 1996 de prestación de servicios técnicos de inspección pre-embarque de importaciones hacia el Paraguay (“el Contrato”)<sup>2</sup>. El Contrato tenía una vigencia de tres años, a partir del 15 de julio de 1996, y podría prorrogarse periódicamente, a menos que una de las Partes cursase a la otra una notificación escrita de su intención de no renovar el Contrato con una antelación no menor a cuatro meses antes de su extinción (Artículo 8.2). El Contrato se extinguió en junio de 1999 por acuerdo de las Partes<sup>3</sup>. BIVAC sostiene que realizó alrededor de 70.000 inspecciones a lo largo del período trienal y que emitió 35 facturas. Sostiene que 19 de las facturas por un monto de US\$ 22.016.142 seguían impagas y que el último pago efectuado por el Ministerio de Hacienda tuvo lugar en marzo de 1999<sup>4</sup>. BIVAC estima que al 31 de agosto de 2011 el monto total adeudado por las facturas pendientes más los intereses causados asciende a la suma de US\$ 63.969.775,13<sup>5</sup>.
10. El Centro registró la Solicitud de Arbitraje el 11 de abril de 2007 y notificó el registro debidamente a las Partes luego de que BIVAC explicara los motivos por los cuales sus actividades debían ser consideradas una inversión y la relación entre las disposiciones sobre resolución de diferencias del Tratado y el Contrato.
11. Paraguay se ha opuesto reiteradamente a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal de Arbitraje. Ha insistido en que el nombramiento de un árbitro o el acuerdo en la constitución del Tribunal no deben ser interpretados como un consentimiento a la jurisdicción. Afirmó, entre otras cosas, que el Paraguay nunca consintió al arbitraje ante el CIADI, que su relación con BIVAC se basaba en un contrato administrativo, que no está amparado por el Tratado, que BIVAC no hizo una inversión en el territorio del Paraguay y que el Artículo 9.1 del Contrato contiene un mecanismo exclusivo de resolución de diferencias. El Artículo 9.1 establece:

---

<sup>1</sup> Anexo CE-66, (firmado el 29 de octubre de 1992; en vigor desde el 1 de agosto de 1994).

<sup>2</sup> Contrato entre el Ministerio de Hacienda del Gobierno de la República del Paraguay y Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V., sobre la prestación de servicios técnicos de inspección pre-embarque de importaciones (del 6 de mayo de 1996), Anexo CE-6.A (Contrato en inglés) // CE-6.B (en español).

<sup>3</sup> Memorial de BIVAC (del 27 de noviembre de 2009), párr. 6.

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 56.

<sup>5</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC (del 23 de septiembre de 2011), párr. 141 y Anexo 3.

“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”.

12. Durante la primera sesión, el Tribunal decidió que:

“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”.

Esto fue asentado en el Acta de la sesión suscrita por el Secretario y el Presidente los días 6 y 7 de julio de 2008.

13. Luego de ello, la Demandante presentó ante el Tribunal el Memorial de Contestación con fecha del 3 de julio de 2008, la Demandada presentó la Réplica con fecha del 18 de agosto de 2008 y la Demandante presentó su Dúplica con fecha del 2 de octubre de 2008. Todas las presentaciones se efectuaron dentro de los plazos estipulados por el Tribunal. Se celebró una audiencia de jurisdicción en Washington D.C. el 11 de noviembre de 2008. Las dos Partes también presentaron escritos posteriores a la audiencia, la Demandada lo hizo el 8 de diciembre de 2008 y la Demandante, el 22 de diciembre de 2008, según lo acordado por el Tribunal. Como se indica a continuación, el Tribunal emitió una Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción el 29 de mayo de 2009<sup>6</sup>.

14. Por carta del 5 de diciembre de 2008, la Demandada solicitó además al Tribunal que rechace 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. (“BIVAC International”) y no BIVAC BV. Mediante carta fechada el 11 de diciembre de 2008, BIVAC respondió a lo manifestado por el Paraguay y

---

<sup>6</sup> Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción (en adelante, “Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción”), del

solicitó al Tribunal que rechazara por inadmisibles los nuevos argumentos 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. También manifestó que BIVAC BV, una compañía neerlandesa, era la parte del Contrato y por ello la parte realmente interesada. El Tribunal invitó al Paraguay a exponer sus opiniones sobre el tema de la admisibilidad, lo que el Paraguay hizo mediante carta fechada el 19 de diciembre de 2008. Mediante carta del 22 de diciembre de 2008, BIVAC reiteró su solicitud de que se declararan inadmisibles los nuevos argumentos del Paraguay sobre la legitimación procesal.

### **3.2. La Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción**

15. Los puntos más relevantes de la Decisión del 29 de mayo de 2009 se reproducen a los efectos de contribuir a la comprensión del procedimiento que derivó en esta Decisión Adicional y sus fundamentos.

16. Sobre las cuestiones jurisdiccionales, el Tribunal decidió:

“(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 inadmisibles, uniéndose 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”<sup>7</sup>.

---

29 de mayo de 2009.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 162.

### 3.2.1. Párrafo resolutivo A

17. El Artículo 6 del TBI establece que las inversiones neerlandesas en el Paraguay no podían ser expropiadas a menos que la medida responda al interés público, no sea discriminatoria y que esté acompañada de una compensación justa. La norma 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...”<sup>8</sup>.

18. El Tribunal sostuvo que “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”<sup>9</sup>.

### 3.2.1. Párrafo resolutivo B

19. El Artículo 3(1) del TBI establece que se conferirá a las inversiones neerlandesas en el Paraguay un trato justo y equitativo. La disposición reza:

“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”<sup>10</sup>.

20. El Tribunal concluyó que BIVAC había planteado cuestiones de hecho y de derecho que, si fueran establecidas, podrían dar lugar a una violación del Artículo 3(1) del TBI. El Tribunal determinó que sobre la base de la descripción de la Demandante de las circunstancias de la reclamación y la reacción de la Demandada se podría concluir provisionalmente que la omisión del Paraguay de objetar la validez del Contrato, el

---

<sup>8</sup> Anexo CE 66.

<sup>9</sup> Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párr. 117.



cumplimiento de BIVAC de las obligaciones y el nivel de endeudamiento constituyen un reconocimiento de la deuda. Sin hacer expresa su opinión sobre la cuestión de si la falta persistente de pago de la deuda pendiente podría por sí misma constituir una violación a la norma de trato justo y equitativo, o de si el Paraguay no sólo actuó como una parte contratante ordinaria sino en ejercicio de una facultad gubernamental ("*puissance publique*"), el Tribunal concluyó que estas cuestiones eran debatibles y relevantes para el fondo de la diferencia y que esta conclusión era suficiente en esta etapa preliminar para establecer su competencia.

21. El Tribunal también sostuvo que la cláusula sobre resolución de diferencias del Artículo 9 del Contrato no obsta a que la reclamación se considere admisible, ya que nos estaba basada en la aplicación y ejecución del Contrato como tal. Por el contrario, se basaba en el supuesto ejercicio por parte del Paraguay de su poder soberano en una forma que violaba la norma del Tratado y no era simplemente un incumplimiento contractual<sup>11</sup>.

### **3.2.1. Párrafo resolutivo C**

22. El Artículo 3(4) del TBI establece que “[c]ada Parte Contratante cumplirá toda obligación que haya contraído en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”.

23. El Tribunal había decidido que la reclamación no era admisible debido a que:

“(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[1] Contrato”;

(2) El Artículo 3(4) del TBI no prevalece sobre la cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en el Artículo 9(1) del Contrato;

(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;

---

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, párrs. 123-127.

(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<sup>12</sup>.

24. A pesar de haber negado la admisibilidad, el Tribunal decidió que no se encontraba en una posición para desestimar la reclamación. Por el contrario, tomó la decisión de suspender el procedimiento con el fundamento de que las Partes no habían presentado argumentos sobre el proceder que se debía seguir en caso de que se declarara que el Tribunal tenía competencia conforme al Artículo 3(4) del TBI. Por ello, el Tribunal decidió acumular a la consideración del fondo con el objetivo de brindar a las Partes la oportunidad de presentar argumentos relativos al proceder a seguir y permitir a BIVAC la posibilidad de explicar los motivos de su falta de recurso ante los tribunales de la ciudad de Asunción, el foro acordado en el Contrato<sup>13</sup>.

### **3.2.1. Párrafo resolutivo D**

25. La excepción de la Demandada a la jurisdicción *ratione personae* fue interpuesta por primera vez en su carta del 5 de diciembre de 2008, luego de la audiencia de jurisdicción. El Tribunal decidió que era demasiado tarde para admitir un debate de fondo de estos nuevos argumentos en una etapa preliminar. Una decisión sobre esta cuestión hubiera carecido de coherencia con los principios básicos del debido proceso y la economía procesal. El Tribunal decidió, en consecuencia, de acuerdo con el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI, acumular esta nueva excepción al fondo de la diferencia.
26. La Decisión sobre Jurisdicción del 29 de mayo de 2009 dejó al Tribunal de Arbitraje con las siguientes cuestiones por resolver en el laudo sobre el fondo de la diferencia:

- si la Demandante tiene *ius standi* o legitimación procesal

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, párr. 159.

<sup>13</sup> *Ibid.*, párrs. 160-161.

- si la Demandada violó su obligación de conferir un trato justo y equitativo aparte de incurrir en un incumplimiento contractual;
- si la reclamación que es inadmisibles por una violación de la cláusula paraguas debe ser desestimada o suspendida;
- cómo deben distribuirse los costos y gastos.

### **3.3. El procedimiento hasta la Decisión Adicional sobre Jurisdicción**

27. El 29 de mayo de 2009, el Tribunal invitó a las Partes por carta a acordar un calendario para la siguiente fase del procedimiento e informar al Tribunal sobre dicho acuerdo o, a falta de un acuerdo, a informar al Tribunal antes del 12 de junio de 2009 de sus posiciones respectivas. Este plazo se extendió hasta el 26 de junio de 2009, luego hasta el 28 de julio de 2009 y, por último, hasta el 10 de agosto de 2009, en cada caso a solicitud de ambas Partes.
28. Debido a que las Partes no respondieron a la invitación, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 del 12 de agosto de 2009 mediante la cual estableció un calendario para las siguientes etapas del procedimiento. La Demandante debía presentar un Memorial sobre el fondo de la diferencia a más tardar el 13 de octubre de 2009, así como los escritos relativos a la legitimación procesal de BIVAC y a las consecuencias de la inadmisibilidad de la reclamación al amparo del Artículo 3(4) del TBI; la Demandada debía presentar un Memorial de Contestación sobre el fondo de la diferencia a más tardar el 14 de diciembre de 2009; la Demandante debía presentar una Réplica a más tardar el 28 de enero de 2010 y la Demandada, una Dúplica a más tardar el 15 de marzo de 2010.
29. Luego de un pedido conjunto de las Partes comunicado al Tribunal el 30 de septiembre de 2009, mediante carta del 7 de octubre de 2009, el Tribunal concedió una extensión del plazo para las presentaciones de los escritos de las Partes: el Memorial de la Demandante debía ser presentado el 27 de noviembre de 2009; el Memorial de Contestación de la Demandada, el 22 de enero de 2010; la Réplica, el 5 de marzo de 2010; y la Dúplica, el 16 de abril de 2010. El Tribunal también manifestó su disponibilidad durante la última semana de julio de 2010 para celebrar la audiencia .

30. La Demandante presentó debidamente su Memorial el 27 de noviembre de 2009. Luego de un pedido de la Demandada de una extensión adicional del plazo hecho el 27 de enero de 2010, al cual la Demandante otorgó su acuerdo condicional, el Tribunal decidió mediante carta del 29 de enero de 2010 volver a extender los plazos. La Demandada debía presentar su Memorial de Contestación a mas tardar el 12 de marzo de 2010; la Demandante, su Réplica a mas tardar el 7 de mayo de 2010; y la Demandada su Dúplica a mas tardar el 25 de junio de 2010. Las fechas para la audiencia se mantuvieron.
31. La Demandada presentó el Memorial de Contestación el 12 de marzo de 2010.
32. El 6 de mayo de 2010, la Demandante informó al Tribunal que las Partes habían acordado suspender el arbitraje para facilitar las negociaciones. Tras recibir la confirmación de la Demandada de su acuerdo a la suspensión, el Tribunal decidió suspender el procedimiento el 4 de agosto de 2010. La audiencia que debía celebrarse en julio de 2010 fue pospuesta para una fecha ulterior. El Tribunal accedió a un pedido de las Partes realizado el 29 de julio de 2010 de prorrogar la suspensión del procedimiento hasta el 4 de noviembre de 2010. Mediante carta del 29 de octubre de 2010, la Demandante informó al Tribunal que no se haría un nuevo pedido de suspensión.
33. La Demandante y la Demandada acordaron un nuevo calendario procesal y comunicaron las fechas mediante carta del 18 de noviembre de 2010 y correo electrónico del 19 de noviembre de 2010, respectivamente. El calendario luego fue fijado por el Tribunal mediante carta del 20 de noviembre de 2010 de la siguiente manera: la Demandante debería presentar su Réplica el 11 de febrero de 2011 y la Demandada, su Dúplica el 9 de junio de 2011. Ambas Partes presentaron en debido tiempo y forma sus escritos.
34. El Tribunal decidió que la audiencia sobre el fondo de la diferencia se celebraría entre el 5 y el 7 de julio de 2011, lo que comunicó mediante carta del 20 de noviembre de 2010 y confirmó durante una conferencia telefónica entre el Presidente del Tribunal, las Partes y la Secretaria del Tribunal el 9 de junio de 2011. Durante la conferencia, se estableció que ambas Partes debían presentar sus escritos posteriores a la audiencia el

15 de septiembre de 2011.

35. El procedimiento se dilató en forma considerable, tal como advirtió el consejero jurídico de la Demandante durante la audiencia en el alegato de apertura: “aquí estamos, cuatro años después, ante el CIADI”<sup>14</sup>. Las demoras fueron el resultado de los repetidos pedidos de las Partes de extensión de los plazos de las presentaciones y de la suspensión del procedimiento.
36. La audiencia se celebró en Washington D.C. desde el 5 hasta el 7 de julio de 2011. BIVAC estuvo representada por el Sr. Nigel Blackaby, el Sr. Lluís Paradell, la Sra. Caroline Richard y el Sr. Nigel Best de Freshfields Bruckhaus Deringer, el Sr. Pablo Lu de Mersán Abogados y el Sr. Andrew Hibbert de BIVAC BV. Paraguay estuvo representada por el Dr. José Enrique García Ávalos, Procurador General de la República, el Sr. Raúl Sapena, Abogado del Tesoro, el Sr. Benigno María López, Miembro del Directorio del Banco Central del Paraguay, el Sr. Brian C. Dunning y el Sr. David N. Cinotti de Venable LLP.
37. Durante la audiencia, y previa consulta a las Partes, el Tribunal modificó su cronograma original para la conducción de la audiencia, pero se ofreció a ambas Partes el mismo tiempo para presentar su alegatos orales. Los Sres. Blackaby y Paradell tuvieron a su cargo la presentación de los alegatos orales en nombre de BIVAC y los Sres. Dunning, Cinotti y el Dr. García-Ávalos lo hicieron en representación del Paraguay. Ambas Partes se valieron de láminas PowerPoint durante la audiencia, que también fueron entregadas al Tribunal.
38. Al terminar la audiencia, ambas Partes expresaron su satisfacción con la manera como la misma se había desarrollado y confirmaron haber recibido un trato igualitario y tenido la oportunidad de presentar sus argumentos en forma plena<sup>15</sup>.
39. El 12 de septiembre de 2011, las Partes solicitaron una extensión de los plazos para la presentación de los escritos posteriores a la audiencia hasta el 23 de septiembre de

---

<sup>14</sup> Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, pág. 93.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pág. 605.

2011. El Tribunal concedió la extensión y ambas Partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia en el debido tiempo. Durante la audiencia se decidió que las presentaciones sobre los costos se harían el 14 de octubre de 2011, y dicha fecha fue aceptada y respetada por ambas Partes<sup>16</sup>.

40. El 2 de diciembre de 2011, el Tribunal envió la siguiente carta a las Partes:

“Cuando el Tribunal preparó las deliberaciones internas y consultó el Código Civil que había sido presentado en el procedimiento por diversas razones, surgió la cuestión de si la reclamación contractual de BIVAC estaba prescrita, de acuerdo con los Artículos 657 a 668 del Código.

El Tribunal invita a ambas partes a responder a las siguientes preguntas lo que deberán hacer a más tardar el día jueves 22 de diciembre de 2011 a las 5:00 p.m. (hora de Washington, D.C.).

1. ¿Ha prescrito el plazo para que la Demandante presente la reclamación según la ley paraguaya? Si fuera ése el caso, ¿desde cuándo?

2. ¿Tiene la respuesta a la pregunta 1) algún efecto sobre la cuestión de la supuesta violación por parte del Paraguay de las obligaciones asumidas en virtud del tratado de conferir un trato justo y equitativo a BIVAC y la supuesta reclamación de BIVAC en virtud del TBI?” (Traducción del Tribunal).

41. El 23 de diciembre de 2011, tanto la Demandante como la Demandada presentaron sus respuestas a las preguntas efectuadas por el Tribunal, luego de que el Tribunal concediera el pedido conjunto de extender el plazo por un día.

42. La Demandante sostiene que la reclamación contractual no está prescrita. Incluso aunque haya transcurrido el plazo de prescripción estipulado en el Código Civil de cuatro o dos años, el reconocimiento repetido e inequívoco de la deuda por parte de la Demandada y la posterior presentación de la solicitud de arbitraje interrumpieron el plazo hasta el día de la fecha. Asimismo, el problema de la prescripción de acuerdo con la legislación paraguaya no tiene relevancia ya que la Demandante no interpuso una reclamación contractual sino una reclamación de derecho internacional, que no se rige por el derecho de los contratos del Paraguay.

43. La Demandada sostiene que el plazo de prescripción normal es de diez años. Al igual que la Demandante, afirma que el plazo de prescripción se interrumpió antes de su

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, pág. 607

conclusión.

#### **4. Los fundamentos de esta Decisión**

##### **4.1. Hechos controvertidos y no controvertidos de la diferencia**

###### ***4.1.1. El Contrato: su Celebración y Extinción***

44. En 1995, por recomendación del Fondo Monetario Internacional, el Gobierno del Presidente Juan Carlos Wasmosy aplicó medidas contra la evasión fiscal, entre las cuales creó un “sistema de inspección pre-embarque” con el objetivo de incrementar su recaudación por impuestos aduaneros<sup>17</sup>. Tras un proceso de selección, el Ministerio de Hacienda eligió a dos oferentes, el grupo Bureau Veritas y Société Générale de Surveillance SA (“SGS”), como proveedores del servicio<sup>18</sup>.
  
45. El 31 de enero de 1996, el Gobierno emitió el Decreto del Poder Ejecutivo No. 12.311 autorizando al Ministerio de Hacienda a celebrar estos contratos<sup>19</sup>. El 6 de mayo de 1996, el Ministerio de Hacienda celebró el Contrato con BIVAC para la prestación de servicios técnicos de inspección pre-embarque de importaciones hacia el Paraguay. El Decreto hace referencia a “BIVAC INTERNATIONAL (BUREAU VERITAS GROUP)” de Francia, en lugar de BIVAC B.V., y el Contrato identifica a “Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V.” como parte contratante<sup>20</sup>.
  
46. La inspección aduanera y el sistema de despachos aduaneros que BIVAC iba a tener a cargo y los servicios que debía prestar estaban regulados por el Estado, en particular por la Resolución No. 1171/96 “que reglamenta el procedimiento operativo para importaciones con inspección de pre-embarque”, y sus sucesivas modificaciones<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Declaración Testimonial del Sr. Bojanovich, párrs. 8-9; Preámbulo del Contrato, Anexo CE-6.

<sup>18</sup> Informe del Contralor General de la República del Ministerio de Hacienda sobre el proceso de contratación de las empresas BIVAC y SGS, del 22 de febrero de 1999, Anexo CE-71; Dictamen No 1/96 del Asesor de la Presidencia de la República en el Área Jurídica al Secretario General de la Presidencia de la República, del 31 de enero de 1996, Anexo CE-4; Preámbulo del Contrato, Anexo CE-6; véase también el Memorial de BIVAC, párrs.17-19.

<sup>19</sup> Decreto del Poder Ejecutivo No. 12.311, Anexo CE-5.

<sup>20</sup> Contrato, Anexo CE-6, Portada.

<sup>21</sup> Resolución No. 1171, del 3 de julio de 1996, Anexo CE-51; Resolución No. 2037, del 25 de noviembre de 1996, Anexo CE-54; y Resolución No. 1579, del 10 de septiembre de 1996, Anexo CE-53.

47. En virtud del Contrato, BIVAC asumió, entre otras, 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 al personal paraguayo; y vi) colaborar en el establecimiento de una base de datos. Se le permitía 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 estipulados en los certificados de inspección. 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 en una cuenta bancaria de BIVAC en el exterior. El Contrato establecía que las diferencias que pudieran surgir respecto de la documentación que acompaña las facturas debían resolverse sin demora y los montos no controvertidos de las facturas debían pagarse inmediatamente<sup>22</sup>.
48. El Contrato también 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<sup>23</sup>. Como se indica más abajo, cuando surgió una diferencia relativa al Contrato, la Demandante optó por no llevar la reclamación a los tribunales de la Ciudad de Asunción. No argumentó en su Solicitud o en sus escritos presentados antes de la audiencia que estos tribunales no estaban disponibles, o que no tenía acceso a los tribunales paraguayos para hacer la reclamación basada en un incumplimiento contractual<sup>24</sup>. Por el contrario, en respuesta a una pregunta del Tribunal, manifestó que la decisión de no acudir a los tribunales de la Ciudad de Asunción fue una “decisión comercial”<sup>25</sup>. En su lugar, la Demandante optó por presentar su reclamación a través de un canal diferente, ya que la Demandada supuestamente no sólo violó el Contrato sino la obligación de conferir un trato justo y equitativo que surge del Tratado<sup>26</sup>. La Demandada objeta la caracterización del sistema judicial del Paraguay hecha por la Demandante e insiste en que “los tribunales del Paraguay ofrecen un proceso justo e independiente para hacer valer los derechos y

---

<sup>22</sup> Contrato, Anexo CE-6, Artículos 2-4.

<sup>23</sup> *Ibid.* Artículo 9.

<sup>24</sup> Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, págs. 252-253.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pág. 91.

<sup>26</sup> *Ibid.* pág. 98 y siguientes.; Memorial de BIVAC, párrs. 247-251; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 103-114.



recursos de BIVAC<sup>27</sup> (traducción del Tribunal), incluido un sistema equilibrado de costas y honorarios<sup>28</sup>.

49. Durante el presente procedimiento, ambas Partes han modificado su posición con respecto a la naturaleza del Contrato. La Demandante inicialmente destacó el carácter privado de la inversión y que el Contrato obligaba a las Partes a pagar honorarios por servicios y también se relacionaba con derechos concedidos en virtud del derecho público<sup>29</sup>. Luego cambió su enfoque, y destacó que el Contrato “fue, desde su gestación, un contrato eminentemente de derecho público”<sup>30</sup> (traducción del Tribunal). Por su parte, el Paraguay inicialmente insistió en que el Contrato era de naturaleza administrativa<sup>31</sup>, pero luego resaltó la naturaleza comercial de la relación contractual, ya que “[l]os estados soberanos y sus instituciones suelen celebrar contratos con personas privadas en casi todos los sectores económicos”<sup>32</sup> (traducción del Tribunal). Enfatiza que, en línea con la doctrina moderna, la jurisprudencia y los convenios internacionales, la calidad de un contrato debe ser determinada de acuerdo con su naturaleza y no con su objetivo<sup>33</sup>.
50. Al comienzo, el Gobierno del Presidente Wasmosy cumplió con su obligación de efectuar los pagos regulares a la recepción de las facturas de BIVAC. No obstante, las pruebas indican que las demoras en los pagos comenzaron a comienzos de noviembre de 1996<sup>34</sup>. Hacia mediados de 1998, se comenzaron a acumular varias facturas impagas y el Sr. Bojanovich de BIVAC envió al Ministro de Hacienda una comunicación solicitando el pago de ciertas facturas impagas emitidas a partir de junio de 1997<sup>35</sup>. El entonces Ministro de Hacienda de la Demandada, el Sr. Miguel Ángel Maidana Zayas, reconoció la suma total de “la deuda pendiente de pago por parte del Estado Paraguayo con BIVAC”<sup>36</sup> y expresó su deseo de cumplir con las

---

<sup>27</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 104-107.

<sup>28</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay (del 23 de septiembre de 2011), párrs. 121-122; Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, págs. 293-294. Esta cuestión se aborda en los párrafos 199-201

<sup>29</sup> Solicitud de Arbitraje, (del 16 de febrero de 2007), párr. 11.

<sup>30</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 18.

<sup>31</sup> Nota de la Demandada del 8 de abril de 2008.

<sup>32</sup> Dúplica del Paraguay, (del 9 de junio 2011), párrs. 57-67; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay (del 23 de septiembre de 2011), párr. 5

<sup>33</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 98.

<sup>34</sup> Carta conjunta de BIVAC y SGS al Ministerio de Hacienda, del 31 de marzo de 1997, Anexo RE-15; y Memorial de Contestación del Paraguay (del 12 de marzo de 2010), párr. 56.

<sup>35</sup> Declaración testimonial del Sr. Bojanovich, párr. 27; Memorial de BIVAC, párr. 51.

<sup>36</sup> La deuda impaga debida a BIVAC por el Estado del Paraguay, deducidos los montos de las notas de crédito del monto total de las facturas emitidas entre junio de 1997 y junio de 1998, totaliza US\$12.519.353.16 de junio a diciembre de 1997 y

disposiciones de pago del Contrato por los servicios prestados en 1998<sup>37</sup>. Respecto de la deuda pendiente de 1997, el Ministro indicó que estaban analizando los mecanismos legales para la "regulación" de esta deuda en concertación con los intereses de las Partes<sup>38</sup>.

51. El nuevo Gobierno del Presidente Raúl Cubas asumió el cargo en agosto de 1998. Se investigaron los mecanismos utilizados por el régimen anterior para la celebración del Contrato<sup>39</sup>. A partir de allí, desde septiembre de 1998 a junio de 1999, ninguna de las nuevas facturas emitidas por BIVAC fueron pagadas. BIVAC reclamó varias veces el pago al Ministro de Hacienda del Presidente Cubas, el Sr. Gerhard Doll, pero los pagos no se efectuaron. En enero de 1999, BIVAC envió al ministro una solicitud formal de pago mediante telegrama colacionado<sup>40</sup>. El ministro Doll respondió en el curso de una semana y objetó todos los documentos adjuntos a las facturas presentadas por BIVAC (de junio a diciembre de 1997 y de marzo de 1998 en adelante), fundándose en supuestos incumplimientos de la Cláusula 5 del Contrato<sup>41</sup>. El telegrama del ministro Doll no especificaba cuales eran los supuestos incumplimientos del Contrato por parte de BIVAC. El ministro Doll hizo referencia al Artículo 4.5 del Contrato<sup>42</sup> y convocó a BIVAC a una reunión para resolver las discrepancias de las Partes respecto de la documentación adjunta a las facturas. En marzo de 1999, tras la reunión entre las Partes, se pagaron una cantidad de facturas que databan de 1997, por un monto total de \$7 millones. Este fue el último pago recibido por BIVAC<sup>43</sup>.

52. El 19 de febrero de 1999, se emitió el Decreto Presidencial No. 2003 mediante el cual

---

US\$6.449.327,55 de marzo a junio de 1998, equivalente al total de US\$18.968.680.71: véase el Anexo CE-68.

<sup>37</sup> Carta No. 665 del Ministerio de Hacienda a BIVAC BV, del 31 de julio de 1998, Anexo CE-68; Memorial de BIVAC, párr. 53.

<sup>38</sup> Anexo CE-68 ("con respecto a la deuda acumulada del año 1997 le informamos que este Ministerio se encuentra estudiando y analizando la posibilidad y mecanismos legales que permitan la regulación de esta deuda en una concertación de intereses") y Escrito posterior a la audiencia de la Demandada, párr. 66.

<sup>39</sup> El "Examen especial sobre el proceso de contratación de las empresas BIVAC y SGS" se impulsó a través de las resoluciones adoptadas en agosto y septiembre de 1998. Véase el Requerimiento No. 44 del Procurador General, del 22 de diciembre de 2002, que contiene la historia de la investigación sobre el Contrato, Anexo CE-108, pág. 4; Memorial de BIVAC, párr. 54.

<sup>40</sup> Telegrama colacionado de BIVAC BV al Ministerio de Hacienda, del 13 de enero de 1999, Anexo CE-69; Declaración testimonial del Sr. Bojanovich, párr. 28; Memorial de BIVAC, párr. 55.

<sup>41</sup> Telegrama colacionado del Ministerio de Hacienda a BIVAC BV, del 20 de enero de 1999, Anexo CE-70; Memorial BIVAC, párr. 55. Artículo 5 del Contrato relativo a las "Responsabilidades de BIVAC", véase: Contrato, Anexo CE-6, Artículo 5.

<sup>42</sup> Artículo 4.5 del Contrato: "En los casos de discrepancia entre El Ministerio y BIVAC, con respecto a la documentación que acompaña la factura, se procederá al pago de los montos no objetados, debiendo las partes resolver a la brevedad dichas discrepancias".

<sup>43</sup> Declaración testimonial del Sr. Bojanovich, párr. 29 (donde se señala que "fueron pagadas las facturas del mes de Junio, Julio, Septiembre y Octubre de 1997"); Memorial de BIVAC, párr. 56; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 31.

se autorizó al Ministro de Hacienda a comunicar a BIVAC (y a SGS) la decisión del Gobierno de no continuar con el Contrato más allá de su plazo original, en virtud de la Cláusula 8 del Contrato<sup>44</sup>. El Decreto Presidencial No. 2003 tampoco aludía a ningún incumplimiento contractual<sup>45</sup>. El 24 de febrero de 1999, el ministro Doll notificó a BIVAC la decisión del Gobierno de no renovar el Contrato<sup>46</sup>.

#### ***4.1.2. El Supuesto Reconocimiento y Repudio de la Deuda en virtud del Contrato por la Demandada***

53. El 7 de junio de 1999, ante la decisión de no renovar el Contrato y “teniendo en cuenta la acumulación de compromisos financieros que debería asumir el Estado Paraguayo”, el Ministro de Hacienda Federico Zayas, designado por el sucesor del Presidente Cubas, el Presidente Luis Ángel González Macchi, propuso que la fecha de extinción del Contrato se adelantara al 9 de junio de 1999 (en lugar del 15 de julio de 1999, tal como se establecía en el Contrato)<sup>47</sup>. El ministro Zayas indicó que “[a] partir de esta fecha cesarían las obligaciones emergentes para ambas Partes relacionadas al Contrato de Prestación de Servicios, salvo los derechos y acciones ya adquiridos”<sup>48</sup>.
54. El 8 de junio de 1999, BIVAC decidió no aceptar nuevos pedidos de inspección de importadores a partir del 9 de junio de 1999. Sin embargo, BIVAC indicó que no interrumpiría las actividades en marcha y que presentaría las facturas correspondientes al Paraguay. BIVAC reiteró su reclamación de pago de las sumas adeudadas en virtud del Contrato, que según lo allí indicado al 30 de abril de 1999 ascendían a US\$21.434.956,97<sup>49</sup>.
55. El 14 de junio de 1999, a los efectos de negociar el pago, el ministro Zayas propuso un descuento del 50% sobre el saldo de lo adeudado, indicando que dicho saldo sería establecido en forma oportuna<sup>50</sup>. En la siguiente reunión celebrada entre los

---

<sup>44</sup> Decreto Presidencial No. 2003, del 19 de febrero de 1999, Anexo CE-48; Memorial de BIVAC, párr. 57.

<sup>45</sup> Anexo CE-48; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 31.

<sup>46</sup> Carta del Ministerio de Hacienda a BIVAC BV, del 24 de febrero de 1999, Anexo CE-18; Memorial de BIVAC, párr. 57; Memorial de Contestación de el Paraguay, párr. 58.

<sup>47</sup> Carta del Ministerio de Hacienda a BIVAC Paraguay SA, del 7 de junio de 1999, Anexo CE-19; Memorial de BIVAC, párr. 60; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 31.

<sup>48</sup> Carta del Ministerio de Hacienda a BIVAC Paraguay SA, del 7 de junio de 1999, Anexo CE-19.

<sup>49</sup> Carta de BIVAC al Ministerio de Hacienda – Anexo CE-72.

<sup>50</sup> Carta No. 1237 del Ministerio de Hacienda a BIVAC BV, del 14 de junio de 1999, Anexo CE-73; Memorial de BIVAC del 27 de noviembre de 2009, párr. 63.

representantes de las Partes, el Ministro ofreció pagar con bonos del Gobierno<sup>51</sup>. El 6 de agosto de 1999, BIVAC expresó su predisposición en aceptar el pago parcial o total de los servicios efectuados y que se hallan en mora con bonos del Gobierno<sup>52</sup>.

56. Alrededor de la misma fecha, el Ministro de Hacienda emitió un listado de 19 “facturas pendientes de pago emitidas por BIVAC B.V. a junio de 1999”, calculando el “total adeudado al 30/06/99” en US\$22.016.140,52 (correspondiente al período 1997-1999). Otro listado titulado “Deuda pendiente de pago con la BIVAC obrante en el Departamento de Giraduría del Ministerio de Hacienda” del 6 de agosto de 1999 reproduce el mismo monto total, y especifica que no se emitieron notas de crédito para dicho período<sup>53</sup>.
57. En una carta posterior del 2 de diciembre de 1999, el ministro Zayas señaló que la reclamación de pago de BIVAC no podía ser atendida hasta tanto la Contraloría General de la República presente las conclusiones referidas al “Examen Especial” del Contrato, de conformidad con lo solicitado por la Fiscalía General del Estado, según nota del 14 de julio de 1999, cuya copia se adjuntó a la carta<sup>54</sup>. Luego, el 13 de diciembre de 1999, el ministro Zayas contestó una solicitud adicional de pago enviada por BIVAC el 7 de diciembre de 1999. El ministro Zayas hizo referencia a su carta anterior del 2 de diciembre de 1999 y mencionó que no se podía efectuar ningún pago hasta tanto el Congreso Nacional no sancionara una ley que autorice el pago<sup>55</sup>. En septiembre de 2000, el Ministro informó a la prensa que las deudas con BIVAC y SGS habían sido asumidas de forma ilegal por el Gobierno de Wasmosy, ya que no habían sido autorizadas por una ley del Congreso, sino que fueron contraídas en virtud de un decreto<sup>56</sup>. El ministro Zayas dejó su cargo sin que la deuda se pagara y las reclamaciones comenzaron a dirigirse al siguiente Ministro de Hacienda, el Sr.

---

<sup>51</sup> Declaración testimonial del Sr. Bojanovich, párr. 42; Memorial de BIVAC, párr. 64.

<sup>52</sup> Carta de BIVAC al Ministerio de Hacienda – CE-75.

<sup>53</sup> Nómima de facturas impagas preparada por el Ministerio de Hacienda, del 6 de agosto de 1999, Anexo CE-22. Las versiones originales en Español rezan: “Facturas pendientes de pago emitidas por BIVAC B.V. a junio de 1999” y “Deuda pendiente de pago con la BIVAC obrantes en el Departamento de Giraduría del Ministerio de Hacienda”. Anexo CE – 22.

<sup>54</sup> Carta No. 2702 del Ministerio de Hacienda a BIVAC BV, del 2 de diciembre de 1999, Anexo CE-24; Memorial de la Demandante del 27 de noviembre de 2009, párr. 66-67.

<sup>55</sup> Carta No. 2772 del Ministerio de Hacienda a BIVAC BV, del 13 de diciembre de 1999, Anexo CE-77; Memorial de BIVAC, párr. 69.

<sup>56</sup> Artículo de prensa, “Deuda asumida por Wasmosy con SGS y BIVAC es ilegal”, ABC Color, del 16 de septiembre de 2000, Anexo CE-91; Memorial de BIVAC, párr. 70.

Francisco Oviedo Britez<sup>57</sup>.

58. En una carta dirigida a BIVAC el 13 de febrero de 2001, el Ministro Britez señaló que el Estado tenía una imposibilidad momentánea de pago con motivo de estar pendiente la conclusión del Examen Especial en marcha y hasta tanto se realice la conciliación de las cuentas. El Ministro Britez luego se comprometió a procurar que el Congreso sancione las enmiendas al presupuesto necesarias para financiar y pagar las obligaciones pendientes debidas por el Paraguay por los servicios prestados por BIVAC<sup>58</sup>.
59. Durante la presidencia de Nicanor Duarte Frutos, quien asumió el cargo en el 2003, el Viceministro de Hacienda Miguel Gómez envió una nueva carta a BIVAC el 19 de abril de 2004, en la cual señaló que el Paraguay deseaba honrar las deudas que tenía con los diversos acreedores, incluyendo BIVAC, y que estaba trabajando en la búsqueda de una solución a los montos reclamados. En la carta también se invitaba a los representantes de BIVAC a fin de establecer las negociaciones<sup>59</sup>. Al contrario de lo que argumentó BIVAC<sup>60</sup>, el Paraguay aduce que esta carta no constituye una promesa inequívoca de pago de la deuda<sup>61</sup>.
60. El 3 de junio de 2004, el Ministerio de Hacienda emitió la Resolución No. 274, mediante la cual se conformó una Comisión para determinar si hubo incumplimiento de Contrato y si el pago de las deudas pendientes estaba en orden<sup>62</sup>. La Comisión concluyó que no tenía competencia para decidir estas cuestiones, tras lo cual la investigación se reasignó a la Dirección Nacional de Aduanas, conforme a la Resolución No. 43 del Ministerio de Hacienda del 3 de febrero de 2005<sup>63</sup>. Si bien la Comisión concluyó que se había dado cumplimiento al Contrato<sup>64</sup>, no se efectuó el pago. El 22 de junio de 2007, el Ministerio del Interior emitió el Decreto No. 10485,

---

<sup>57</sup> Memorial de BIVAC, párrs. 72-73.

<sup>58</sup> Nota del Ministerio de Hacienda a BIVAC – Anexo CE-92.

<sup>59</sup> Carta del Ministerio de Hacienda a BIVAC – Anexo CE-31.

<sup>60</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 49.

<sup>61</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 70.

<sup>62</sup> Resolución No. 274 del Ministerio de Hacienda – Anexo CE-32.

<sup>63</sup> Resolución No. 43 del Ministerio de Hacienda – Anexo CE-34.

<sup>64</sup> Informe No. 377 de la Dirección Nacional de Aduanas del 30 de marzo de 2005 – Anexo CE-35.

mediante el cual se dio curso a una nueva investigación sobre el Contrato<sup>65</sup>.

61. BIVAC alega que durante muchos años los diferentes gobiernos vacilaron entre reconocer la obligación de pagar la deuda y realizar repetidas y duplicadas investigaciones sobre la validez y el cumplimiento del Contrato; que la mayoría de estas investigaciones llevaron a la conclusión de que el Contrato era válido y que BIVAC había dado cabal cumplimiento a sus obligaciones<sup>66</sup>; que los sucesivos gobiernos habían incumplido con dichas conclusiones y que se habían negado a efectuar el pago; que habían dejado acumular la deuda fundándose en motivos políticos; y que las sucesivas administraciones se habían negado a asumir responsabilidad y a efectuar los pagos<sup>67</sup>. Según la Demandante, debido a que tanto la validez del Contrato como el cumplimiento por parte de BIVAC de las obligaciones del Contrato habían sido reconocidos, el consistente incumplimiento consistente y “la conducta del Paraguay constituye un repudio político efectivo de la deuda”<sup>68</sup> (traducción del Tribunal).
62. La Demandada niega que la deuda haya sido reconocida, como afirma BIVAC, y también se opone a la calificación de la deuda como “no controvertida”. Afirma que las diversas cartas enviadas por ministros a las que hace mención la Demandante son mayormente declaraciones de hechos y no contienen ninguna expresión legal vinculante de reconocimiento y que los diferentes informes de las agencias gubernamentales deben ser considerados documentos internos, dictámenes técnicos, no vinculantes. La Demandada insiste en que la posición legal del Paraguay en cuanto a la validez y el monto de la deuda no constituyen un repudio como alega la Demandante<sup>69</sup>: “El Paraguay nunca repudió ninguno de los derechos contractuales de BIVAC”<sup>70</sup> (traducción del Tribunal).

---

<sup>65</sup> Decreto No. 10485 del Ministerio del Interior del 22 de julio 2007– Anexo CE-136.

<sup>66</sup> BIVAC afirma que dichas conclusiones se desprenden de: i) 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; ii) reconocimientos formales de la deuda por parte del Ministro de Hacienda, según declaraciones de febrero de 2001 y abril de 2004; y iii) 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; véase la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párr. 10.

<sup>67</sup> Memorial de BIVAC, párrs. 49-144; láminas del Alegato de Apertura de BIVAC en la audiencia sobre el fondo, del 5 de julio de 2011, láminas 11-49.

<sup>68</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 55; Memorial de BIVAC, párrs. 58-159

<sup>69</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 65-77.

<sup>70</sup> *Ibid.*, párr. 24

63. La Demandada también alega que el Tribunal no definió correctamente la posición del Paraguay en su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción al manifestar que “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”. Como fundamento de esta reclamación, presenta dos argumentos. En primer lugar, que la Demandada entiende que la aceptación o el rechazo de una supuesta deuda es una cuestión de fondo, que debe ser resuelta en la etapa sobre el fondo del procedimiento según la Resolución Procesal No. 1. En segundo lugar, la Demandada sostiene que refutó el argumento de la Demandante en de que la Demandada nunca había cuestionado la deuda. La Demandada insiste en que dedicó no menos de tres párrafos completos de su Escrito Posterior a la Audiencia de Jurisdicción a esta cuestión, y sostiene que la objeción de la Demandada fue reconocida por el Tribunal. Por último, la Demandada señala que la percepción del Tribunal de la posición de la Demandada expresada en los párrafos 123 y 124 contradice las observaciones del propio Tribunal del párrafo 111<sup>71</sup>.
64. La Demandada también sostiene que, incluso si el Ministro hubiera admitido la deuda, en base al Artículo 439 del Código de Procedimientos Civiles del Paraguay, los reclamos de BIVAC se consideran “no liquidados”<sup>72</sup>.
65. BIVAC advierte que el Paraguay objetó el monto de la deuda por primera vez en su Memorial de Contestación, casi doce años después de la extinción del Contrato y más de tres años después del comienzo del arbitraje. En la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, el Tribunal señaló que “el hecho de que el Paraguay no haya cuestionado el nivel de endeudamiento puede implicar reconocimiento de tal endeudamiento”<sup>73</sup>. BIVAC también sostiene que el único documento citado por el Paraguay para fundamentar su argumento de que objetó la deuda es el telegrama del Ministro Doll del 20 de enero de 1999 y que este documento no especifica los documentos o deudas que el Ministro objetó, como lo requiere el Artículo 4.5 del Contrato<sup>74</sup>. Asimismo, no

---

<sup>71</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 22-26; párrs. 67-72.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párrs. 27-28.

<sup>73</sup> Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 124-125; Réplica de BIVAC, párr. 26.

<sup>74</sup> Declaración testimonial del Sr. Bojanovich, párr. 29; Telegrama colacionado del Ministro de Hacienda a BIVAC BV, del 20

existen pruebas anteriores o posteriores al telegrama del Ministro Doll del 20 de enero de 1999 que fundamenten dicha posición. Respecto del argumento de que la reclamación se considera “no liquidada”, BIVAC sostiene que esta posición no le resta valor a la aceptación por parte del Gobierno de los montos adeudados: las facturas tienen un monto claro y el monto de la deuda ha sido certificado por el Ministerio de Hacienda<sup>75</sup>.

#### ***4.1.3. El Supuesto Incumplimiento de Contrato por parte de BIVAC***

66. La Demandada argumenta que BIVAC incumplió disposiciones sustanciales del Contrato<sup>76</sup>. En primer lugar, la Demandada aduce que BIVAC sin permiso inspeccionó mercaderías de los países del Mercosur y debitaba al Paraguay un costo en concepto de mercaderías exentas del programa de inspección<sup>77</sup>. BIVAC argumenta que no todas las mercaderías de países del Mercosur estaban exentas y no todas las mercaderías enviadas desde un país del Mercosur cumplían necesariamente con los requisitos para ser consideradas como originarias del Mercosur, ya que tenían que cumplir con las normas de origen aplicables. Según BIVAC, dicha verificación en cuanto al "origen real" del bien no puede determinarse sin la documentación adjunta al Certificado de Inspección<sup>78</sup>. No obstante, según la Demandada, sólo unos pocos bienes provenientes de países del Mercosur estaban sujetos a derechos de importación en el Paraguay y BIVAC tenía la carga de probar que las únicas mercaderías del Mercosur cuya inspección facturaba eran esos pocos bienes que estaban sujetos a los derechos. Por otro lado, la Demandada sostiene que la inspección de BIVAC de los bienes del Mercosur no estaba permitida en virtud del Tratado de Asunción porque la responsabilidad de confirmar el origen de dichos bienes recaía sobre el Estado

---

de enero de 1999, Anexo CE-70.

<sup>75</sup> Listado de facturas pendientes de pago preparado por el Ministerio de Hacienda, del 6 de agosto de 1999, Anexo CE-22; Réplica de BIVAC, párrs. 31-35.

<sup>76</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 29-42; Dúplica del Paraguay, párrs. 10-23; y Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 78-85.

<sup>77</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 41; Dúplica del Paraguay, párrs. 10-17; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 83-84.

<sup>78</sup> BIVAC explica que el Artículo 1 de la Resolución No. 1579, del 10 de septiembre de 1996, Anexo CE-53, modificaba la lista de bienes exentos de inspección, contenida en el Artículo 7 de la Resolución No. 1171/96, del 3 de julio de 1996, Anexo CE-51, y pasó a incluir “aquellas importaciones liberadas y las exoneradas de los tributos aduaneros e internos, contenidas en las disposiciones de carácter general o en leyes especiales.” Sin embargo, no consagró una exención general para todos los bienes originados en el Mercosur, algunos de los cuales siguieron pagando impuestos de importación. Véase la Réplica de BIVAC, párr. 60.



exportador<sup>79</sup>. Por ello, al facturar al Paraguay un costo por confirmar el origen de los bienes ya certificados, BIVAC cobró honorarios por un trabajo que ya estaba hecho<sup>80</sup>.

67. En segundo lugar, la Demandada alega que BIVAC, sin permiso, facturó múltiples honorarios de inspección por inspecciones únicas, al emitir varios certificados de inspección en una sola factura comercial para crear más oportunidades de cobrar el honorario de inspección mínimo de US\$280. De acuerdo con la Demandada, facturar por inspeccionar cada parte de un cargamento único era contrario a las normas aplicables, independientemente de que los importadores solicitaran la inspección. La Demandada entiende que de una interpretación "razonable" de la Resolución No. 1.171<sup>81</sup> del Ministerio se entienden dos cosas: primero, que los cargamentos parciales debían ser procesados en un mismo lote para pasar por la aduana, para evitar que un importador evadiera un pago al dividir las órdenes en cargamentos pequeños que estaban exentos; y segundo, que aunque BIVAC debería haber cobrado si tenía la obligación de inspeccionar cargamentos pequeños, nada indicaba que BIVAC debía recibir un cargo mínimo por "cada" cargamento parcial, en cuyo caso las Partes lo habrían indicado expresamente<sup>82</sup>.
68. BIVAC ha negado firmemente todos los cargos que se le hacen referidos a la manipulación del programa de inspección y argumenta que siguió escrupulosamente la normativa gubernamental, tal como exige el Proceso de Coordinación<sup>83</sup>. BIVAC aduce que no podría haber emitido certificados múltiples de inspección cuando no se exigía porque cada certificado de inspección debía estar asociado a un cargamento bajo un pedido específico de inspección pre-embarque presentado por un agente, y no más de un certificado podía emitirse por cargamento. Por ello, cada inspección conllevaba el cargo mínimo estipulado en el Contrato porque el valor FOB de cada cargamento era inferior al valor mínimo del Contrato y no porque hubiera habido alguna forma de

---

<sup>79</sup> Tratado de Asunción, (RL-32, RL-33, RL-34).

<sup>80</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 10-17.

<sup>81</sup> Resolución del Ministerio de Hacienda No. 1.171, del 3 de julio de 1996, Anexo CE-51, Artículo 7, (no se requerirá de inspección para los bienes cuyo valor sea inferior a US\$3000) y Artículo 6 (embarques parciales con valores inferiores a US\$3000 FOB que forman parte de un pedido, u orden de compra-venta superior a US\$3000 serán sujetos a inspección).

<sup>82</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 39-40; Dúplica del Paraguay, párrs. 18-23.

<sup>83</sup> Proceso de Coordinación, GPSI Paraguay, del 16 de octubre de 1996, Anexo CE-10; y Resolución No. 1.171/1996, del 3 de julio de 1996, Anexo CE-51, Artículo 16.

manipulación por parte de BIVAC<sup>84</sup>.

69. Por último, la Demandada argumenta que BIVAC no brindó la asistencia técnica y los servicios de capacitación a las autoridades aduaneras del Paraguay y no colaboró en la creación de una base de datos que permitiría a esas autoridades el poder manejarse por sí mismas, como requiere el Contrato y de acuerdo a las normas de asistencia técnica de la OMC incorporadas en el Contrato<sup>85</sup>. La Demandada también aduce que un informe del departamento del Contralor indica que BIVAC no prestó los programas de capacitación requeridos<sup>86</sup>. Asimismo, el “préstamo” de una computadora personal, un monitor y una impresora<sup>87</sup>, junto con una invitación a un oficial de la aduana a visitar las oficinas de la Demandante en Ecuador y un cargamento mensual de discos con información extremadamente limitada no eximía a la Demandante de sus obligaciones asumidas en el Contrato de brindar la asistencia técnica bajo el Contrato<sup>88</sup>.
70. BIVAC niega que se haya incumplido con los Artículos 2.9 y 2.10 del Contrato. Argumenta que el documento de marzo de 1999 al que se refiere el Paraguay fue remplazado por otros documentos más autoritativos que certifican la falta de incumplimiento<sup>89</sup>. Por otro lado, BIVAC sostiene que la Dirección Nacional de Aduanas certificó el envío de la computadora y la información, tal como lo requiere el Artículo 2.10 del Contrato y que la Contraloría General de la República investigó la cuestión y exoneró a BIVAC<sup>90</sup>. BIVAC también sostiene que cumplió con todas las obligaciones asumidas en el Contrato y que en ningún momento el Paraguay le notificó de algún incumplimiento del Contrato ni adoptó medidas contra BIVAC por un supuesto incumplimiento del Contrato<sup>91</sup>.

---

<sup>84</sup> Declaración complementaria del Sr. Bojanovich, párrs. 17-18; y Réplica de BIVAC, párrs. 53-57; Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, págs. 406-408.

<sup>85</sup> Contrato, Anexo CE-6, Artículos 2.9 y 2.10; véase también el Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 32-34.

<sup>86</sup> Informe de Victor José Safer Presentado, Contralor General de Aduana, del 30 de marzo de 1999, Anexo RE-19.

<sup>87</sup> Carta de BIVAC Paraguay S.A. a la Dirección Nacional de Aduanas y acuse de recibo de fecha 14 de Noviembre de 1996, Anexo CE-11.

<sup>88</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 35-38; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 79.

<sup>89</sup> Informe No. 4249 de la Contraloría General de la República, del 4 de octubre de 2002, Anexo CE-30; Declaración Complementaria del Sr. Bojanovich, párr. 13; Réplica de BIVAC, párrs. 43-47.

<sup>90</sup> Carta de BIVAC Paraguay SA a la Dirección General de Aduanas y recibo, del 14 de noviembre de 1996, Anexo CE-11; Informe No. 4249 de la Contraloría General de la República, del 4 de octubre de 2002, Anexo CE-30, pág.6; Declaración Complementaria del Sr. Bojanovich, párr. 13; Réplica de BIVAC, párrs. 48-51.

<sup>91</sup> Memorial de BIVAC, párrs. 30-48; Réplica de BIVAC, párr. 42.

#### **4.1.4. Las Supuestas “Razones Políticas” que Motivaron la Conducta del Paraguay**

71. El Paraguay sostiene que la falta de pago de las facturas de BIVAC, las investigaciones sobre el Contrato, las comisiones y los informes no estuvieron fundados en razones políticas. Por el contrario, el Paraguay sostiene que la falta de pago de las facturas de BIVAC fue una "cuestión fiscal" y que la frágil situación de la economía paraguaya tenía que tomarse en cuenta<sup>92</sup>.
72. BIVAC no cuestiona que el período 1997-2001 haya sido para el Paraguay un período de dificultades económicas, pero aduce que ante la falta de una situación exenta de necesidad reconocida como tal por el derecho internacional, el Paraguay no está eximido de su obligación de pagar la deuda contraída conforme al Contrato<sup>93</sup>.
73. Por otro lado, BIVAC advierte que el Paraguay no explicó en qué medida la situación de estrés fiscal que se vivió entre 1997 y 2001 podía justificar la falta de pago de la deuda luego de que la economía comenzó a recuperarse en 2001<sup>94</sup>.

#### **4.1.5. La Supuesta Insatisfacción del Paraguay con el Contrato**

74. La Demandada argumenta que el Contrato no trajo un beneficio económico tangible al Paraguay, y advierte que los costos incurridos por el Paraguay como resultado del Programa han excedido a los beneficios que el Paraguay recibió con el aumento de los ingresos provenientes de los impuestos<sup>95</sup>.
75. La Demandante sostiene que la insatisfacción del Paraguay con el Contrato no opera como una justificación de la conducta del Paraguay y que en el Contrato no se prevé que el Paraguay podía retener los pagos por este motivo. Por otro lado, la Demandante sostiene que este alegato carece de méritos ya que el Tribunal concluyó durante la

---

<sup>92</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 51-66; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 97-98.

<sup>93</sup> Réplica de BIVAC, párr. 14.

<sup>94</sup> *Ibid.*, párr. 15.

<sup>95</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 43-50.

etapa jurisdiccional que este argumento no era convincente <sup>96</sup>.

## **4.2. La legitimación procesal de la Demandante**

### **4.2.1. La Posición de la Demandada**

76. La Demandada sostiene que el Tribunal debe desestimar la reclamación de BIVAC porque carece de legitimación procesal<sup>97</sup>.
77. La Demandada sostiene que la Demandante no cumplió con la carga de probar su legitimación procesal para presentar su reclamación al amparo del TBI entre los Países Bajos y el Paraguay. En particular, argumenta que la Demandante no logró probar que la parte contratante es BIVAC BV, la compañía neerlandesa, en lugar de BIVAC International, una empresa constituida en Francia<sup>98</sup>.
78. Como fundamento de su argumento de que BIVAC International – y no BIVAC BV – es la parte interesada, el Paraguay afirma que i) BIVAC International suscribió el Contrato con el Ministerio de Hacienda<sup>99</sup>; ii) el Ministerio invitó a BIVAC International a presentar sus calificaciones<sup>100</sup>; iii) BIVAC International envió en respuesta al Ministerio sus calificaciones<sup>101</sup>; iv) el grupo de trabajo del Ministerio recomendó a BIVAC International y a SGS al Ministerio de Hacienda<sup>102</sup>; v) el Ministerio recomendó la contratación de BIVAC International al Presidente<sup>103</sup>; vi) el Presidente emitió el Decreto que autorizaba la contratación de BIVAC International<sup>104</sup>; vii) BIVAC International figura en la página de firmas del Contrato<sup>105</sup>; viii) el preámbulo del Contrato hace referencia a BIVAC International y SGS<sup>106</sup>; ix) otras regulaciones continuaron mostrando a BIVAC International como la parte

<sup>96</sup> Réplica de BIVAC, párr. 19, en referencia a la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 95-96.

<sup>97</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 141-148; Dúplica del Paraguay, párrs. 205-206.

<sup>98</sup> La Demandada hace referencia al Artículo 24(1) de las Reglas de la CNUDMI y al Artículo 2(c) de las Reglas de Iniciación del CIADI para fundamentar su posición en tanto “[d]epende del Demandante establecer que el Paraguay “accedió” a presentar este conflicto ante el CIADI, lo cual debe hacerlo a través del consentimiento del Paraguay en el BIT” (Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 148).

<sup>99</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 148; Dúplica del Paraguay, párr. 205.

<sup>100</sup> Carta del Ministerio de Hacienda No. 775, de 6 de diciembre de 1995, Anexo RE-7.

<sup>101</sup> Carta de BIVAC Internacional, de 20 de diciembre de 1995. Anexo RE-8.

<sup>102</sup> Carta del Ministerio de Hacienda de 15 de enero de 1996. Anexo RE-9.

<sup>103</sup> Carta del Ministerio de Hacienda No. 104 de 19 de enero de 1995, Anexo RE-43.

<sup>104</sup> Orden Ejecutiva No. 12311, de 31 de Enero de 1996, Anexo CE-5.

<sup>105</sup> Contrato, Anexo CE-6.

<sup>106</sup> *Ibíd.*

contratante<sup>107</sup>; x) el informe posterior a la terminación elaborado por la Contraloría invocaba la falta de claridad respecto de la parte contratante adecuada<sup>108</sup>; xi) diplomáticos franceses y el Presidente de Francia, Jacques Chirac, intervinieron y actuaron en nombre de BIVAC International, mientras que no hay registro de la participación del Gobierno de los Países Bajos o de sus diplomáticos<sup>109</sup>; xii) por último, un memorándum ministerial francés describe a BIVAC International como la parte contratante<sup>110</sup>.

79. De acuerdo con la Demandada, el hecho de que BIVAC BV podría haber sido la entidad a través de la cual BIVAC International tenía la intención de cumplir sus obligaciones no significa que el Paraguay hubiera concedido a BIVAC BV el derecho a realizar los trabajos de inspección en virtud del Contrato. Dichos derechos, que el Tribunal consideró que constituían una inversión en su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción<sup>111</sup>, fueron otorgados por el Paraguay a BIVAC International, no a BIVAC BV, según consta en el Decreto que autoriza la celebración del Contrato<sup>112</sup>.
80. La Demandada advierte que si bien BIVAC BV podría no haber sido constituida exclusivamente para sacar provecho del TBI entre los Países Bajos y el Paraguay, el hecho de que el TBI entre Francia y el Paraguay no contiene una cláusula paraguas “pudo explicar muy bien la razón por la cual [la] Demandante decidió entablar la demanda de arbitraje en nombre de BIVAC”<sup>113</sup>.
81. Por último, la Demandada cuestiona la declaración del Sr. Bojanovich quien explica que BIVAC, no BIVAC International, es la filial a cargo de los servicios gubernamentales. De acuerdo con la Demandada, al consultar el Informe Anual del Grupo BIVAC 2008<sup>114</sup> queda claro que “la empresa matriz de BIVAC International y

---

<sup>107</sup> Resolución No. 1171 de 3 de Julio de 1996, Anexo CE-51.

<sup>108</sup> Informe posterior a la terminación de la Contraloría, Anexo RE-23, pág. 9.

<sup>109</sup> Carta No. 1062 del Embajador de Francia en Paraguay de 28 de septiembre de 2006, Anexo RE-35; Carta No. 376/AL del embajador francés en Paraguay de 16 de Diciembre de 1999, Anexo RE-22.

<sup>110</sup> Carta No. 1062 del Embajador de Francia en Paraguay de 28 de septiembre de 2006, Anexo RE-35.

<sup>111</sup> La Demandada sigue sin estar de acuerdo con la conclusión del Tribunal en cuanto a que los derechos de derecho público otorgados en virtud del Contrato eran una inversión a la luz del TBI. Véase la Dúplica del Paraguay, párr. 206 y nota al pie 282.

<sup>112</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 206; Decreto No 12311, del 31 de enero de 1996, Anexo CE-5.

<sup>113</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 143

<sup>114</sup> Informe Anual 2008 del Registro (extractos), Anexo RE-36, págs. 243, 245.

BIVAC es el Registro Internacional de Clasificación de Navíos y de Aeronaves Bureau ('Registro'), y no BIVAC S.A." y que "BIVAC International es la oficina central de la 'empresa GSIT', que son las siglas de "Empresa de Servicios del Gobierno y de Comercio Internacional"<sup>115</sup>. Asimismo, la Demandada advierte que "BIVAC no figura como una de las principales subsidiarias del Registro"<sup>116</sup>, así como tampoco figura en ninguna lista exhaustiva de subsidiarias controladas<sup>117</sup>.

#### **4.2.2. La Posición de la Demandante**

82. La Demandante argumenta que BIVAC BV era una parte del Contrato<sup>118</sup>, según consta en: i) la carátula y la primera disposición del Contrato que refieren al Contrato como celebrado "entre el Ministerio de Hacienda del Gobierno de la República del Paraguay y Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV"<sup>119</sup>; ii) la primera disposición del Contrato que también especifica que "Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V" es "una empresa constituida y organizada bajo las leyes de los Países Bajos" y a la que se menciona en el resto del Contrato como "BIVAC"<sup>120</sup>; iii) el hecho que "BIVAC" estaba representada a los efectos del Contrato por el Sr. Gilles Minard y el Sr. Henri Pla<sup>121</sup>, respectivamente el Presidente y Vicepresidente de BIVAC BV, respectivamente<sup>122</sup>. Según la Demandante, la referencia a "BIVAC International" arriba de las firmas de los Sres. Minard y Pla<sup>123</sup> es un "error de escritura" y la única referencia a "BIVAC International" en el Contrato es la dirección donde se deben enviar las notificaciones relativas al Contrato<sup>124</sup> y esto no configura a "BIVAC International" como una parte del Contrato. Por otro lado, la Demandante advierte que solo BIVAC BV puede ser considerada como la parte a la que se refiere el Contrato como el Grupo Bureau Veritas, "al habérsela constituido para ser la sociedad del Grupo que celebraría, ejecutaría y gestionaría todos los contratos de inspección de pre-embarque suscritos

---

<sup>115</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 145.

<sup>116</sup> Memorial de Contestación de BIVAC, párr. 146; Informe Anual 2008 del Registro (extractos), Anexo RE-36, pág. 244.

<sup>117</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 146; Informe Anual 2008 del Registro (extractos), Anexo RE-36, pág. 209.

<sup>118</sup> Memorial de BIVAC, párr. 281(a); Réplica de BIVAC, párr. 157; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 17.

<sup>119</sup> Contrato, Anexo CE-6, Portada y Preámbulo, págs. 1-2.

<sup>120</sup> *Ibid.*, Preámbulo, pág. 2.

<sup>121</sup> *Ibid.*, Preámbulo, pág. 2.

<sup>122</sup> Declaración Testimonial del Sr. Federico Bojanovich, párr. 18.

<sup>123</sup> Contrato, Anexo CE-6, Firmas, pág. 14.

<sup>124</sup> *Ibid.*, Firmas, Artículo 10.1, pág. 13.

con Estados<sup>125</sup>.

83. La Demandante también argumenta que la relación comercial del Paraguay era con BIVAC BV<sup>126</sup> y presenta la siguiente prueba al respecto: i) facturas por los servicios provistos al Ministerio de Hacienda en virtud del Contrato fueron emitidas por BIVAC BV<sup>127</sup>; ii) cartas de BIVAC al Ministerio de Hacienda donde se manifiesta que los pagos realizados en virtud del Contrato se harían a la cuenta bancaria de “Bureau Veritas BIVAC BV”<sup>128</sup>; iii) una garantía bancaria emitida por el Banco Sudameris Paraguay al Ministerio de Hacienda “por orden de la sociedad BUREAU VERITAS, INSPECTION, VALUATION, ASSESSMENT AND CONTROL, BIVAC B.V.” según la Cláusula 5.4 del Contrato<sup>129</sup>; iv) el Decreto que autoriza al Ministro de Hacienda a comunicar a “BIVAC BV” la intención del Gobierno de no extender el Contrato más allá del plazo inicial según la Cláusula 8.2 del Contrato<sup>130</sup>; v) la carta del Ministerio de Hacienda dirigida a “BIVAC BV” mediante la cual se notifica la extinción del Contrato<sup>131</sup>; y vi) la carta del Ministerio de Hacienda dirigida a “BIVAC Paraguay S.A.” que hace referencia tanto a “la deuda del Ministerio de Hacienda con la Empresa BIVAC BV” como a las conversaciones sostenidas con el “Sr. Henri Pla, director de BIVAC BV”<sup>132</sup>.
84. La Demandante sostiene que el hecho de que el decreto inicial por el cual Paraguay autorizó al Ministerio de Hacienda a contratar los servicios de inspección de pre-embarque haga referencia a “BIVAC International (Grupo Bureau Veritas) de Francia” no tiene relevancia<sup>133</sup>, porque la referencia remite a la más visible sociedad controlante de BIVAC y al grupo Bureau Veritas en su conjunto como “punto de partida lógico” para el contacto. Tampoco tiene relevancia, según la Demandante, el hecho de que el “Proceso de Coordinación” de BIVAC Paraguay haya provenido de BIVAC International, porque se trata de un documento confeccionado para el “uso

---

<sup>125</sup> Memorial de BIVAC, párr. 281(a)(v). La Demandante hace referencia al “Acta constitutiva de BIVAC BV” (statutenwijziging) inscrita en el Ente Regulatorio Notarial Real Holandés, 17 de junio de 1999 (con traducción al inglés), (“Each managing director is authorized to represent the company”) Artículo 10(2), Anexo CE-49.

<sup>126</sup> Memorial de BIVAC, párr. 281(b).

<sup>127</sup> Copias de facturas emitidas por BIVAC, Anexo CE-47.

<sup>128</sup> Carta de BIVAC al Ministerio de Hacienda, del 29 de julio de 1996, Anexo CE-46.

<sup>129</sup> Garantía bancaria emitida por el Banco Sudameris Paraguay al Ministerio de Hacienda del Paraguay, del 4 de junio de 1996, Anexo CE-8.

<sup>130</sup> Decreto No 2003, del 19 de febrero de 1999, Anexo CE-48.

<sup>131</sup> Carta del Ministerio de Hacienda a BIVAC B.V., del 24 de febrero de 1999, Anexo CE-18.

<sup>132</sup> Carta del Ministerio de Hacienda a BIVAC Paraguay, del 19 de abril de 2004, Anexo CE-31.

interno de Bureau Veritas” y “no podía tener ningún efecto frente al Gobierno y mucho menos modificar de manera alguna el hecho de que la relación contractual el Gobierno la mantenía con BIVAC BV”<sup>134</sup>.

85. Asimismo, la Demandante sostiene que es equivocado el manifestar que los Certificados de Inspección eran rendidos por “BIVAC International” y explica los diferentes pasos del proceso en el que se realizan las inspecciones<sup>135</sup>. Primero, los importadores presentaban una “Solicitud de Inspección Pre-embarque” ante una de las oficinas de enlace de BIVAC en el Paraguay<sup>136</sup>. Estos documentos luego eran enviados por la oficina central de enlace de BIVAC en Asunción al Centro de Relaciones con los Exportadores (CRE) de BIVAC correspondiente al país de exportación y a la oficina central de BIVAC en Rotterdam. El CRE del país de exportación designaba a un inspector para realizar la inspección física y presentar sus conclusiones al CRE<sup>137</sup>. El CRE luego enviaba al exportador un Certificado de Inspección provisorio (con el membrete de “BIVAC International”), que se enviaba de forma interna a BIVAC Paraguay. BIVAC Paraguay luego verificaba la información contenida en el certificado y emitía un Certificado de Inspección definitivo a los importadores y a las autoridades paraguayas<sup>138</sup>. Por ello, la Demandante argumenta que la empresa responsable por el Certificado de Inspección era BIVAC Paraguay, la oficina de enlace de BIVAC BV en el Paraguay.

86. Por último, la Demandante advierte que los derechos de los inversores neerlandeses a someter diferencias al arbitraje al amparo del Tratado no están sujetos a la condición de que su gobierno brinde asistencia en la resolución de la diferencia. Por ello, resulta poco relevante el hecho alegado por la Demandada de que “[n]o existe ningún registro de ninguna participación de parte del Gobierno holandés o de sus diplomáticos”<sup>139</sup>.

87. La Demandante también señala que a pesar de la invitación hecha por el Tribunal en su

---

<sup>133</sup> Decreto No. 12311, del 31 de enero de 1996, Anexo CE-5, Artículo 1.

<sup>134</sup> Confrontar ambos puntos con el Memorial de BIVAC, párr. 282.

<sup>135</sup> Memorial de BIVAC, párrs. 37-42 y 283; y Resolución No. 1171 (que regula el proceso operativo para las inspecciones pre-embarque de las importaciones), del 3 de julio de 1996, Anexo CE-51, Artículo 12.

<sup>136</sup> Ejemplos de Solicitudes de Inspección, Anexo CE-59 (en español).

<sup>137</sup> Resolución No. 1171, del 3 de julio de 1996, Anexo CE-51, Artículo 12.

<sup>138</sup> Ejemplos de copias de Certificados de Inspección, Anexo CE-62.

<sup>139</sup> Memorial de Contestación del Paraguay párr. 148



Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción a que el Paraguay presentare pruebas adicionales para establecer que BIVAC carece de legitimación, el Paraguay no presentó dichas pruebas en su Memorial de Contestación<sup>140</sup>.

88. Por los motivos expuestos, la Demandante sostiene que el argumento sobre la legitimidad procesal del Paraguay debe rechazarse.

#### ***4.2.3. El Razonamiento y la Decisión del Tribunal***

89. En la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, el Tribunal decidió acumular al fondo de la diferencia la cuestión de la legitimación procesal de BIVAC para presentar su reclamación a los efectos de otorgar a las Partes la oportunidad de presentar los argumentos porque fue planteada tardíamente por la Demandada, alrededor de tres semanas después de la audiencia de jurisdicción<sup>141</sup>.

90. A los efectos de orientar y facilitar los argumentos de las Partes, el Tribunal ya había expresado su percepción sobre los hechos y el derecho basándose en las pruebas disponibles presentadas antes de emitir la Decisión. Se incluye el pasaje relevante por conveniencia<sup>142</sup>:

“(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

<sup>140</sup> Réplica de BIVAC, párr. 155; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 17.

<sup>141</sup> Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 50-53

<sup>142</sup> *Ibid.* para 53.

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*), 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 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”.

91. La prueba que se presentó al Tribunal desde que dictó la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción no arrojó luz adicional sobre la cuestión.
  
92. No se ha cuestionado la afirmación de que el Grupo BIVAC opera en varios países, como Francia y los Países Bajos, ni que la compañía francesa (BIVAC S.A.) es la sede y la compañía matriz. El hecho de que el Presidente francés haya intervenido en favor del grupo no significa que la Demandante sea francesa, ni que la no intervención de las autoridades políticas neerlandesas se deba interpretar como que no sea neerlandesa. La intervención o no intervención indica una diferencia en la cultura política de los diversos países, pero no determina la realidad legal de los diferentes miembros dentro del grupo de empresa.
  
93. La filial neerlandesa de BIVAC se fundó en 1984, como una BV, y cumple los requisitos de ser una persona jurídica que tiene como nacionalidad la de los Países Bajos, en la aceptación del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. El hecho de que se haya constituido en 1984 demuestra claramente que no se creó con el objetivo de aprovechar de un TBI favorable entre los Países Bajos y el Paraguay sólo luego de que haya surgido la diferencia. A la fecha de celebración del Contrato, el Sr. Gilles Minard era el Director Ejecutivo de BIVAC B.V. (cargo que aparentemente ejercía de manera conjunta con el de Presidente de BIVAC International). En ese contexto, el Tribunal trae a colación la opinión de un jurista:

“Un inversor potencial puede estructurar su inversión a través de una empresa radicada en un país que tiene un tratado de inversión con el estado anfitrión donde se realizará la inversión. En este ejemplo se ilustra la forma en que un tratado de inversión cumple su objetivo expreso, es decir, atraer capitales extranjeros. No obstante, no puede haber una restructuración de la inversión a los efectos de apelar a las disposiciones de resolución de

diferencias del tratado de inversión una vez que surge una diferencia. La búsqueda del tratado más favorable (*Treaty shopping*) es una opción aceptable, pero la búsqueda del foro más favorable, no”<sup>143</sup> (Traducción del Tribunal).

94. El hecho de que grupos internacionales de empresas utilicen diferentes estrategias y construcciones legales no puede por sí mismo ser considerado inapropiado o ilegítimo, y no puede dar lugar a sospechas justificadas de que existen objetivos ocultos detrás de la estrategia para litigios futuros, como alega la Demandada<sup>144</sup>.
95. La prueba establece que el Decreto Presidencial del Paraguay No. 12311 del 31 de enero de 1996 autorizaba al Ministerio de Hacienda a celebrar contratos con SGS y BIVAC y hacía referencia específica a BIVAC Internacional (Grupo Bureau Veritas) de Francia. No se cuestiona que el Contrato menciona en su portada a BIVAC BV y declara en su primer artículo que el Contrato se celebra entre el Ministerio de Hacienda y BIVAC BV, una “empresa constituida y organizada bajo las leyes de Holanda” y determina que esta empresa “en adelante se le denominará ‘BIVAC’”, y se refiere en el mismo artículo al Decreto Presidencial y a “BIVAC International (Grupo Bureau Veritas) de Francia”. Lo que se cuestiona es si el Contrato fue suscrito en nombre de BIVAC International o de BIVAC BV. Los documentos relativos no tienen carácter dispositivo. Las firmas estampadas en el Contrato aparecen bajo la leyenda “BIVAC International” y la dirección postal a la que se hace referencia es la de BIVAC International de Francia. Por otro lado, el registro comercial de Rotterdam identifica a uno de los firmantes, el Sr. Gilles Minard, como director ejecutivo de BIVAC BV y la escritura notarial del 29 de abril de 1996, establecida en Asunción y adjunta al Contrato, certifica un poder a favor del Sr. Henri Pla para actuar y firmar en nombre de BIVAC BV. No se niega la existencia ni la legalidad de estos documentos.
96. Como lo manifiestan las Partes, la documentación no permite al Tribunal determinar con un grado de certidumbre suficiente cuál de las dos entidades es la parte contratante. El Tribunal requiere hacer un análisis más profundo para determinar la identidad de la parte interesada. El Tribunal debe atender a las circunstancias y la conducta efectiva de las Partes durante la ejecución del Contrato. Dicha conducta

---

<sup>143</sup> Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, párr. 542.

<sup>144</sup> Confrontar párr. 77 supra.

queda de manifiesto, entre otros, en los siguientes hechos: la fianza inicial se otorgó en nombre de BIVAC B.V.; 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.; la rescisión del Contrato fue notificada a BIVAC B.V., y en el curso del presente procedimiento el Paraguay no invocó la cuestión de la 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, respecto de la constitución del Tribunal de Arbitraje, el Paraguay rechazó 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)<sup>145</sup>.

97. Los hechos llevaron al Tribunal a la conclusión de que desde la extinción del Contrato hasta la carta enviada por la Demandada el 5 de diciembre de 2008, cuestionando la legitimación de la Demandante por primera vez, ambas Partes habían actuado con total conocimiento del hecho de que ambas entidades existían<sup>146</sup>. En lo que respecta a la Demandada, este conocimiento era del dominio público y no reservado a un Ministerio. En vista de este conocimiento y de la conducta de las Partes a lo largo de su relación contractual, como surge de la documentación, el Tribunal afirma que tanto BIVAC como el Paraguay consideraron-al menos en forma implícita - que BIVAC BV era la parte contratante.
98. Estos hechos y argumentos eliminan la ambigüedad que surge de los documentos contractuales a tal punto que permiten al Tribunal declarar que la Demandante es la parte interesada. Por ello, el Tribunal concluye que la Demandante cuenta con legitimación procesal para presentar la reclamación y no existen otros impedimentos para hacerlo.

---

<sup>145</sup> Carta de la Procuraduría General del Paraguay, del 4 de diciembre de 2007, CIADI, Expediente de Solicitud y Registro.

<sup>146</sup> Carta de la Demandada al Tribunal, del 5 de diciembre de 2008.

### 4.3. La Supuesta Violación de la Cláusula del Trato Justo y Equitativo y sus Consecuencias

99. El Artículo 3(1) del TBI reza:

“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”.

100. En su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, el Tribunal concluyó que tenía competencia en relación con la reclamación presentada al amparo del Artículo 3(1) del TBI y que la reclamación era admisible. El Tribunal hizo una serie de observaciones, las cuales se incluyen por conveniencia:

“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* (...) 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’.

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”.

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 inadmisibile en virtud del foro elegido para la resolución de una diferencia en el marco del Contrato” [...] <sup>147</sup>.

#### **4.3.1. La Posición de la Demandante**

101. La Demandante sostiene que el Paraguay violó el Artículo 3(1) del Tratado. Alega que el estándar de la obligación de conceder un trato justo y equitativo es exigente (4.3.1.1) y que el Paraguay no cumplió con su obligación de garantizar un trato justo y equitativo a la inversión de BIVAC por su arbitrariedad, falta de transparencia y debido proceso, negligencia e incoherencia, mala fe, repudio de la deuda y falta de respeto de las expectativas legítimas (4.3.1.2). Insiste en que la conducta del Paraguay fue injusta e inequitativa porque abusó de su poder gubernamental, o ‘*puissance publique*’ (4.3.1.3). También aduce que el Paraguay perjudicó la inversión de BIVAC con medidas irrazonables (4.3.1.4). Por otro lado, la Demandante cuestiona la afirmación del Paraguay respecto de que BIVAC debe recurrir ante los tribunales paraguayos (4.3.1.5). Por último, la Demandante sostiene que el Paraguay violó el Artículo 3(1) causándole pérdidas a BIVAC (4.3.1.6) y que el Paraguay debe, en consecuencia, una indemnización integral a BIVAC (4.3.1.7) <sup>148</sup>.

##### 4.3.1.1. El Estándar de Trato Justo y Equitativo contenido en el Tratado

102. La Demandante afirma que el estándar aplicable a la obligación de conferir un trato justo y equitativo (“TJE”) es exigente y flexible, y permite ofrecer una protección crucial a los inversores ante una variedad de situaciones en las que la conducta del Estado puede considerarse injusta e inequitativa en el contexto de las relaciones de

---

<sup>147</sup> Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrs. 125 y 127

<sup>148</sup> Memorial de BIVAC, párrs. 160-257; Réplica de BIVAC, párrs. 61-153; y Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 18-138.

inversión<sup>149</sup>. Señala que "la importancia fundamental" del estándar TJE está reconocida directamente en el Tratado entre los Países Bajos y el Paraguay, ya que incluso en el preámbulo se hace referencia al TJE, en tanto dispone:

“[...] 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 [...]”<sup>150</sup>

103. Según la Demandante, el Tratado establece un "estándar independiente y autónomo"<sup>151</sup> que permite que los tribunales de arbitraje evalúen con amplitud la justicia o injusticia de las acciones del Estado en un caso particular a la luz de las circunstancias.
104. La Demandante sostiene que los términos “justo” y “equitativo” deben entenderse por su sentido corriente<sup>152</sup> y que deben determinarse según estándares ordinarios y no por aplicación de algún criterio mínimo específico<sup>153</sup>. Por ello, la Demandante afirma que el estándar de trato justo y equitativo impone un estándar de conducta en el Estado receptor que "va más allá del estándar mínimo internacional"<sup>154</sup>, sin requerir que los actos pudieran considerarse "indignantes" o "atroces"<sup>155</sup> o que el Estado hay actuado de mala fe o con intención dolosa<sup>156</sup>. La Demandante opina que el estándar de trato justo y equitativo debe ser interpretado en relación con el objetivo del TBI en cuestión y requiere que los estados receptores se conduzcan de manera proactiva en la protección de las inversiones y no actúen de forma inapropiada o deshonrosa para desalentar a los

---

<sup>149</sup> Memorial de BIVAC, párrs. 162-178; Réplica de BIVAC, párrs. 79-86; sobre la cuestión de la flexibilidad, la Demandante hace referencia a las siguientes autoridades: P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 1999, (CL-108), pág. 625; R. Dolzer, “*Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*” (2005) 39 *The International Lawyer* 87, (CL-113), pág. 90; C.H. Brower, “*Investor-State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back*” (2001) 40 *Columbia Journal of Transnational Law* 43, (CL-110), pág. 54; S. Vasciannie, “*The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*” (1999) 70 *British Year Book of International Law* 99, (CL-109), pág. 163.

<sup>150</sup> Tratado, Anexo CE-66, Preámbulo [énfasis de la Demandante.]

<sup>151</sup> Réplica de BIVAC, párr. 83.

<sup>152</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31, (Autoridad Legal CL 72); Memorial de BIVAC, párr. 167; Réplica de BIVAC, párr. 80.

<sup>153</sup> Memorial de BIVAC, párr. 168.

<sup>154</sup> F.A. Mann, “*British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*” (1981) 52 *British Year Book of International Law* 241, (CL-104), pág. 244; Memorial de BIVAC, párr. 169.

<sup>155</sup> *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá* (CNUDMI), Laudo sobre el Fondo de la Etapa 2, 10 de abril 2001, párrs. 111 y 118; [en adelante *Pope & Talbot c. Canadá*] y *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2), Laudo Final, 11 de octubre de 2002, párrs. 116 y 127 [en adelante *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*]; Memorial de BIVAC, párrs. 170-172.

<sup>156</sup> *Azurix Corp. c. República Argentina* (Caso CIADI No ARB/01/12), Laudo, 14 de julio de 2006, párr. 372 [en adelante *Azurix c. Argentina*]. Véase también, por ejemplo, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8), Laudo, 12 de mayo de 2005, párr. 280 [en adelante *CMS c. Argentina*]; *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador* (LCIA), Laudo Final, 1 de julio de 2004, párrs. 183 y 186 [en adelante *Occidental v. Ecuador*]; *BG Group Plc. c. República Argentina* (CNUDMI), Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, párr. 301 [en adelante *BG Group c. Argentina*]. Según la Demandante, si bien no es necesario que medie mala fe para que se determine la violación del estándar de trato justo y equitativo, la obligación de actuar de buena fe constituye uno de los deberes que le corresponden al Estado en virtud del estándar de trato justo y equitativo: Memorial de BIVAC, párrs. 173-174.



inversores extranjeros<sup>157</sup>. El estándar de trato justo y equitativo “permite que se haga justicia ante la inexistencia de violaciones más tradicionales de los estándares del derecho internacional”<sup>158</sup>.

105. La Demandante aduce que la obligación de conferir un trato justo y equitativo consagrada en el Artículo 3(1) del Tratado no incorpora solamente un "estándar internacional mínimo" en virtud del derecho consuetudinario internacional, como explica el Paraguay. No sólo el Artículo 3(1) omite hacer referencia al derecho consuetudinario internacional o a un estándar mínimo internacional de trato, sino que el Paraguay no citó un solo laudo para fundamentar esta interpretación<sup>159</sup>. Al contrario de lo que argumenta el Paraguay, los criterios de interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN (CLC)<sup>160</sup>, que vinculan expresamente el “trato justo y equitativo” al nivel del derecho consuetudinario, no se aplican a la interpretación de otros TBI<sup>161</sup>. La diferencia en la redacción de la declaración de la CLC y del Artículo 3(1) del TBI entre los Países Bajos y el Paraguay "destaca la elección de los Países Bajos y [el] Paraguay de establecer el estándar de tratamiento justo y equitativo como estándar independiente y autónomo consagrado en un tratado, no reducible al nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario”<sup>162</sup>.

106. Por último, la Demandante señala que el Paraguay parece fundamentar sus

---

<sup>157</sup> *MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), Laudo, 25 de mayo de 2004, párr. 113 [en adelante, *MTD v. Chile*]; *Saluka Investments BV c. República Checa* (CNUDMI), Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párr. 309 [en adelante, *Saluka c. República Checa*]; *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. México* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), Laudo, 29 de mayo de 2003, párrs. 155 y 156 [en adelante, *TECMED c. México*]; Memorial de BIVAC, párrs. 174-177.

<sup>158</sup> *PSEG Global Inc., The North American Coal Corp., y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/02/5), Laudo (19 de enero de 2007), párr. 239 [en adelante, *PSEG c. Turquía*]; véase también *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16), Laudo (28 de septiembre de 2007), párr. 300 [en adelante, *Sempra c. Argentina*]; Memorial de BIVAC, párrs. 177-178.

<sup>159</sup> Réplica de BIVAC, párrs. 80-81.

<sup>160</sup> Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas de interpretación de ciertas disposiciones del capítulo 11, 31 de julio de 2001, Anexo RL-26.

<sup>161</sup> La Demandante sostiene que esto está ampliamente aceptado: véase, por ejemplo, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/19), Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párrs. 184-186 [en adelante *Suez c. Argentina I*], donde el Tribunal, al comparar la cláusula de "trato justo y equitativo" del TBI con la cláusula del estándar mínimo de trato del TLCAN, sostuvo que “naturalmente [quedaban] obligados por el texto específico de cada uno de los TBI aplicables” y toda vez que dichos BIT no remitían al nivel mínimo, los tribunales debían “rechazar el argumento de que el estándar de trato justo y equitativo tal como estaba consagrado en el TBI [...] quedara limitado implícitamente por el nivel internacional mínimo”. Véase también *AWG Group c. República Argentina* (CNUDMI), Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párrs. 184-186 [en adelante *AWG c. Argentina*]; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párrs. 176-179 [en adelante *Suez c. Argentina II*]; y *Saluka c. República Checa* párr. 294; Réplica de BIVAC, párrs. 82-85.

<sup>162</sup> Réplica de BIVAC, párr. 84. Véase también Naciones Unidas, *Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Issues in International Investment Agreements* (1999) (Autoridad Legal CL-123), pág. 40; *PSEG c. Turquía* párr. 239.

presentaciones en el caso *Neer*<sup>163</sup>, aunque en la actualidad la decisión del caso “*Neer* es rechazada casi universalmente en cuanto a ser expresión del nivel actual mínimo del estándar internacional de tratamiento de los inversores extranjeros”<sup>164</sup>.

#### 4.3.1.2. La Violación del Estándar de Trato Justo y Equitativo

107. La Demandante afirma que la conducta del Paraguay, vista en su conjunto y no limitada a la falta de pago de la deuda, constituye un trato injusto e inequitativo. Resume los hechos y enumera una ráfaga de acciones gubernamentales que, en su opinión, ilustran lo que describe como una "historia rocambolesca de contradicciones, comportamiento arbitrario y falta de transparencia"<sup>165</sup>. Las acciones a las que se refiere la Demandante se incluyen a continuación:

- Para mediados de 1997 y juntamente con las crecientes críticas al Gobierno y la áspera campaña electoral contra el Presidente Wasmosy, cambiaron las prioridades del Gobierno y comenzaron a atrasarse los pagos correspondientes por el Contrato;
- Sin ningún tipo de notificación a BIVAC, el nuevo Gobierno del Presidente Raúl Cubas que asumió el poder en agosto de 1998 y el Ministro de Hacienda Gerhard Doll impulsaron una serie de indagaciones sobre la forma en la que el régimen anterior había celebrado el Contrato;
- A partir de ese momento se retuvieron por completo los pagos por los servicios prestados en virtud del Contrato;
- En respuesta a los pedidos de pago efectuados por BIVAC, el 21 de enero de 1999 el Ministro Doll impugnó todas las facturas fundándose en incumplimientos no especificados del Contrato;
- En las reuniones que siguieron, el Ministro de Hacienda no explicó cómo o cuándo BIVAC había incumplido las obligaciones que le imponía el Contrato;
- En total contradicción, a principios de marzo de 1999 se pagaron una serie de facturas del año 1997. Éste fue el último pago que recibió BIVAC;
- El 19 de febrero de 1999 se dictó el Decreto Presidencial No. 2003 por el cual se autorizó al Ministerio de Hacienda a no renovar el Contrato al concluir su plazo de vigencia inicial;
- En junio de 1999, el nuevo Ministro de Hacienda Federico Zayas reconoció la

<sup>163</sup> *USA (LF Neer) c. Estados Unidos Mexicanos*, (1926) RIAA 4, (RL-27).[en adelante, *Neer c. Mexico*]

<sup>164</sup> Réplica de BIVAC, párr. 87; Véase también J Paulsson y G Petrochilos, “*Neer-ly Mised?*” (2007) ICSID Review: Foreign Investment Law Journal 242-257, (CL-125); *Mondev c. Estados Unidos de América*; *Azurix c. Argentina*; *MTD c. Chile*; *Saluka c. República Checa*; *Tecmed c. México*.

<sup>165</sup> Memorial de BIVAC, párr. 188.

obligación del Estado de saldarle la deuda a BIVAC;

- El 6 de agosto de 1999, el Ministerio de Hacienda recopiló un listado de diecinueve facturas pendientes que se le adeudaban a BIVAC;
- Inmediatamente después de la terminación del Contrato, el 14 de junio de 1999 el Ministro Zayas respondió al pedido de pago de BIVAC con su propuesta de una quita del 50% sobre el monto de la deuda pendiente;
- Tras las reuniones mantenidas en julio de 1999 el Ministro Zayas planteó una propuesta distinta: cancelar la deuda de BIVAC con bonos del Gobierno;
- A pesar de todo esto, el 2 de diciembre de 1999 el Ministro Zayas indicó que la deuda no podía saldarse hasta tanto la Contraloría hubiera concluido su “Examen Especial”, iniciado un año antes y el cual nunca había sido notificado a BIVAC;
- El 13 de diciembre de 1999, el Ministro Zayas le escribió a BIVAC y adujo un nuevo motivo para no pagar: que la deuda no podía cancelarse hasta que el Congreso Nacional no aprobara una ley por la cual se autorizara el pago;
- Luego se filtró a la prensa el contenido de la correspondencia intercambiada entre BIVAC y el Ministerio;
- En junio de 2000, la Abogacía del Tesoro del Ministerio de Hacienda concluyó una revisión y determinó que no se había demostrado que los Certificados de Inspección de Pre-Embarque emitidos por BIVAC presentaran irregularidades;
- De todas maneras el Ministerio de Hacienda recomendó que la Dirección General de Aduanas auditará la ejecución del Contrato por parte de BIVAC;
- En septiembre de 2000, el Ministro Zayas declaró ante la prensa que la deuda pendiente con BIVAC y SGS la había contraído inválidamente el Gobierno de Wasmosy;
- El 12 de febrero de 2001, la Abogacía del Tesoro del Ministerio de Hacienda confeccionó un dictamen interno para el nuevo Ministro Oviedo Brítez donde se señalaba que la deuda era legítima y que correspondía proceder al pago luego de la investigación de la Contraloría;
- Al día siguiente, el nuevo Ministro Oviedo Brítez le escribió a BIVAC y le señaló que correspondía pagar la deuda y que se aceleraría la investigación;
- Tras reuniones mantenidas con los representantes de BIVAC, el Ministro Oviedo Brítez aceptó efectuar un pago parcial en el año fiscal 2001, por un monto de aproximadamente US\$5,4 millones, y saldar el resto de la deuda en 2002;
- Poco tiempo después, el Ministerio se aprestaba a incorporar el monto de la deuda en el presupuesto del Estado;
- En total contradicción con ello, el 31 de julio de 2001 el Ministro Oviedo Brítez anunció a la prensa que no pagaría, ya que un informe de la Contraloría había puesto en duda la legalidad de la deuda; añadió a su objeción que la cuestión “se [refiere a ] un contrato efectuado por gobiernos anteriores”;

- El informe de la Contraloría se había emitido el 25 de julio de 2001 pero no se le había notificado a BIVAC. El informe concluía que BIVAC no había cumplido con varias disposiciones del Contrato;
- Fue únicamente a pedido de BIVAC que el Ministerio envió el informe “final” de la Contraloría de fecha julio de 2001, junto con otros dos informes de los que BIVAC no tenía conocimiento: un informe “final” fechado en febrero de 1999, seguido por otro informe del año 2000;
- Los tres informes concluían, por razones distintas, contradictorias y en extremo formalistas, que de alguna manera el Contrato era inválido o que BIVAC no había cumplido con lo allí dispuesto;
- El 17 de agosto de 2001, la Abogacía del Tesoro del Ministerio de Hacienda advirtió al Ministro de Hacienda las contradicciones entre los informes de la Contraloría y que se había confirmado la validez del Contrato;
- A pesar de la respuesta a los informes por parte de BIVAC y de la opinión de la Abogacía, poco tiempo después BIVAC se enteró de que, lejos de estar llegando a su fin, las investigaciones en torno de la validez y ejecución del Contrato estaban llegando a la justicia penal;
- En mayo de 2002, el recién designado Ministro Spalding decidió reabrir las indagaciones de la Contraloría;
- A la vez que las investigaciones de la Contraloría se iniciaban una vez más de cero, BIVAC se enteró de que la Dirección General de Aduanas estaba llevando adelante investigaciones paralelas que se habían iniciado cuatro años antes;
- En junio de 2002, la Dirección General de Aduanas emitió un certificado en el que confirmaba que no había recibido denuncias referentes a la ejecución del Contrato;
- En julio de 2002, la Dirección General de Aduanas emitió la Resolución 113, por la cual ponía fin a las investigaciones con carácter definitivo;
- El 4 de octubre de 2002, la Contraloría emitió su informe “final” (tercer informe final, si tomamos en consideración los dos informes finales previos de febrero de 1999 y julio de 2001), en el que reivindicaba plenamente la postura de BIVAC. A pesar de esto, no se produjo el pago;
- El 27 de noviembre de 2002, el Ministro le escribió a BIVAC para confirmarle que pronto se formaría un grupo de trabajo con el Ministerio de Hacienda “para estudiar en forma conjunta el mejor curso de acción a seguir para atender el reclamo de vuestra empresa”;
- En diciembre de 2002, el Ministerio Público concluyó que el proceso penal en trámite contra los representantes de BIVAC era infundado;
- El 30 de diciembre de 2002, un juez penal adhirió a las conclusiones del Ministerio Público y desestimó la denuncia contra los representantes de BIVAC;
- En clara contradicción con todo esto, en enero de 2003 el recientemente designado ministro Alcides Jiménez inició otra nueva investigación en torno al Contrato;

- El 28 de enero de 2003, en un informe del Ministerio de dos páginas de extensión se concluyó que los contratos habían “perjudica[do] notoriamente al Estado” y que los auditores habían arribado a una “opinión negativa sobre la implementación de este sistema [de inspección]”. El Ministro Alcides Jiménez no hizo nada más durante su gestión;
- En agosto de 2003, el recién elegido presidente Duarte Frutos nombró a un nuevo Ministro de Hacienda, Dionisio Borda. Dos meses después, el 1 de octubre de 2003, BIVAC descubrió que el Ministro Borda estaba cuestionando la legitimidad de la deuda pendiente con BIVAC ante la prensa;
- En clara contradicción, cuando los representantes de BIVAC se reunieron con el Viceministro de Administración Financiera Miguel Gómez el 8 de octubre de 2003, se les aseguró que el nuevo gobierno cumpliría las obligaciones pendientes del Estado paraguayo para con BIVAC;
- En reuniones posteriores mantenidas con representantes de BIVAC en noviembre de 2003, el Viceministro confirmó que el Ministerio estaba considerando las modalidades de pago de la deuda;
- Tras algunas reuniones celebradas en marzo de 2004, el 19 de abril de 2004 el Viceministro de Administración Financiera le escribió a BIVAC para comunicarle que el Ministerio deseaba “honrar las deudas que el Estado Paraguayo tiene con sus diferentes acreedores, entre los cuales se encuentra [BIVAC]” y que se estaba completando un estudio para determinar un calendario de pagos;
- En directa contradicción, en junio de 2004 el Ministerio de Hacienda dictó la Resolución No. 274, mediante la cual iniciaba otra nueva investigación sobre el Contrato, advirtiéndole que el Ministerio “aun no ha determinado si existió o no incumplimiento de contrato por parte de los contratistas, BIVAC y SGS”, y conformó una “Comisión para el Estudio y Negociación de la deuda pendiente con las empresas BIVAC y SGS”;
- La Comisión no había emitido informe alguno cuando venció el plazo el 3 de septiembre de 2004;
- El 25 de febrero de 2005, la Comisión que se había creado mediante la Resolución No. 274 concluyó que no tenía competencia para resolver la cuestión;
- El 3 de febrero de 2005, el Ministerio de Hacienda dictó la Resolución No. 43, por la cual invalidaba la Resolución No. 274 y designaba a la Dirección Nacional de Aduanas como órgano a cargo de determinar “la procedencia o no del pago de la deuda por los servicios de verificación contratados con las empresas BIVAC y SGS”;
- La Dirección Nacional de Aduanas emitió sus conclusiones el 30 de marzo de 2005; entendió que la ejecución del Contrato por parte de BIVAC había sido objeto de investigación en varias oportunidades, concluyó que BIVAC había cumplido íntegramente el Contrato y que, por consiguiente, no quedaba nada más por investigar, y manifestó categóricamente que “lo que se pretende investigar ya es cosa

juzgada”;

- Sin embargo, el Ministro de Hacienda no le informó a BIVAC que la investigación había finalizado ni le entregó una copia de las conclusiones a las que arribó la Dirección Nacional de Aduanas, a pesar del pedido efectuado por la empresa después de que la prensa informara acerca de las conclusiones. Continuaba la falta de pago por parte de Paraguay;
- En mayo de 2005, el Ministro Borda increíblemente emitió un comunicado de prensa en el que manifestó que había iniciado una nueva investigación respecto de la deuda pendiente con BIVAC. El Ministro Bergen reemplazó a Borda a fin de ese mes;
- Entre agosto y noviembre de 2005, funcionarios del Ministerio de Hacienda explicaron en diversas oportunidades, incluso a la prensa, que el nuevo equipo formado en el ámbito del Ministerio de Hacienda no se había constituido sino recientemente y que le resultaría necesario comprender y analizar la compleja cuestión del pago de la deuda a BIVAC;
- La prensa anunció que en el presupuesto del Estado se habían provisto los fondos necesarios para saldarle la deuda a BIVAC y en abril de 2006 tuvieron lugar algunas reuniones destinadas a discutir el pago de la deuda;
- Sin embargo, en su viaje a Francia en mayo de 2006, el Presidente Duarte declaró ante la prensa que el Gobierno no “pagará ninguna cuenta que no esté clara” y que el caso de BIVAC sería sometido a otro examen más por la Contraloría y el Congreso paraguayo;
- Mediante el Decreto 10485 del 22 de junio de 2007, y tal como si en más de ocho años no hubiera ocurrido nada, el Presidente Duarte Frutos ordenó otro examen más del Contrato y la deuda pendiente”<sup>166</sup>.

108. La Demandante argumenta que el Paraguay no niega esos actos y no presentó ni un solo documento que justifique su conducta. Según la Demandante, “[n]o hay ningún elemento probatorio que justifique que durante una década el Gobierno no haya procedido al pago, y mucho menos que justifique una falta de pago acompañada por la conducta atroz de funcionarios paraguayos que relató BIVAC. Por el contrario, los documentos demuestran una conducta injusta e inequitativa<sup>167</sup>:

- Paraguay hace referencia a “*los primeros estudios e informes internos comisionados a fin de evaluar la situación de las facturas pendientes de pago datan de principios de 1997, no de 1998*”, no obstante lo cual cita el informe del Director General de la

---

<sup>166</sup> Memorial de BIVAC, párr. 187; véase también el Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 29-55; láminas del Alegato de Apertura de BIVAC durante la audiencia sobre el fondo, 5 de julio de 2011, láminas 11-49.

<sup>167</sup> Réplica de BIVAC, párrs. 98-100 [las citas son del documento original, pero se cambió la numeración para adaptarlas a la presente Decisión].

Dirección Nacional de Aduanas<sup>168</sup>, informe que expresa que el Contrato era “*absolutamente válido*” y que el motivo de la falta de pago radicaba en que el Ministerio de Hacienda no había previsto las asignaciones presupuestarias como correspondía.

- Paraguay hace referencia a que “*los pagos en base al Contrato ya comenzaron a ser retenidos en 1996*”, no obstante lo cual cita la nota enviada por BIVAC al Ministro Maidana en marzo de 1997<sup>169</sup>, que documenta el acuerdo del Ministro Maidana de pagar las facturas impagas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1996, junto con US\$1,8 millones (por las facturas correspondientes a los meses de enero a junio de 1997) a más tardar el 1 de julio de 1997. Sin embargo, el Ministro Maidana no realizó los pagos acordados.
- Paraguay afirma que “*reiteró en reuniones y en correspondencias sus inquietudes acerca del cumplimiento*”, no obstante lo cual cita el Informe de la Dirección Nacional de Aduanas de marzo de 2005 (que, basado en “*la documentación*” afirma inequívocamente que el Contrato era vinculante y que su cumplimiento por parte de BIVAC era válido) y el telegrama del Ministro Doll, de enero de 1999 (que se refería más a la demora que al cumplimiento por parte de BIVAC<sup>170</sup>.)
- Paraguay manifiesta que el “*Ministro Zayas no reconoció la deuda*”, no obstante lo cual cita el telegrama enviado por el Ministro Doll en enero, telegrama que no puede hablar por el Ministro Zayas, quien asumió su cargo en marzo de 1999 y que, en junio de ese año reconoció: “*a partir de esta fecha, cesarían las obligaciones emergentes para ambas partes relacionadas al Contrato [...] salvo los derechos y acciones ya adquiridos*”<sup>171</sup>.
- Paraguay señala que “*el informe de junio de 2000 no absuelve a BIVAC de actos ilícitos*”, no obstante lo cual, tras haber citado el informe emitido en junio de 2000 por la Abogacía del Tesoro del Ministerio de Hacienda<sup>172</sup>, en la oración siguiente reconoce que dicho documento representa la “*decisión [...] por parte del Ministerio que desestima los reclamos [...] con respecto a los certificados de BIVAC*”. Como se señala en la viñeta siguiente, la Abogacía del Tesoro exoneró a BIVAC de actos ilícitos.
- Paraguay alega que “*el informe del 12 de febrero de 2001 no concluye que la deuda*

---

<sup>168</sup> Informe de Aduanas en relación a los contratos suscritos con SGS y Bureau Veritas, sin fecha, Anexo RE-16, pág. 4, sección 5 *in fine*.

<sup>169</sup> Carta de Carlos Salazar y Roberto Markus, 31 de marzo de 1997, Anexo RE-15. Paraguay sencillamente confirma el *modus vivendi* establecido durante 1996-1998 respecto del pago de las facturas de BIVAC: el pago era rutinariamente irregular; se pagaba con demora de unos meses. Ver, Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, pág. 93, pág. 77/78. Declaración de Bojanovich, párrs. 27-29.

<sup>170</sup> Informe No. 377 de la Dirección Nacional de Aduanas, 30 de marzo de 2005, Anexo CE-35; Telegrama Colacionado del Ministerio de Hacienda a BIVAC BV, 20 de enero de 1999, Anexo CE-70.

<sup>171</sup> Nota del Ministerio de Hacienda a BIVAC Paraguay SA, 7 de junio de 1999, Anexo CE-19.

<sup>172</sup> Conclusión J.I. No. 13/2000 de la Abogacía del Tesoro del Ministerio de Hacienda, 29 de junio de 2000, Anexo CE-88.

*era pagadera” –aunque en ese informe la Abogacía del Tesoro del Ministerio de Hacienda “enfaticz[ó] que el Estado Paraguayo jamás negó la validez del contrato, ya que, inclusive el mismo ha venido ejecutándose por ambas partes. Es decir, los trabajos contratados se prestaban y los pagos se efectuaban [...] no se pone en duda la existencia ni validez del contrato porque el mismo venía cumpliéndose normalmente si se quiere, por ambas partes”<sup>173</sup>.*

- Paraguay dice que “*la carta del 13 de febrero de 2001 por parte del Ministro Oviedo Brítez no reconocía que la deuda era legítima y pagadera*”, aunque en esa carta dirigida a BIVAC, el ministro Brítez se comprometió a “*tramita[r] con la mayor premura posible ante el Congreso Nacional, la ampliación presupuestaria necesaria para el financiamiento y pago de la obligación pendiente a cargo del Estado por los servicios prestados*”<sup>174</sup>.
- Paraguay manifiesta que “*el informe del 30 de marzo de 2005 [...] no absuelve a BIVAC de un acto ilícito. El mismo meramente incorpora otros informes [...] que declaró (sic) a BIVAC en incumplimiento sustancial de ciertas disposiciones contractuales*”, sin embargo cita el Informe de la Dirección Nacional de Aduanas que ya mencionamos anteriormente, informe que se basa en “*las documentaciones a las que se tuvo acceso*” y coincide con el resto de las pruebas provenientes de la Contraloría, el Ministerio y otras entidades y altos funcionarios de Paraguay, de que “*han cumplido con todas las cláusulas del [contrato]*”<sup>175</sup>.

109. A la luz de estos hechos, la Demandante sostiene que la conducta del Paraguay constituye una clara violación de su obligación de conferir un trato justo y equitativo que se compone de los siguientes elementos: falta de arbitrariedad (4.3.1.2.1); transparencia y debido proceso (4.3.1.2.2); falta de negligencia e inconsistencia (4.3.1.2.3); y buena fe (4.3.1.2.4). La Demandante también argumenta que la obligación de conferir un trato justo y equitativo prohíbe repudiar la deuda (4.3.1.2.5) y que el Paraguay violó sus expectativas legítimas (4.3.1.2.6)<sup>176</sup>.

#### *4.3.1.2.1. Arbitrariedad*

110. La Demandante señala que los tribunales internacionales han definido la conducta arbitraria como “la inobservancia deliberada del debido proceso, un acto que ofende, o

<sup>173</sup> Informe No. 139 del Ministerio de Hacienda, 12 de febrero de 2001, Anexo CE-27. El Informe No. 139 señaló que “jamás [se] negó” ni la validez formal ni el cumplimiento contractual.

<sup>174</sup> Nota No. 185 del Ministerio de Hacienda a BIVAC BV, 13 de febrero de 2001, Anexo CE-92

<sup>175</sup> Informe No. 377 de la Dirección Nacional de Aduanas, del 30 de marzo de 2005, Anexo CE-35.

<sup>176</sup> Memorial de BIVAC, párrs. 179-227; Réplica de BIVAC, párrs. 87-124; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 65-81.



como mínimo sacude, al sentido de lo que es jurídicamente correcto<sup>177</sup>; una medida que “no se fund[a] en la razón o en los hechos [...] sino en un mero temor que reflej[a] la preferencia por lo nacional<sup>178</sup>; la falta de explicación de supuestos incumplimientos de obligaciones contractuales<sup>179</sup>; “decisiones adoptadas sin una base objetiva, de forma unilateral y arbitraria<sup>180</sup>; o insuficiencias que serían reconocidas “por todo hombre razonable e imparcial<sup>181</sup>.

111. Según la Demandante, la conducta del Paraguay fue arbitraria, caprichosa y desmedida. El encargo de un sinnúmero de informes sobre la misma cuestión y la decisión de no pagar una deuda reconocida se produjeron “desprovistos de toda causa jurídica” y no se basaron en una creencia genuina en la posibilidad de que BIVAC hubiera obrado mal. La Demandante explica lo siguiente:

“Todos estos fallos respaldan la postura de BIVAC. Aquí, en una impresionante sucesión de actos contradictorios y omisiones que se extendió a lo largo de más de diez años, Paraguay no le pagó a BIVAC por motivos políticos que tienen que ver con la desconfianza general de los Gobiernos y sus Ministros frente a los actos de sus antecesores. Paraguay jamás puso a BIVAC al tanto de lo que estaba haciendo. Jamás explicó los verdaderos motivos para no pagar. Esto constituye, en sí mismo, conducta arbitraria. Por otra parte, está claro que no se tomaron decisiones basadas en motivos objetivos o razonables ni en un verdadero desacuerdo con BIVAC respecto de la ejecución del contrato o de la obligación de pago.  
[...]

La negativa de Paraguay a cumplir sus obligaciones frente a la inversión de BIVAC carece de todo fundamento objetivo, extremo que es posible demostrar. Tras prolongados y repetitivos procesos administrativos, diversos entes y órganos administrativos del Estado paraguayo concluyeron todos que Paraguay debería respetar el Contrato y pagar la deuda. Sin embargo, el Poder Ejecutivo no se atuvo a esas decisiones. Siguiendo el fallo del caso RFCC expuesto precedentemente, Paraguay actuó de manera unilateral y arbitraria y sin ninguna justificación. [...] Por otra parte, en este caso no existen desacuerdos contractuales entre las partes, sean de índole legal o fáctica; tampoco existe una diferencia contractual normal entre BIVAC y Paraguay. Lo que tenemos aquí es la inobservancia completamente injustificada y deliberada de las obligaciones de Paraguay tras intentar eludirlas al poner en funcionamiento su propio aparato administrativo<sup>182</sup>.

112. La Demandante también refuta las razones esgrimidas por el Paraguay para justificar su conducta<sup>183</sup>. En primer lugar, la Demandante argumenta que el Paraguay se

---

<sup>177</sup> Memorial de BIVAC, párr. 190; Réplica de BIVAC, párr. 101.

<sup>178</sup> Memorial de BIVAC, párr. 191.

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> *Ibid.*, párr. 193.

<sup>181</sup> *Ibid.*, párr. 195.

<sup>182</sup> Memorial de BIVAC, párrs. 196-197.

<sup>183</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 126; y Réplica de BIVAC, párrs. 102-106.

equivoca al afirmar que las “comisiones e informes solo fueron informes internos que no afectaron los derechos de BIVAC de ninguna manera”. Según la Demandante, “las espurias comisiones e informes forman parte de la conducta arbitraria, ya que ocasionaron demoras intencionales y su repetición y reiteración permiten apreciar la falta de debido proceso y de consideración por lo que es jurídicamente correcto”. En segundo lugar, la afirmación del Paraguay en cuanto a que “BIVAC ignora la realidad económica del Contrato, que ha costado al Paraguay más de lo que pudo recuperar en impuestos” también es equivocada ya que “afirmar que una parte contratante puede desconocer sus obligaciones contractuales por considerarlas *a posteriori* un mal negocio resulta contrario a los principios más fundamentales del derecho y la justicia” y “[r]esulta, *per se*, arbitrario”. En tercer lugar, contrariamente a la postura del Paraguay de que “BIVAC ignora las pruebas incuestionadas de que BIVAC no cumplió con sus obligaciones contractuales”, la Demandante sostiene que “no existen pruebas de que BIVAC no haya cumplido estrictamente sus obligaciones contractuales” y que “[d]e hecho, las pruebas demuestran lo contrario”. Por último, la Demandante argumenta que es incorrecto aseverar que “el reclamo de arbitrariedad por parte de BIVAC no es sustancial en la medida en que nunca nadie impidió a BIVAC que ejerza sus derechos ante los tribunales de Asunción”. Según la Demandante, “cualquier papel que pudieran haber desempeñado los tribunales de Asunción carece de importancia a los efectos del reclamo de BIVAC”<sup>184</sup>.

#### 4.3.1.2.2. Falta de Transparencia y Debido Proceso

113. La Demandante observa que la falta de transparencia ocurre cuando se “justific[a] la demora en el pago de una indemnización mediante argumentos no basados en el Contrato ni en el Decreto”<sup>185</sup>, o cuando el Gobierno no “permit[e] [que la parte demandante] ent[ienda] exactamente cuáles [son] las condiciones previas que exigía el Gobierno para una solución aceptable” o cuando el Gobierno “no respond[e] de manera constructiva” y en general actúa de manera incoherente “en lugar de encarar negociaciones con sentido”<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Réplica de BIVAC, párrs. 104-106, 36-60 y 129-138.

<sup>185</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8), Laudo, 6 de febrero de 2007, párr. 308 [en adelante *Siemens v. Argentina*]; Memorial de BIVAC, párr. 204; Réplica de BIVAC, párr. 110.

<sup>186</sup> *Saluka Investments BV c. República Checa*, párrs. 420, 423 y 430; Memorial de BIVAC, párr. 206; Réplica de BIVAC, párr. 110.

114. La Demandante afirma que la conducta del Gobierno paraguayo con respecto a la deuda de BIVAC es un modelo de la falta de transparencia y debido proceso:

“A la vez que varios Ministros de Hacienda le aseguraron una y otra vez a BIVAC que se saldaría la deuda, con lo cual reconocieron la obligación de pagar y la legitimidad de la deuda, por atrás se encargaban informes, revisiones, investigaciones, indagaciones y procesos similares con el fin precisamente contrario. A BIVAC jamás se le informó acerca del inicio de esos procesos y mucho menos de su evolución y resultados. La mayoría de las veces BIVAC se enteró de ellos por la prensa. A BIVAC jamás se le pidió que participara.

De modo similar a lo que ocurrió en el caso Saluka, Paraguay no permitió que BIVAC comprendiera la postura del Gobierno y las alegaciones y sospechas referentes al Contrato y la deuda. Siguiendo al caso Tecmed, la falta de transparencia demostrada por Paraguay indica que el verdadero motivo deshonoroso de la conducta del Gobierno era el de no responsabilizarse por la deuda y los motivos políticos puramente interesados de cada Ministro y Gobierno. Se trata de deficiencias claras que no se conciden con lo que sería considerado como justo y equitativo por un observador razonable e imparcial”<sup>187</sup>.

115. La Demandante agrega que el Paraguay no ofrece ningún motivo oficial para la falta de pago de la deuda más allá de los argumentos que se esgrimieron por primera vez en su Memorial de Contestación<sup>188</sup>.

#### 4.3.1.2.3. Negligencia e Inconsistencia

116. La Demandante señala que los hechos del presente caso son muy similares a aquellos del caso *Kardassopoulos*<sup>189</sup>, donde el Tribunal concluyó que el Estado había violado el estándar de trato justo y equitativo a través de sus repetidas incongruencias en la forma en que había abordado la reclamación de pago del inversor. La Demandante explica

“Dichas incongruencias se manifestaron en los siguientes hechos: la ‘*respuesta circular*’ frente al inversor y su reclamo; las actitudes cambiantes del gobierno respecto de la resolución de la cuestión; las ‘*extensas demoras, las negativas de diversos funcionarios del gobierno a tratar la cuestión*’; las ‘*diferencias internas respecto de a quién le cabía la responsabilidad por el tema*’; ‘*la responsabilidad por el reclamo [del inversor] se pasó de un ministerio del gobierno a otro, sin ningún tipo de avance*’; el hecho de que cuando ‘*[se eligió] un nuevo gobierno [...] [se formó] una nueva comisión estatal para considerar la cuestión de los reclamos [del inversor]*’; todo ello

<sup>187</sup> Memorial de BIVAC, párr. 208-209; Réplica de BIVAC, párr. 110.

<sup>188</sup> Réplica de BIVAC, párr. 110.

<sup>189</sup> *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia* (Caso CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15), Laudo, 3 de marzo de 2010. [en adelante, *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*].

mientras ‘la prueba demuestra que altos miembros del Gobierno de Georgia [...] consideraban que [...] se [...] le] debía [...] una] indemnización [al inversor]’<sup>190</sup>.

Sobre la base de otros laudos arbitrales<sup>191</sup>, la Demandante también sostiene que ha existido una “evidente negligencia por parte de la administración en el manejo” del tema de la deuda; una “montaña rusa” de proporciones impensadas<sup>192</sup>; “posturas” distintas, a veces “incluso contradictorias” por parte del Gobierno “que dificult[aron] o incluso imposibilit[aron] que [la Demandante] ajustara sus propuestas a la postura del Gobierno”<sup>193</sup>; una “falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo”<sup>194</sup>; y que los actos del Gobierno fueron inconsistentes y carecieron de franqueza<sup>195</sup>.

#### 4.3.1.2.4. Mala Fe

117. La Demandante argumenta que además de la arbitrariedad, la falta de transparencia, la negligencia, la inconsistencia y el repudio de la deuda por parte de la Demandada “el uso por parte del Paraguay de su maquinaria gubernamental para orquestar repetidas investigaciones sin ningún fundamento relativas al Contrato y la deuda”<sup>196</sup> (traducción del Tribunal) constituye mala fe y, por lo tanto, una violación del estándar de trato justo y equitativo<sup>197</sup>. Según la Demandante, los tribunales han reconocido que la mala fe es requisito suficiente, aunque no necesario, para que exista una violación del estándar de trato justo y equitativo<sup>198</sup>. La Demandante reconoce que el umbral legal para demostrar la mala fe conforme al derecho internacional puede ser alto, pero en opinión de la Demandante, no hay duda de que la conducta del Paraguay superó dicho umbral.

---

<sup>190</sup> Réplica de BIVAC, párr. 112.

<sup>191</sup> Véase Memorial de BIVAC, párrs. 210-218; Réplica de BIVAC, párr. 113.

<sup>192</sup> *PSEG c. Turquía* párrs. 246 y 250.

<sup>193</sup> *Saluka c. República Checa* párrs. 417 y 248.

<sup>194</sup> *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1), Laudo, 30 de agosto de 2000, párr. 99 [en adelante, *Metalclad c. Mexico*]

<sup>195</sup> *MTD c. Chile* párrs. 163-165 y 172-181; *Pope & Talbot Inc c. Canadá* párrs. 172-181.

<sup>196</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 78.

<sup>197</sup> Memorial de BIVAC, párrs. 219-227; Réplica de BIVAC, párrs. 114-116;

<sup>198</sup> La Demandante se refiere a *TECMED c. Mexico*, párrs. 153-154; *Mondev c. Estados Unidos*; *Waguib Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/15), Laudo, 1 de junio de 2009, párr. 450 [en adelante *Siag c. Egipto*]; *Waste Management, Inc c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3), Laudo, 30 de abril de 2004, párr. 138 [en adelante, *Waste Management c. Mexico*]; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/29), Laudo, 27 de agosto de 2009, párr. 374 [en adelante *Bayindir*

118. La Demandante describe los actos que demuestran la existencia de mala fe y abuso de autoridad de la siguiente manera:

“Ante la falta de cualquier tipo de fundamento para negar el pago (a pesar de los numerosos intentos de hacerlo), el intento de Paraguay de generar dificultades para la cancelación de la deuda mediante el uso de sus entidades administrativas y facultades de revisión denota mala fe. Ninguna de las investigaciones en torno del Contrato y la deuda, favorables todas ellas a BIVAC, condujo al resultado lógico: el pago. Por lo tanto, esas revisiones no se llevaron adelante de buena fe para determinar si efectivamente correspondía el pago. Si hubiera mediado buena fe no habría resultado necesario repetir constantemente las revisiones: habría bastado con una. Una vez más, dichas revisiones estuvieron impulsadas por motivos más oscuros y deshonorosos, basados en la necesidad política real o percibida. Así, Paraguay se condujo de mala fe y cometió un abuso de su poder soberano al ordenarles a diversas autoridades gubernamentales [revisiones] *ad nauseam*, siendo que el Estado ya había concluido que correspondía el pago de la deuda”<sup>199</sup>.

119. La Demandante también afirma que la defensa que ofrece el Paraguay de que no ha actuado de mala fe porque “ha cuestionado la deuda” no está respaldada por las pruebas, que demuestran claramente que el Paraguay jamás cuestionó la deuda<sup>200</sup>.

#### 4.3.1.2.5. El Supuesto Desconocimiento de la Deuda

120. La Demandante sostiene que la conducta arbitraria e inconsistente del Paraguay solo puede interpretarse como un desconocimiento de la deuda por parte del Paraguay<sup>201</sup>. Tomando la redacción usada por el tribunal en el caso *Eureko*<sup>202</sup>, la Demandante argumenta que hubo una “clara decisión” por parte del Paraguay “de negarse a cumplir y respetar sus obligaciones legales” surgidas del Contrato y así “frustrar la inversión” por la cual el Paraguay es responsable en virtud del Tratado. Según la Demandante, el Paraguay decidió eludir su responsabilidad por la deuda “por motivos políticos particulares de cada Ministro y Gobierno”<sup>203</sup>.

---

v. *Pakistán*]; *Siemens c. República Argentina*, párr. 308; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa* (Caso CIADI No. ARB/06/5), Laudo, 15 de abril de 2009, párr. 107 [en adelante *Phoenix c. República Checa*].

<sup>199</sup> Memorial de BIVAC, párr. 227.

<sup>200</sup> Réplica de BIVAC, párr. 115.

<sup>201</sup> *Ibid.*, párrs. 117-121.

<sup>202</sup> *Eureko BV c. República de Polonia (ad hoc)*, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005, párr. 226 [en adelante, *Eureko v. Poland*]; Réplica de BIVAC, párr. 117.

<sup>203</sup> Réplica de BIVAC, párr. 118.

121. BIVAC refuta los argumentos esbozados por el Paraguay de que la Demandante no puede sostener su reclamación porque “la continuidad política no puede ser tratada sin fundamentos” y que “BIVAC tenía conocimiento acerca de la volatilidad política del Paraguay en el momento del Contrato”<sup>204</sup>. La Demandante agrega:

“Decir que BIVAC ‘ya debería haberlo sabido’ al contratar con Paraguay, es un cínico intento de asignarles a los inversores el riesgo de que sucesivos gobiernos de Paraguay fueran a desconocer obligaciones pecuniarias legítimamente contraídas por sus antecesores. No existe tal excepción por ‘volatilidad política’ frente a obligaciones internacionales.

No puede permitirse que para excusar su conducta en desconocimiento de sus obligaciones Paraguay alegue que es un Estado poco confiable, incapaz de mantener sus promesas. Pero al expresar estas excusas, Paraguay está ilustrando inequívocamente que este caso no es un caso de exclusivos incumplimientos contractuales sino que principalmente se refiere al tratamiento que, por motivos políticos, se le dio a BIVAC y que dista de ser justo o equitativo”<sup>205</sup>.

#### 4.3.1.2.6. Frustración de Expectativas Legítimas

122. La Demandante afirma que “tenía derecho, en virtud del estándar de TJE y el principio de buena fe, a que su inversión recibiera un trato acorde con sus expectativas legítimas” y que estas expectativas han sido violadas, lo que constituye una violación de la obligación del Paraguay de conferir un trato justo y equitativo de conformidad con el Artículo 3(1) del Tratado” (traducción del Tribunal).<sup>206</sup> Según la Demandante, el Paraguay afirma equivocadamente que la única expectativa legítima de BIVAC es la de recibir el pago. Con base en el enfoque del tribunal en el caso *Kardassopoulos*, la Demandante argumenta que el Tratado protege la expectativa de BIVAC de recibir un trato consistente, transparente, razonable, no arbitrario y de buena fe por parte del Paraguay. Tal como señaló el tribunal en el caso *Kardassopoulos*<sup>207</sup>, la protección de TJE incluye:

“[L]a expectativa legítima de que [el Estado] se conduciría frente a la inversión de una manera razonablemente justificada y que no violaría en forma manifiesta los requisitos básicos de consistencia, transparencia, equidad y no discriminación. Ello incluye, en opinión del Tribunal, implementar un proceso de compensación [...] que sea justo tanto en términos procesales como sustantivos” (traducción del Tribunal).

<sup>204</sup> Réplica de BIVAC, párr. 119; Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 93-94 y 178.

<sup>205</sup> Réplica de BIVAC, párr. 120-121.

<sup>206</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 79; Réplica de BIVAC, párrs. 122-124.

<sup>207</sup> *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*, párr. 441; la Demandante también sustenta su argumentación en *TECMED S.A. c. México* párr. 154 y en *Alpha Projektholding GMBH c. Ucrania* (Caso CIADI No. ARB/07/16), Laudo, 8 de noviembre de 2010, párr. 422[ En adelante *Alpha c. Ucrania*].

#### 4.3.1.3. La Supuesta Conducta Gubernamental (No comercial) y su Abuso

123. La Demandante argumenta que su reclamación se fundamenta en la violación “por motivos políticos”<sup>208</sup> por parte del Paraguay de su obligación de garantizar un TJE mediante el uso de sus “facultades y poderes soberanos para eludir la obligación de saldar la deuda”<sup>209</sup>. Según la Demandante, su reclamación no se basa en un “simple incumplimiento del Contrato”<sup>210</sup> ni en la conducta comercial del Paraguay; ni siquiera en “un intento formal de anular o dejar de lado la deuda contractual”<sup>211</sup>, dado que estas son “cuestiones de índole puramente contractual” y no constituyen violaciones del Tratado<sup>212</sup>. La Demandante pregunta: “el rechazo persistente a pagar de buena fe porque el Tribunal dijo que usted tiene buenas razones para no hacerlo ¿Es éste un quebrantamiento de un tratado? Y la respuesta es, claramente, no [...]”<sup>213</sup>:

“La distinción principal que es clave en el presente caso yace en determinar si las partes en un contrato con el Estado participan de un conflicto de opiniones genuino con respecto al alcance o la interpretación de sus respectivos derechos contractuales. De ser así, entonces se trata de una simple diferencia contractual que debería ser resuelta a través del mecanismo contractual de resolución de diferencias.

[...]

Esta situación debe contrastarse con aquella donde la conducta que rodea el incumplimiento contractual está motivada políticamente, es decir, una conducta que involucra el ejercicio de la *‘puissance publique’* ante la ausencia de una diferencia de buena fe genuina que subyace el contrato. Cuando el incumplimiento contractual por parte del Estado es consecuencia de la conveniencia política del gobierno de turno entonces deja de ser un mero incumplimiento contractual y constituye un incumplimiento paralelo del estándar de TJE”<sup>214</sup> (traducción del Tribunal).

124. Esta yuxtaposición implica que “la falta de cumplimiento de un contrato puede constituir una violación del estándar de TJE”<sup>215</sup>. El acto de un Estado puede basarse en un contrato y aun así constituir una violación del TBI si el Estado no ha cumplido con

---

<sup>208</sup> Memorial de BIVAC, párr. 235.

<sup>209</sup> *Ibid.*, párr. 233.

<sup>210</sup> *Ibid.*, párr. 235.

<sup>211</sup> *Ibid.*, párr. 203.

<sup>212</sup> Réplica de BIVAC, párr. 71.

<sup>213</sup> Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, pág. 208.

<sup>214</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 9-10.

<sup>215</sup> Memorial de BIVAC, párr. 180.

su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión<sup>216</sup>. Así, la existencia de violaciones del estándar de TJE puede determinarse cuando el incumplimiento contractual está acompañado de “factores agravantes”, como una conducta gubernamental que es “arbitraria, injusta, ajena al debido proceso y [que] no respet[a] las expectativas razonables y legítimas del inversor”<sup>217</sup>. La Demandante argumenta que “el derecho de la responsabilidad del Estado no traza distinción alguna entre los llamados actos de *iure imperii* (o actos “soberanos”), por los cuales, en principio, es posible que surja la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional, y los actos *iure gestionis* (o actos “comerciales”), por los cuales los Estados no pueden ser responsables”<sup>218</sup>. Un Estado es responsable de todos los actos de sus organismos asociados, cualquiera sea su naturaleza<sup>219</sup>. Incluso si una relación subyacente es comercial, un acto del gobierno relativo al inversor puede aun así ser gubernamental<sup>220</sup>. Por lo tanto, según la Demandante, la cuestión “no radica en el carácter de los actos del Estado sino en si, una vez consideradas todas las circunstancias del caso, los actos, independientemente de cómo se les haya calificado, violan las obligaciones que el tratado le impone al Estado”<sup>221</sup>. En consecuencia, “el tribunal tiene que examinar si la conducta en cuestión incumple con el estándar de [TJE]” que es independiente del incumplimiento contractual<sup>222</sup>. La Demandante expresa su convencimiento de que diversos “Gobiernos convirtieron la deuda impaga en una cuestión política”<sup>223</sup> y que la conducta del Paraguay trasciende ampliamente los límites de una relación comercial de buena fe y que debe calificarse como un ejercicio abusivo del poder gubernamental.

125. La Demandante señala que:

“El contrato para la inspección pre-embarque contractual fue, desde sus comienzos, un contrato eminentemente de derecho público. Las funciones de BIVAC reemplazaron directamente servicios que eran típicamente provistos

---

<sup>216</sup> *Ibid*, párrs. 245-246.

<sup>217</sup> *Ibid*, párrs. 245 y 181-182; la Demandante cita, por ejemplo, el caso *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kasajstán* (Caso CIADI No. ARB/05/16), Laudo, 29 de julio de 2008, párr. 615 [en adelante, *Rumeli c. Kasajstán*].

<sup>218</sup> Réplica de BIVAC, párrs. 62-66; véase también Memorial de BIVAC, párrs. 237-246. La Demandante sustenta su argumentación en las siguientes autoridades legales: J. Crawford, “*Treaty and Contract in Investment Arbitration*” (2008) TDM, CL-116, pág. 6; y *Noble Ventures c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/01/11), Laudo, 12 de octubre de 2005, párr. 82. [en adelante, *Noble v. Rumania*]

<sup>219</sup> Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI, 2001, Artículos 4-8.

<sup>220</sup> La Demandante se refiere a los siguientes laudos: *Saluka c. República Checa*; *Mondev International Ltd c. Estados Unidos de América*; *Waste Management Inc. c. México*; *MTD Equity c. Chile*; *Rumeli c. Kasajstán*; *Sergei Paushok y otros c. Gobierno de Mongolia* (CNUDMI), Laudo, 28 de abril de 2011. [en adelante, *Paushok v. Mongolia*].

<sup>221</sup> Réplica de BIVAC, párr. 64.

<sup>222</sup> Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, págs. 239 y 518.

<sup>223</sup> Memorial de BIVAC, párr. 10.



por el Gobierno a través de sus autoridades aduaneras. Además, la propia conclusión del Contrato respondía a un imperativo político de aumentar los ingresos tributarios derivados de las operaciones de importación a fin de “obtener los niveles de ingresos y hacer frente a los gastos previstos en el Presupuesto General de la Nación”.

El Paraguay reconoció que la naturaleza del Contrato era de derecho público administrativo en la primera etapa del presente procedimiento y solo recientemente ha intentado cambiar su postura. Cabe citar lo que manifestó el Paraguay a este respecto en sus primeros escritos sobre jurisdicción:

‘En este litigio se trata de un Contrato en que una de las partes es el Estado. No es un contrato del Derecho Privado, suscrito entre dos particulares. [...] Prueba de ello es que el Estado paraguayo ha rescindido el Contrato de Derecho Público, por decisión unilateral, en razón de que estaba en juego el interés público, siguiendo el principio que permite la modificación y rescisión del Contrato Público por decisión unilateral de la Administración del Estado’ (Excepciones a la Jurisdicción del Paraguay, 8 de abril de 2008, página 19)<sup>224</sup> (traducción del Tribunal).

126. La Demandante también señala que la diferencia era política y enfatiza que:

“La conducta de desconocimiento del Paraguay respondió únicamente a imperativos políticos. No tuvo nada que ver con un debate genuino sobre el alcance o la interpretación del Contrato, ni siquiera con alguna inquietud respecto del rendimiento o el cumplimiento de BIVAC. La realidad es que ningún Gobierno o Ministro estaba listo para asumir la responsabilidad política de las obligaciones contraídas por un gobierno anterior. Las sucesivas investigaciones sin fin que suministraban respuestas incoherentes simplemente aseguraban que el pago de la deuda se trasladara al próximo Ministro o Gobierno”<sup>225</sup> (traducción del Tribunal).

127. La Demandante argumenta que la conducta del Paraguay viola el estándar de TJE y la obligación de no tomar medidas irrazonables respecto de la inversión por un sinnúmero de razones, todas ellas vinculadas al trato que rodea al incumplimiento del Contrato por parte del Gobierno paraguayo más que al incumplimiento contractual en sí mismo:

“Una vez más, BIVAC no reclama por un simple incumplimiento del Contrato; reclama por la forma en la que Paraguay trató a BIVAC al manejar esa cuestión. Al igual que en *Azurix*, el problema radica en que la cuestión quedó politizada por las inquietudes de los distintos Gobiernos en torno a su popularidad, y/o porque el Contrato lo había adjudicado un Gobierno anterior. Dicha conducta revela arbitrariedad, negligencia, falta de transparencia, incoherencia o mala fe gubernamental por motivos políticos y, por lo tanto, importa la violación del estándar de TJE. En última instancia constituye un caso de desconocimiento de la obligación, ya que la falta de pago por parte de Paraguay no es susceptible de ningún tipo de explicación de buena fe. Aquí estamos claramente en el ámbito de un tratamiento injusto

---

<sup>224</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 19.

<sup>225</sup> *Ibid.*, párr. 22.

e inequitativo [...]”<sup>226</sup>.

La Demandante insiste en que:

“Los actos de Paraguay no tienen nada que ver con los actos que podría realizar un contratante común. Son de naturaleza fundamentalmente distinta. Ante la falta de argumentos para negar el pago, un contratante común no estaría habilitado a encargar informes y revisiones por parte de organismos estatales para poder eludir el pago”<sup>227</sup>.

128. La Demandante se basa en laudos recientes para respaldar su postura. Se refiere, entre otros, al laudo emitido en el caso *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia* donde el Tribunal sostuvo que los hechos de dicho caso

“no le impedían al Sr. Fuchs que mantuviera durante el plazo de su inversión la expectativa legítima de que Georgia se conduciría frente a su inversión de una manera razonablemente justificada y que no violaría en forma manifiesta los requisitos básicos de consistencia, transparencia, equidad y no discriminación. [...]

El proceso de compensación parece haber comenzado, en un principio, con la intención de alcanzar un acuerdo amigable congruente con lo que el Sr. Fuchs puede haber esperado razonablemente [...]. Lamentablemente, a pesar de esta instrucción inicial, la intención de llegar a un acuerdo parece haber disminuido con el tiempo ya que las prolongadas demoras, la negación por parte de varios funcionarios del gobierno de abordar la cuestión y los conflictos internos sobre quién cargaba con la responsabilidad respecto de dicha cuestión se combinaban para crear una ofuscación general del proceso de compensación y una desatención del deber de pagar una compensación. [...]

El proceso que finalmente tuvo lugar con posterioridad a la creación de una comisión de compensación en 1997 sólo puede describirse como poco transparente, arbitrario e injusto. [...] Sin embargo, Georgia tenía la obligación de actuar de manera razonable, transparente y no arbitraria respecto de las Demandantes. Las pruebas que figuran en el expediente demuestran que esto no fue, de hecho, lo que sucedió.

Asimismo, tampoco existe una defensa, con base en las pruebas presentadas, para la demora con la que se llevó adelante el proceso, incluso aunque se admitiera cierta demora de parte de las Demandantes en la presentación de los documentos que respaldaban sus reclamos. [...] Mientras que las Demandantes cumplieron con cada solicitud realizada para poder resolver la cuestión de su inversión en forma amigable, tomando las medidas necesarias para la preparación de dos informes de auditoría por parte de firmas contables reconocidas, sus esfuerzos se enfrentaron permanentemente con una respuesta circular en la que una resolución del conflicto era ordenada por el nivel más alto del Gobierno georgiano para luego ser evitada o trasladada por los individuos que tenían a su cargo efectivizar dicha resolución.

En el transcurso de un período de siete años con posterioridad al establecimiento formal de un proceso de compensación, la responsabilidad por la reclamación de Tramex pasó de un ministro de gobierno a otro, sin

---

<sup>226</sup> Memorial de BIVAC, párr. 235.

<sup>227</sup> *Ibíd.*, párr. 238.

ningún avance. [...]

El Tribunal considera inexcusable la denegación categórica de toda responsabilidad u obligación hacia las Demandantes, que se realiza ocho años después de que Georgia iniciara el proceso de compensación”<sup>228</sup> (traducción del Tribunal).

129. La Demandante señala que los hechos y las circunstancias del caso *Kardassopoulos* se asemejan a los hechos y circunstancias del presente caso. La Demandante observa que:

“[a]quí también ha habido una “*respuesta circular*” frente a BIVAC y su reclamo; hubo “*extensas demoras, [...] negativas de diversos funcionarios del gobierno a tratar la cuestión*”; “*diferencias internas respecto de a quién le cabía la responsabilidad por el tema para oscurecer el proceso indemnizatorio en general y llevar al desconocimiento del deber de abonar la indemnización*”; “*la responsabilidad por el reclamo [del inversor] se pasó de un ministerio del gobierno a otro, sin ningún tipo de avance*”; cuando “*[se eligió] un nuevo gobierno [...] [se formó] una nueva comisión estatal para considerar la cuestión de los reclamos [del inversor]*”; todo ello mientras “*la prueba demuestra que altos miembros del Gobierno [...] consideraban que [...] se [...] le] debía [...] una] indemnización*” al inversor. La conducta de Paraguay presenta todos estos defectos, constitutivos de tratamiento injusto e inequitativo, al igual que ocurrió con Georgia”<sup>229</sup>.

La Demandante argumenta, además, que contrariamente a lo que afirma Paraguay, los laudos en los casos *Bayindir*<sup>230</sup>, *RFCC*<sup>231</sup>, *Impregilo*<sup>232</sup>, *Paushok*<sup>233</sup>, *Waste Management*<sup>234</sup> y *Parkerings*<sup>235</sup> no respaldan la postura del Paraguay. Según la Demandante, debe realizarse una distinción entre dichos casos y las circunstancias del presente caso porque todos ellos involucraban desacuerdos puramente contractuales respecto de la interpretación de los términos contractuales o una “divergencia comercial genuina”<sup>236</sup> (traducción del Tribunal) y no existía una conducta arbitraria o injusta ni ninguna otra cuestión que fuera más allá de la aplicación del contrato<sup>237</sup>.

<sup>228</sup> *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*, párrs. 441, 443 y 446-449.

<sup>229</sup> Réplica de BIVAC, párr. 74 y Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 56-64; la Demandante también sustenta su argumentación en el caso *Alpha c. Ucrania y Paushok Mongolia*.

<sup>230</sup> *Bayindir. c. Pakistán*.

<sup>231</sup> *RFCC c. Reino de Marruecos* (Caso CIADI No. ARB/00/6), Laudo, 22 de diciembre de 2003. [en adelante, *RFCC c. Marruecos*].

<sup>232</sup> *Impregilo SpA c. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/03/3), Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 [en adelante *Impregilo c. Pakistán*].

<sup>233</sup> *Paushok c. Mongolia*

<sup>234</sup> *Waste Management c. Mexico*.

<sup>235</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/8), Laudo, 11 de septiembre de 2007 [en adelante, *Parkerings c. Lituania*].

<sup>236</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 93-94, 96-97 y 114; véase también Réplica de BIVAC, párrs. 67-71; Memorial de BIVAC, párrs. 238-239.

<sup>237</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 95 y 110-111.

#### 4.3.1.4. Medidas Irrazonables

130. En virtud del Artículo 3(1) del Tratado, el Paraguay también está obligado a “no perjudica[r], con medidas irrazonables o discriminatorias, [la] operación, administración, mantenimiento, uso, goce, o disposición [de las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante] por esos nacionales”<sup>238</sup>.
131. La Demandante argumenta que el estándar de razonabilidad exige “que se demuestre que la conducta del Estado presenta una relación razonable con alguna política racional”<sup>239</sup>. Tal como ocurre con el estándar de TJE, el estándar de razonabilidad debe determinarse a la luz de todas las circunstancias del caso para evaluar si la conducta del Estado constituye un “comportamiento adecuado”<sup>240</sup>. La Demandante sostiene que la conducta del Paraguay respecto de BIVAC “no se fundó en políticas racionales, ya que implicó revisar la legitimidad de una deuda que había sido reconocida reiteradamente, para finalmente desconocerla”<sup>241</sup>. Según la Demandante, no puede haber nada razonable en la decisión de encargar “alrededor de doce informes o revisiones distintas sobre exactamente las mismas cuestiones o cuestiones muy similares, nada más para luego no pagar a pesar de las conclusiones alcanzadas en dichos informes”<sup>242</sup>.
132. La Demandante objeta la opinión del Paraguay de que “era más que razonable que el Paraguay llevara a cabo investigaciones” dadas “las cuestiones [...] acerca de cierto comportamiento de parte de BIVAC en la implementación del Programa y la crisis económica del Paraguay”<sup>243</sup>. En primer lugar, la Demandante argumenta que no existieron inquietudes genuinas. En segundo lugar, según la Demandante, una “crisis económica” no justifica las “investigaciones” sobre el “comportamiento de parte de BIVAC” (ni nada específicamente relacionado con el Contrato). En realidad, tales investigaciones fueron “estratagemas políticas empleadas para evitar irrazonablemente pagar una deuda que no gozaba de aceptación popular”<sup>244</sup>.

---

<sup>238</sup> Tratado, Anexo CE-66, Artículo 3(1).

<sup>239</sup> *Saluka c. República Checa*, párr. 460; Memorial de BIVAC, párr. 228; Réplica de BIVAC, párr. 128; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 82-85.

<sup>240</sup> *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, (CNUDMI), Laudo Parcial, 13 de septiembre 2001, párr. 158 [en adelante, *CME c. República Checa*]; véase también *BG Group c. Argentina* párr. 342; Memorial de BIVAC, párrs. 229-230.

<sup>241</sup> Réplica de BIVAC, párr. 128.

<sup>242</sup> Memorial de BIVAC, párr. 231.

<sup>243</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 139.

<sup>244</sup> Réplica de BIVAC, párr. 127.

#### 4.3.1.5. La Cuestión de la Jurisdicción

##### 4.3.1.5.1. La Supuesta Competencia del Tribunal

133. La Demandante afirma que su reclamación se fundamenta en el Tratado y que “no puede ser reducido a una controversia contractual que debe presentarse ante los tribunales paraguayos”<sup>245</sup> (traducción del Tribunal). El requisito de la presentación ante los tribunales paraguayos introduciría una norma sobre el agotamiento de las vías de reparación locales en el Tratado y reduciría el estándar de TJE a una simple prohibición de la denegación de justicia.

134. La Demandante se basa en la Decisión de Anulación del caso *Vivendi*:

“En la opinión del Comité, no le está permitido a un tribunal del CIADI, con jurisdicción bajo un TBI respecto de una reclamación basada sobre las disposiciones sustantivas de dicho TBI, desestimar la reclamación sobre [a cause] de que pudo o debió haber sido conocida por un tribunal nacional.[...]”

[L]as demandantes no debieron haber sido desprovistas de una decisión, en un sentido u otro, meramente con fundamento en la observación de que los tribunales locales podrían, concebiblemente, haberle otorgado una reparación, en todo o en parte. Bajo el TBI, les asistía una elección de recursos<sup>246</sup>.

135. BIVAC agrega que “una reclamación de TJE es una reclamación que surge exclusivamente del Tratado que no entra dentro de la órbita de la cláusula de resolución de conflictos establecida en el Contrato y respecto del cual este Tribunal es directamente competente en virtud del Tratado” (traducción del Tribunal). No hay competencia posible entre los tribunales locales y un tribunal de arbitraje y una reclamación presentada ante un tribunal local no podría justificar la suspensión de los procedimientos arbitrales<sup>247</sup>.

<sup>245</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 103; Réplica de BIVAC, párrs. 129-138.

<sup>246</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal (anteriormente Compagnie Générale des Eaux) c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3) Decisión sobre Anulación, 3 de julio de 2002, párrs. 102-103 y 114 [en adelante *Vivendi II c. Argentina, Decisión sobre Anulación*]; la Demandante también sustenta su argumentación en el caso *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/05/19), Decisión sobre Anulación, 14 de junio de 2010, párrs. 47-48, 50 54 [en adelante, *Helnan c. Egipto*]; Réplica de BIVAC, párrs. 131-132; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 105-106.

<sup>247</sup> *Ibid.*, párr. 107.

136. La Demandante advierte que “sostener lo contrario iría en contra de la advertencia hecha por el tribunal en el caso *Vivendi II*”<sup>248</sup> (traducción del Tribunal) que señaló:

“En la medida en que la Demandada sostiene que la obligación del trato justo y equitativo rige para la conducta del gobierno sólo en caso de que los tribunales del Estado no puedan impartir justicia, esto al parecer es una fusión de los conceptos jurídicos de trato justo y equitativo por un lado y, por el otro, de la denegación de justicia.

Sin embargo, si este Tribunal fuera a restringir las reclamaciones por trato injusto e inequitativo a las circunstancias en que las Demandantes también han establecido la existencia de denegación de justicia, se destruiría la norma del trato justo y equitativo. Si bien comúnmente se entiende que la norma incluye la prohibición de denegación de justicia, el concepto se vería considerablemente disminuido si se limitara a las reclamaciones por denegación de justicia”<sup>249</sup>.

137. La Demandante analiza la jurisprudencia relevante que aborda la cuestión de la vía de reparación en los tribunales locales y argumenta que la presente disputa debe distinguirse de aquellos casos en la medida en que el monto de la deuda en cuestión en el presente caso no está en discusión<sup>250</sup>; la conducta de la Demandada no fue justa ni razonable<sup>251</sup>; y la controversia no es de naturaleza puramente contractual<sup>252</sup>.

#### 4.3.1.5.2. *La Supuesta Insuficiencia del Sistema Judicial Paraguayo*

138. En una etapa posterior del presente procedimiento, la Demandante introdujo un argumento adicional: que sus propias inquietudes graves y legítimas acerca del sistema judicial paraguayo fueron uno de los motivos que la llevaron a tomar la “decisión comercial” de someter esta diferencia a arbitraje<sup>253</sup>. La Demandante se refiere a la falta de independencia, a la corrupción, a las demoras en la emisión de las sentencias, a los costos altos e irreuperables y al incumplimiento de las sentencias<sup>254</sup>.

139. La Demandante cita los Informes Globales de Corrupción 2007 y 2008 elaborados por

---

<sup>248</sup> *Ibid.*, párr. 104.

<sup>249</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo, (20 de agosto de 2007), párrs. 7.4.10-7.4.11 [en adelante *Vivendi II c. Argentina, Laudo*].

<sup>250</sup> Tal como ocurrió en *SGS Société Générale de Surveillance SA c. República de Filipinas* (Caso CIADI No. ARB/02/6), Orden del Tribunal de Continuar con el Proceso, 17 de diciembre de 2007, párr. 22.[en adelante, *SGS c. Filipinas*].

<sup>251</sup> Tal como ocurrió en *Waste Management c. Mexico*, párr. 114.

<sup>252</sup> Tal como ocurrió en *Parkerings c. Lituania*, párrs. 119-193 y 314-317.

<sup>253</sup> Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, pág. 91.

<sup>254</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 115-129; Memorial de BIVAC, párr. 251; Réplica de BIVAC, párrs. 129

Transparencia Internacional que subrayan la incesante interferencia política en el poder judicial del Paraguay y la falta de confianza generalizada como consecuencia del nepotismo y la corrupción.<sup>255</sup> También cita a la Agencia Estadounidense para el Desarrollo Internacional que concluyó en su Informe de 2004 que existía un “consenso generalizado” de que el sistema judicial del Paraguay era corrupto<sup>256</sup>. La Demandante también hizo referencia al Informe sobre Derechos Humanos para el Paraguay de 2011 elaborado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos, que concluyó lo siguiente:

“[l]a constitución establece un sistema judicial independiente; sin embargo, en la práctica, la interferencia política comprometió seriamente dicha independencia”<sup>257</sup> (traducción del Tribunal).

140. La Demandante también afirma que una acción civil ante los tribunales paraguayos le habría costado más de US\$ 6 millones<sup>258</sup>, que a un tribunal de primera instancia le llevaría entre 3y 15años resolver la controversia y que serían necesarios 4 años adicionales para resolver la controversia en la instancia de apelación. La Demandante sostiene que esta afirmación no fue objetada por la Demandada<sup>259</sup> y que toda posible sentencia que fallara en contra del Estado no sería ejecutable porque de conformidad con los Artículos 530 y 716 del Código Procesal Civil paraguayo la sentencia sólo puede ser comunicada al Ministerio de Hacienda para que se incluya el pago en el presupuesto anual del Estado<sup>260</sup>.

141. La Demandante alega que hubo cambios evidentes en el sistema judicial paraguayo entre 1996 cuando se firmó el Contrato y 2006 cuando se inició el arbitraje<sup>261</sup>. El siguiente diálogo durante la audiencia es ilustrativo:

“ÁRBITRO FORTIER (interpretado del inglés): Usted nos hizo recorrer la cronología de la matriz fáctica que fueron resultado de las decisiones de la

---

y 138.

<sup>255</sup> Transparencia Internacional, Informe Global de Corrupción 2007, “*Política y nepotismo plagan las cortes paraguayas*”, 2007, Anexos CE-135 y CE 137, págs. 257-258 y Transparencia Internacional, Informe Global de Corrupción 2008, “*Política y nepotismo plagan las cortes paraguayas*”, 2008 págs.174-176 . Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párrs. 120 y 121.

<sup>256</sup> USAID, *An Assessment of Corruption in Paraguay*, octubre de 2004, Anexo CE-146, pág. 10; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 121.

<sup>257</sup> Informe sobre Derechos Humanos del Departamento de Estado de los Estados Unidos 2010 – Paraguay [*US State Department Human Rights Report – Paraguay*], 8 de abril de 2011, Anexo CE-160; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 122.

<sup>258</sup> Tabla de costos de procesos ante los tribunales paraguayos, Anexo CE-161; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 123; Réplica de BIVAC, párr. 129.

<sup>259</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 124.

<sup>260</sup> *Ibid.*, párrs. 125-128.

<sup>261</sup> *Ibid.*, párr. 115.

Demandante, y nos recordó que el contrato se firmó en 1996 con la cláusula [4 y] 9.1.

Usted también nos ubicó en 2002, donde se publicó el informe de la Contraloría General que, en efecto, decía:

‘Contrato válido, BIVAC ha cumplido con sus obligaciones establecidas en el contrato. Y cualquier crítica es infundada’, creo que fue la palabra en la que usted se centró en un momento anterior esta mañana.

Esto fue en el año 2002. Y luego entre 2002 y el momento en 2006, cuando presentaron una solicitud de arbitraje ante CIADI, usted nos recordó sobre las afirmaciones del presidente que acababa de ocupar el cargo en 2003.

SEÑOR BLACKABY (interpretado del inglés): Correcto.

ÁRBITRO FORTIER (interpretado del inglés): Y usted describió con el uso de diferentes piezas probatorias, usted describió lo que en su opinión muestra la falta de imparcialidad del poder judicial durante la presidencia de Duarte Frutos.

[...] Yo entendí que usted dijo que hay que concentrarse en la falta de independencia del poder judicial y la corrupción prevalente en Paraguay cuando BIVAC decidió ejercer su derecho en virtud del Tratado ¿Correcto?

SEÑOR BLACKABY (interpretado del inglés): Sí, estábamos tratando de explicar la decisión.

ÁRBITRO FORTIER (interpretado del inglés): Pero básicamente en pocas palabras la situación del poder judicial es la falta de independencia en el momento en que tomaron esa decisión.

SEÑOR BLACKABY (interpretado del inglés): Correcto, sí.

ÁRBITRO FORTIER (interpretado del inglés): Nosotros ya establecimos en acta la situación al momento de la firma del contrato en 1996 en lo que hace a la independencia o falta de la misma del poder judicial en Paraguay ¿En ese momento está en el acta? Es una pregunta.

SEÑOR BLACKABY (interpretado del inglés): Creo que no se dice nada específicamente. Los informes de transparencia internacional no se remontan hasta entonces y creo que los informes que tenemos son para 2002.

Lo único que se puede decir es que en relación con lo que ocurrió en lo que hace al recambio masivo en 2003 del presidente de la Corte Suprema, claramente esto fue una consecuencia del choque entre estos, perjuicio más allá de ello la situación en 1996 yo diría que para BIVAC fue que el presidente repudió públicamente la deuda y fue el mismo que cambió y nominó a seis de los nueve jueces de la Corte Suprema. Entonces uno está ingresando a un sistema en el cual uno ve una situación en 2003 que no existía antes.

ÁRBITRO FORTIER (interpretado del inglés): Y esto determinó para la Demandante la necesidad de incumplimiento, de hablar de incumplimiento contractual o del Tratado, en realidad.

SEÑOR BLACKABY (interpretado del inglés): Yo creo que el trato que recibimos fue incumplimiento del Contrato”. (Transcripción en español de la Audiencia).<sup>262</sup>

142. La Demandante presentó pruebas adicionales sobre este punto y citó un artículo periodístico paraguayo que informaba que en 2003 el reciente electo Presidente Duarte había amenazado con “pulverizar al Poder Judicial”. La Demandante afirma que, según un informe de Transparencia Internacional, poco después, 7 de los 9 jueces de la Corte Suprema fueron removidos de su cargo y reemplazados por nuevos miembros quienes



“eran profesionales con calificaciones y experiencia menores que aquéllos que fueron reemplazados, lo que da la impresión de que todo el tiempo la intención del presidente había sido la de crear una Corte Suprema más maleable”<sup>263</sup> (traducción del Tribunal).

Por lo tanto, BIVAC concluye que las vías de reparación locales habrían sido inútiles en vista de las serias deficiencias del sistema judicial paraguayo y la actitud de repudiación del Presidente en 2006 quien, al mismo tiempo, indudablemente tenía el poder de interferir en los procedimientos judiciales<sup>264</sup>.

#### 4.3.1.6. Daños Causados por la Conducta del Paraguay

143. Según la Demandante, la conducta del Paraguay impidió el pago de la deuda en su totalidad durante más de una década y, por lo tanto, es causa inmediata y directa del daño total sufrido por BIVAC<sup>265</sup>. La Demandante observa que en virtud del derecho internacional la vinculación causal entre la conducta y la pérdida debe ser “suficiente”,<sup>266</sup> “razonabl[e]”<sup>267</sup>, o “inmediata”<sup>268</sup> o bien la pérdida debe ser “imputable al hecho ilícito y ser previsible”<sup>269</sup>. La Demandante argumenta que estos requisitos se cumplen en el presente caso ya que “el daño sufrido por BIVAC fue consecuencia directa de la falta de transparencia y de buena fe en el trato de su deuda, que no fue pagada debido a la conducta del Paraguay en violación del estándar de TJE”<sup>270</sup> (traducción del Tribunal) y porque “[e]l Gobierno sabía que su conducta provocaría que el Estado sería responsable por el monto total de la deuda con BIVAC”<sup>271</sup>.

---

<sup>262</sup> Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción (en inglés), págs.538-541.

<sup>263</sup> Transparencia Internacional, Informe Global de Corrupción 2008, Paraguay, 2008, Anexo CE-137, pág. 174; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 118.

<sup>264</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 129; Memorial de BIVAC, párr. 251;

<sup>265</sup> Réplica de BIVAC, párr. 139; Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 132.

<sup>266</sup> *SD Myers c. Canadá*, Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, párrs. 140 y 159. [en adelante *SD Myers c. Canadá*,]

<sup>267</sup> *Feldman c. México* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1), Laudo, 16 de diciembre de 2002, párr. 194 [en adelante *Feldman c. México*].

<sup>268</sup> *LG&E c. Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1), Laudo, 25 de julio de 2007, párr. 50. [en adelante, *LG&E c. Argentina*].

<sup>269</sup> *Amco Asia Corporation, Pan American Development Limited y PT Amco Indonesia c. República de Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1) Laudo, 31 de mayo de 1990, párrs. 172 y 175 [en adelante *Amco c. Indonesia*]; véase también Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 2001, Artículos 31 y 36; *SD Myers c. Canadá*, párr. 317; y *CME c. República Checa*, párr. 585; *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*, párr. 469.

<sup>270</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 136; la Demandante se basa en *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*, párrs. 469, 459 y 534; *Rumeli c. Kasajstán*, párrs. 748 y 793; *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República de Ecuador* (Caso CPA No. 34877), Laudo Parcial sobre el Fondo, 30 de marzo de 2010, párrs. 375 y 377-378 [en adelante, *Chevron c. Ecuador*].

<sup>271</sup> Réplica de BIVAC, párr. 140.

144. La Demandante observa que su pérdida “se encuentra inextricablemente ligada a la conducta de Paraguay durante la última década y no solamente a la falta de pago en 1999 cuando se terminó el Contrato”. Los tribunales de arbitraje no rastrean las pérdidas considerando actos u omisiones particulares que tuvieron lugar en el pasado sino que lo que importa es el daño que surge de “la totalidad de la conducta”<sup>272</sup>. Según la Demandante, el Tribunal debe, por lo tanto, “adjudicar a BIVAC el monto total de la deuda más intereses” (traducción del Tribunal) a fin de restituirla a la situación en la que se habría encontrado si se hubiera tratado a la deuda de manera justa y equitativa<sup>273</sup>.

#### 4.3.1.7. Cálculo de la Compensación

145. La Demandante sostiene que el Paraguay le debe una compensación a BIVAC por el capital incluido en las facturas impagas, que asciende a US\$ 22.016.142. BIVAC observa que el Paraguay no ha rechazado el valor nominal de las facturas<sup>274</sup>.

146. Según la Demandante, también tiene derecho al pago de intereses en el presente caso. BIVAC hace referencia al caso *Vivendi* donde el tribunal sostuvo que la responsabilidad de pagar intereses a una demandante perjudicada, como forma de compensar la pérdida del uso y disposición del dinero adeudado, es ahora “un principio jurídico aceptado”<sup>275</sup>.

147. La Demandante argumenta, además, que la tasa de interés que debe utilizarse es aquella aplicable a las operaciones comerciales neerlandesas ya que dicha tasa es la que más se relaciona con el presente caso y con la realidad comercial. Según la Demandante, es mucho más probable que los montos adeudados a BIVAC se hubieran invertido en los Países Bajos y no en el Paraguay, si se considera que BIVAC BV es una compañía neerlandesa que realiza operaciones comerciales de manera cotidiana en los Países Bajos y que los pagos que derivaban del Contrato eran acreditados en la

---

<sup>272</sup> La Demandante se refiere a *Eureko c. Polonia* párr. 227; *Saluka c. República Checa* párr. 497; Réplica de BIVAC, párr. 141.

<sup>273</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 138.

<sup>274</sup> Réplica de BIVAC, párr. 144; Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 28 y 170-171.

<sup>275</sup> *Vivendi II c. Argentina*, párr. 9.2.1. La Demandante también se refiere al caso *República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América* (Caso No. A19 del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU.), Decisión, 30 de septiembre de 1987, 16 Iran-US CTR 285, párr. 12 [en adelante *Irán c. Estados Unidos de América*]; y J Gotanda, “Awarding Interest in International

cuenta bancaria neerlandesa de BIVAC<sup>276</sup>. La Demandante también argumenta que el Tratado respalda esta conclusión, dado que su disposición sobre expropiación establece que los intereses deben fijarse “a una tasa comercial normal”<sup>277</sup>, que se refleja mejor en la tasa de los Países Bajos que en la del Paraguay, si se tienen en cuenta las “condiciones comerciales y macroeconómicas desparejas” de este último. La Demandante agrega que esta ha sido la práctica habitual del tribunal de Reclamaciones de Irán-EE. UU.<sup>278</sup> y de otros tribunales del CIADI<sup>279</sup>.

148. Asimismo, la Demandante sostiene que debería aplicarse una tasa de interés comercial que se capitalice en forma anual respecto de cada una de las facturas impagas desde la fecha en que vencieron hasta la fecha de pago<sup>280</sup>. En primer lugar, según la Demandante, la adjudicación de intereses compuestos es la práctica habitual en el derecho internacional<sup>281</sup>. En segundo lugar, la Demandante objeta el argumento del Paraguay en el sentido de que “la adjudicación del interés compuesto viola la ley paraguaya”<sup>282</sup>. De conformidad con el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Demandante argumenta que el Paraguay no puede basarse en sus leyes nacionales para evitar cumplir con sus obligaciones internacionales de pagar intereses sobre el monto adeudado<sup>283</sup>.

149. Por lo tanto, si se aplica la tasa de interés neerlandesa correspondiente a las operaciones comerciales, capitalizada anualmente sobre el principal, la Demandante

---

*Arbitration*”, (1996) 90 AJIL 40, (CL-122), pág. 3. Véase Réplica de BIVAC, párr. 147.

<sup>276</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 140; Réplica de BIVAC, párr. 147.

<sup>277</sup> Tratado, Artículo 6, Anexo CE-66.

<sup>278</sup> La Demandante se refiere al caso *Sylvania Technical Systems c. Irán*, Laudo, (27 de junio de 1985), CL-119, pág. 13 [en adelante, *Sylvania c. Irán*] donde el Tribunal adjudicó a una compañía estadounidense “la tasa promedio de interés correspondiente a los plazos fijos estadounidenses a seis meses”.

<sup>279</sup> La Demandante se refiere a casos amparados por el TBI entre EE. UU. y Argentina que “les concedieron de manera uniforme a las demandantes estadounidenses el cobro de intereses a la tasa aplicable ya sea a Notas del Tesoro de EE. UU. a corto plazo o plazos fijos a seis meses”: *LG&E c. Argentina*, párr. 102; *CMS c. Argentina*, párr. 471; *Azurix c. Argentina*, párr. 440; Réplica de BIVAC, párr. 148.

<sup>280</sup> Memorial de BIVAC, párr. 256.

<sup>281</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 140; Réplica de BIVAC, párr. 151. La Demandante se refiere, por ej., a *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002, párr. 89 [en adelante, *Pope & Talbot c. Canadá*, Laudo sobre Daños; y cita a J Gotanda, “*Compound Interest in International Disputes*”, (2004) Oxford U Comparative L Forum, 1, Parte V, (Autoridad Legal CL-124), pág. 19. La Demandante también sustenta su argumentación en laudos que parecen aplicarse específicamente a “casos de expropiación”: véase *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, (Caso CIADI No. ARB/99/6), Laudo, 12 de abril de 2002, párrs. 174-175 [en adelante *Cement Shipping c. Egipto*], donde el Tribunal sostuvo que “los intereses compuestos (por contraposición a los simples) resultan apropiados en cuanto estándar del derecho internacional para tales casos de expropiación”.

<sup>282</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 172.

<sup>283</sup> Réplica de BIVAC, párr. 150.

afirma que el daño de BIVAC asciende a US\$ 63.969.775,13<sup>284</sup>.

150. Con respecto al monto de la compensación, la Demandante refuta la opinión del Paraguay de que “BIVAC no cumplió con las medidas razonables a fin de reducir las pérdidas que experimentó a partir de las acciones ilícitas alegadas del Paraguay”<sup>285</sup>. Según la Demandante, este argumento carece de fundamento en derecho y no se encuentra respaldado por las pruebas. En opinión de la Demandante:

“[...]un contratante como BIVAC tiene la expectativa legítima de que la otra parte (en este caso, Paraguay) cumpla con su parte del negocio, a menos que se le informe lo contrario y hasta que ello suceda. En ningún momento de la ejecución del Contrato Paraguay le informó a BIVAC que suspendería todos los pagos. No existe ninguna regla por la cual la parte cumplida deba salvar a la parte incumplida de las consecuencias económicas de sus propios actos ilícitos. Es más, no es cierto que BIVAC ‘pasivamente se acomodó y decidió dejar que la deuda aumente cada mes’. Las pruebas coinciden: un esfuerzo continuo (y costoso) por parte de BIVAC para asegurarse el pago”<sup>286</sup>.

#### **4.3.2. La Postura de la Demandada**

151. La Demandada rechaza las alegaciones y los argumentos legales de la Demandante y sostiene que el Paraguay no violó el Artículo 3(1) del Tratado. Argumenta que el estándar de TJE aplicable se encuentra reflejado en el derecho internacional consuetudinario y que el Paraguay no ha violado dicho estándar (4.3.2.1). El Paraguay plantea que incluso si el Tribunal aceptara la interpretación del estándar realizada por la Demandante, de todos modos el Paraguay no puede ser considerado responsable de haberlo violado porque no actuó de manera arbitraria, ni faltó transparencia en sus acciones ni debido proceso, tampoco se condujo de manera negligente, incoherente o con mala fe ni tampoco ha repudiado la deuda o violado las expectativas legítimas de BIVAC (4.3.2.2). La Demandada insiste en que la relación entre el Paraguay y BIVAC era de naturaleza comercial y no estaba obstruida por el poder gubernamental (*‘puissance publique’*) (4.3.2.3). También afirma que el Paraguay no ha tomado “medidas” y que lo que hizo no fue irrazonable ni perjudicó la inversión de BIVAC (4.3.2.4). Asimismo, la Demandada insiste en que la controversia debe ser resuelta por los tribunales soberanos del Paraguay tal como fue pactado contractualmente (4.3.2.5). Por último, la Demandada sostiene que la conducta del Paraguay fue irrelevante

<sup>284</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 141.

<sup>285</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 175-176; Réplica de BIVAC, párr. 152.

<sup>286</sup> *Ibid.*, párr. 153.

respecto de los daños de BIVAC (4.3.1.6) y que BIVAC no puede reclamar daños contractuales por supuestas violaciones a una disposición del tratado, mucho menos intereses compuestos según tasas neerlandesas, y que los daños no fueron mitigados por la Demandante (4.3.2.7)<sup>287</sup>.

#### 4.3.2.1. No existió violación del Estándar de Trato Justo y Equitativo tal como se Define en el Derecho Internacional Consuetudinario.

152. La Demandada alega que la cláusula de TJE contenida en el TBI incorpora el estándar mínimo internacional en virtud del derecho internacional consuetudinario. La Demandada sostiene que tanto el Paraguay<sup>288</sup> como los Países Bajos<sup>289</sup> tuvieron la intención de que el estándar de TJE hiciera referencia al estándar mínimo internacional<sup>290</sup>. Además de la intención de las propias Partes, la Demandada argumenta que los Estados, incluidas las partes en el TLCAN como los Estados Unidos<sup>291</sup> y Canadá, y partes que no pertenecen al TLCAN como Suiza<sup>292</sup>, generalmente han adoptado el estándar de TJE mínimo del derecho internacional consuetudinario en los tratados bilaterales<sup>293</sup>, incluso cuando el propio tratado no hace referencia expresamente al derecho internacional consuetudinario. De hecho, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una interpretación vinculante oficial del estándar de TJE donde reconoce que “los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un trato adicional al requerido por el

<sup>287</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 22-140 y 154-178; Dúplica del Paraguay, párrs. 25-200; y Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 7-134.

<sup>288</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 79-80. Como prueba relacionada con el propio Paraguay, la Demandada cita la membresía del Paraguay en el Grupo 77 y su propia interpretación del trato justo y equitativo a los fines del presente arbitraje. Véase Declaración Conjunta de los setenta y siete países en desarrollo al término del primer período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, (15 de junio de 1964), (RL-44); Stephen Vasciannie, “*The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*”, (1999) Brit. Y.B. Int’l L., págs 99 y 140 (CL-109); Anthea Roberts, “*Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States*”, (2010) Am. J. Int’l L. 104, págs 179 y 217, (RL-45).

<sup>289</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 81. Como prueba relacionada con los Países Bajos, la Demandada cita la membresía de éstos en la OCDE y su voto a favor de la adopción del Proyecto de Convención sobre la Protección de los Bienes Extranjeros, que incluía una cláusula de TJE que el comentario a la Convención definió de la siguiente manera: “el estándar exigido se corresponde en efecto con el ‘estándar mínimo’ que forma parte del derecho internacional consuetudinario” (traducción del Tribunal Proyecto de Convención sobre la Protección de los Bienes Extranjeros de la OCDE, Art. 1, comentario 4(a), (RL-46).

<sup>290</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 31(4), (“[s]e dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”).

<sup>291</sup> TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004, Artículo 5 y Anexo A, (RL-51)Paraguay Rejoinder para. 85.

<sup>292</sup> Para Suiza, véase Dúplica del Paraguay, párrs. 87-88. La Demandada cita las declaraciones del Ministerio de Asuntos Exteriores suizo y del Gobierno Federal suizo de 1979 en el sentido de que las cláusulas de TJE en los TBI incorporan el derecho internacional consuetudinario aun cuando sus tratados no se refieren explícitamente al derecho internacional consuetudinario o el derecho internacional en general. *36 Annuaire Suisse de Droit International* 174, 178, (1980), (RL-52); y *Message concernant les accords de promotion et de protection réciproque des investissements avec le Kenya et la Syrie* (16 de enero) 2008, *Feuille Fédérale Suisse No. 6*, párrs. 903 y 906, (2008), (RL 53).

<sup>293</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 82-83, véase nota al pie 96 a la Dúplica del Paraguay, párr. 83 para antecedentes, comentario y autoridades legales.

nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario o que vaya más allá de éste<sup>294</sup>. La Demandada sostiene que esta interpretación ha sido aplicada en laudos arbitrales posteriores<sup>295</sup>. La Demandada también observa que los tribunales que entienden en diferencias no relacionadas con el TLCAN han determinado que el estándar de trato justo y equitativo incorpora el estándar mínimo internacional<sup>296</sup>, mientras que grupos como la Asociación de Derecho Internacional observaron que la cláusula de trato justo y equitativo es un ejemplo de la práctica en relación con los tratados<sup>297</sup>.

153. La Demandada agrega que el derecho internacional consuetudinario es “aplicable en las relaciones” entre el Paraguay y los Países Bajos dado que no existe ninguna disposición en el Tratado o prueba alguna presentada ante el Tribunal que demuestre la existencia de una intención en contrario<sup>298</sup>. La Demandada objeta la postura de la Demandante de que la cláusula de TJE exige al Tribunal aplicar sus propias nociones de justicia y equidad. La Demandada alega que la argumentación por parte de BIVAC basada exclusivamente en los laudos arbitrales hace caso omiso a la historia del estándar mínimo internacional y a las manifestaciones consistentes de los Estados, que reconocen que el estándar de TJE incorpora el estándar mínimo internacional<sup>299</sup>.

154. La Demandada también está en desacuerdo con la interpretación de BIVAC respecto

---

<sup>294</sup> Notas de Interpretación de Ciertas Disposiciones del Capítulo 11, Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2001, pág. 2, (RL-26).

<sup>295</sup> *Pope & Talbot c. Canadá, Laudo sobre Daños*, párr. 51; *United Parcel Service of America Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002, párr. 197 [en adelante, *UPS v. Canadá*]; Memorial de Contestación del Paraguay para. 78.

<sup>296</sup> *Parkerings c. Lituania* párr. 315.

<sup>297</sup> Int'l Law Ass'n, *Comm. on Formation of Customary (General) Int'l Law, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law*, párr. 43, (2000), (RL-50).

<sup>298</sup> La Demandada se refiere a las interpretaciones del Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados realizadas por diversos Tribunales: la CIJ, el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. y Tribunales involucrados en la resolución de disputas entre inversores y Estados han interpretado términos de los tratados que eran indefinidos o ambiguos en el sentido de incorporar su significado desde el derecho internacional consuetudinario de conformidad con el Art. 31(3)(c). Véase: *Oil Platforms (Irán c. EE. UU.)*, Informe de la CIJ de 2003, pág.161, en pág. 182 (párr. 41). (6 de noviembre de 2003); *República Islámica de Irán c. Estados Unidos*, Caso No. A/18, Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU., Decisión No. DEC-32-A18-FT (6 de abril de 1984), párr. 6, (RL-57); *Micula c. Rumania*, (Caso CIADI No. ARB/05/20), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 24 de septiembre de 2008, párr. 87 [en adelante, *Micula c. Rumania*]; *Saluka c. República Checa*, párr. 254; y Philippe Sands, “*Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*”, 1 Yale Hum. Rts & Dev. L.J., (1998), págs. 85, 87, (donde observa que el Art. 31(3)(c) puede reconciliar el derecho internacional consuetudinario con las normas de los tratados), (RL-58); confrontar con *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canadá c. Estados Unidos de América)*, Informe de la CIJ de 1985, pág. 246, en pág. 291 (párr. 83), (donde la Corte sostuvo que los tratados multilaterales deben ser interpretados teniendo en cuenta los antecedentes del derecho internacional consuetudinario); *Dúplica del Paraguay*, párr. 94.

<sup>299</sup> *Dúplica del Paraguay*, párr. 90.

de los laudos dictados en los casos *Pope & Talbot*<sup>300</sup>, *Mondev*<sup>301</sup> y *Azurix*<sup>302</sup> en el sentido de que rechazan el estándar mínimo internacional. Por el contrario, la Demandada argumenta que el tribunal en el caso *Pope & Talbot* confirmó posteriormente la naturaleza vinculante de la interpretación del estándar mínimo en el laudo sobre daños y que mientras el tribunal en el caso *Mondev* observó que el estándar de TJE contenido en el TLCAN no podía exceder el derecho internacional consuetudinario, y que el tribunal en el caso *Azurix* interpretó una violación del estándar de TJE como una “conducta por debajo de los estándares internacionales”<sup>303</sup>. Además, la Demandada está en desacuerdo con la postura de la Demandante de que el estándar de trato justo y equitativo contenido en el TBI puede ser interpretado mediante la referencia a diccionarios, ya que dicho enfoque ha sido rechazado por los tribunales porque no brinda un estándar legal definido<sup>304</sup>. La Demandada también alega que el enfoque de la Demandante subvierte el propósito de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que en realidad deja claro que los principios básicos del derecho internacional consuetudinario brindan la definición de los términos de un tratado cuando esa es la intención de las partes en el tratado”<sup>305</sup> (traducción del Tribunal). Por último, la Demandada argumenta que el análisis propuesto por la Demandante es contrario al Convenio del CIADI y transforma un término legal con un sentido definido en el derecho internacional consuetudinario en un consentimiento implícito para que los árbitros decidan *ex aequo et bono* un estándar al que ningún Estado accedería<sup>306</sup>.

155. Según la Demandada, el contenido del estándar mínimo de trato en el derecho internacional consuetudinario puede diferir según el contexto o la conducta del Estado en cuestión. Sin embargo, la carga de la prueba para demostrar que una norma

<sup>300</sup> *Pope & Talbot c. Canadá*, Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 76.

<sup>301</sup> *Mondev c. Estados Unidos de América*, párr. 125; Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 78.

<sup>302</sup> *Azurix c. Argentina*, párr. 372. Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 79.

<sup>303</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 79.

<sup>304</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 76; véase, por ejemplo, *Saluka c. República Checa*, párr. 297, (“El ‘sentido corriente’ del estándar de ‘trato justo y equitativo’ sólo puede definirse en términos de casi la misma vaguedad”) (traducción del Tribunal); y *Suez c. Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/03/19), Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010, párr. 213, (“[A]nalizar el sentido corriente del término ‘tratamiento justo y equitativo’, tal como se utiliza en los dos TBI aplicables a la presente diferencia, arroja sólo un poco más de claridad”). Dúplica del Paraguay párr. 94.

<sup>305</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 76.

<sup>306</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 75; Black’s Law Dictionary, pág. 581, (7° ed. 1999), (RL-56); Convenio del CIADI, Artículo 42(3). De hecho, el enfoque del sentido corriente que respalda BIVAC estaría en conflicto con el Convenio del CIADI, que sólo permite una decisión *ex aequo et bono* si las partes prestan su consentimiento específicamente a tal efecto.

específica ha sido violada recae sobre la Demandante<sup>307</sup>. Independientemente de la aplicación de normas específicas para el contexto o de un estándar general, BIVAC no ha demostrado que el Paraguay haya violado dicho estándar de TJE<sup>308</sup>.

156. Según la Demandada, si se aplica un estándar de trato general, dicho estándar sigue siendo aquel expresado en el caso *Neer*, que establece:

“[P]ara que constituya un incumplimiento internacional, el trato de un extranjero debe ser equivalente a un atropello, mala fe, negligencia maliciosa en el cumplimiento de un deber o deficiencia de una acción gubernamental tan distante de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial la reconocería como deficiente”<sup>309</sup>.

La Demandada objeta el argumento de la Demandante de que *Neer* ha sido casi universalmente rechazado como una manifestación del actual estándar mínimo internacional de trato a los inversores extranjeros. La Demandada considera que la postura de la Demandante se basa en pruebas que derivan de la opinión de los juristas<sup>310</sup> y de los árbitros, pero que únicamente los Estados pueden crear derecho internacional consuetudinario mediante la práctica y *opinio juris* estatal<sup>311</sup>. Por lo tanto, el hecho de que los juristas o árbitros hayan tenido la intención o no de

---

<sup>307</sup> *Tradex Hellas S.A. c. República de Albania*, (Caso CIADI No. ARB/94/2), Laudo, 29 de abril de 1999, párr. 74 [en adelante, *Tradex v. Albania*]; *Glamis Gold c. Estados Unidos*, párr. 601; *ADF Grp., Inc. c. Estados Unidos de América*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1), Laudo, 9 de enero de 2003, párr. 185 [en adelante, *ADF c. EE. UU.*];

<sup>308</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 97-101.

<sup>309</sup> *Neer c. México* párrs. 61-62, (RL-27). Véase también OCDE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, págs. 11-12, *Working Papers on Int'l Invest.*, (2004), (donde se observan las posiciones de los Estados Unidos, México y Canadá en cuanto a que el estándar *Neer* sigue siendo el requisito necesario, pero que aquello que viola dicho requisito puede haber evolucionado desde la década de 1920), (RL-62). Al parecer, con base en las autoridades legales citadas precedentemente, los Estados Unidos aceptan que el requisito establecido en *Neer* es una declaración del derecho internacional consuetudinario en cuanto a la necesidad de ofrecer un nivel mínimo de seguridad y tal vez en cuanto a la obligación de no denegar justicia; *Glamis Gold c. Estados Unidos de América*, párr. 601 (donde se observa que México y Canadá estaban de acuerdo en que el requisito establecido en el caso *Neer* representaba el derecho internacional consuetudinario, si bien México también señaló que una “conducta que puede no haber violado el derecho internacional [en] la década de los veinte puede perfectamente ser considerada una ofensa a los principios aceptados a nivel internacional en la actualidad”) (traducción del Tribunal); Memorial de Contestación de *Canadá, Mobil Invs. Canada Inc. c. Canadá*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4), 1 de diciembre de 2009, párr. 247 y nota al pie 364 [en adelante, *Mobile v. Canada*] (que señala que “[e]l Tribunal en el caso *Glamis* [que se basó en *Neer*] resumió el estándar mínimo de trato tal como existe en la actualidad de conformidad con el derecho internacional consuetudinario” (traducción del Tribunal), pero que el estándar no está congelado en la época del laudo del caso *Neer* ya que aquello que puede considerarse alarmante o flagrante actualmente puede diferir de lo que se consideraba alarmante o flagrante en la década de 1920), (RL-63); *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2), Laudo, 18 de septiembre de 2009, párr. 272 [hereinafter *Cargill v. Mexico*] (“En el caso de la norma de ‘trato justo y equitativo’ en el marco del derecho internacional consuetudinario, las Partes en este caso y los otros dos Estados parte del TLCAN coinciden en que la norma del derecho internacional consuetudinario es, como mínimo, la establecida en el arbitraje del caso *Neer* en 1926.”); *Vivendi II c. Argentina*, párr. 6.6.3; y *Saluka c. República Checa* párr. 290. Dúplica del Paraguay, párr. 102-103.

<sup>310</sup> J. Paulsson y G. Petrochilos, “*Neer-ly Mised*”, (2007), *ICSID Review: Foreign Invest. L.J.*, pág. 242, 243, 246, (CL-125). Dúplica del Paraguay, párr. 107.

<sup>311</sup> *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua*, (*Nicaragua c. Estados Unidos de América*), Fondo, Sentencia, Informe de la CIJ de 1986, pág. 14, en pág. 97 (párr. 183) [en adelante *Nicaragua c. Estados Unidos de América*]; *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya c. Malta)*, Informe de la CIJ de 1985, pág. 13, en pág. 29 (párr. 27) [en adelante, *Libyan Arab Jamahiriya c. Malta*]; y *Glamis Gold c. Estados Unidos*, párr. 605 (“Los laudos arbitrales [...] no constituyen prácticas del Estado y por lo tanto no pueden crear o demostrar el derecho internacional consuetudinario”) (traducción del



establecer un estándar general es irrelevante a la cuestión de la existencia de dicho estándar<sup>312</sup>. Asimismo, “[e]n materia de práctica estatal, los Estados Unidos, Canadá, México, Argentina y la República Checa han aceptado expresamente que *Neer* representa el derecho internacional consuetudinario contemporáneo”<sup>313</sup> (traducción del Tribunal). Además, la “CIJ, el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. y los tribunales que entienden en diferencias entre inversores y Estados han interpretado términos indefinidos y ambiguos contenidos en los tratados mediante la incorporación de su significado según el derecho internacional consuetudinario de conformidad con el Artículo 31(3)(c)”<sup>314</sup> (traducción del Tribunal). La Demandada también objeta la relevancia de cada laudo citado por la Demandante y alega que no ponen demasiado empeño en la investigación de la práctica estatal; que no contienen un análisis de las posturas estatales oficiales; que no hacen mención a las decisiones judiciales locales; y que se fundamentan mayormente en laudos de otros tribunales de arbitraje en lugar de fundamentarse en la práctica estatal para interpretar el estándar de TJE<sup>315</sup>.

157. “El estándar [mínimo] surgió para proteger a los extranjeros frente a los sistemas legales locales que no brindaban justicia y equidad básica”<sup>316</sup> (traducción del Tribunal) y [la intervención intencional] está garantizad[o]

“cuando un Estado soberano abusa de su poder gubernamental en una forma que la comunidad internacional considera alarmante e indignante. Un acto comercial, como la falta de pago de una deuda, rara vez, o nunca, alcanzaría ese umbral”<sup>317</sup> (traducción del Tribunal).

158. La Demandada niega que el supuesto incumplimiento del Contrato mediante la falta de

---

Tribunal). Dúplica del Paraguay párr. 105.

<sup>312</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 108.

<sup>313</sup> *Ibid.*, párr. 103 (se omiten las notas al pie).

<sup>314</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 94; la Demandada se refiere al caso *Oil Platforms (Irán c. EE. UU.)*, párr. 41; *República Islámica de Irán c. Estados Unidos*, (Caso No. A/18), (Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., Decisión No. DEC-32-A18-FT), (6 de abril de 1984), pág. 6, (RL-57); *Micula c. Rumania*, (Caso CIADI No. ARB/05/20), Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 24 de septiembre de 2008, párr. 87, [en adelante, *Micula c. Rumania*]; *Saluka c. República Checa*, párr. 254; y Philippe Sands, “*Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law*”, (1998), 1 Yale Hum. Rts & Dev. L.J. 85, 87, (donde se observa que el Artículo 31(3)(c) puede reconciliar el derecho internacional consuetudinario con las normas de los tratados), (RL-58); confrontar con *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canadá c. Estados Unidos de América)*, Informe CIJ de 1985, pág. 246, pág. 291 (párr. 83), (donde la Corte sostuvo que los tratados multilaterales deben ser interpretados teniendo en cuenta los antecedentes del derecho internacional consuetudinario).

<sup>315</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 110-123. Autoridades legales respecto de las cuales la Demandada discrepa con la interpretación de la Demandante: *Mondev c. Canadá* párrs. 115-116; *Azurix c. Argentina*, párrs. 368, 372; *Siemens c. Argentina*, párr. 299; *Merrill & Ring Forestry, L.P. c. Canadá*, (CNUDMI), Laudo, (31 de marzo de 2010), párr. 210 [en adelante, *Merrill c. Canadá*]; *German Settlers in Poland*, Opinión Consultiva, 1923 CPJI, (ser. B), No. 6, págs. 6-7; caso *Aboilard*, 11 R.I.A.A. págs. 71, 75 (1905); *Brown (Estados Unidos) c. Gran Bretaña*, 6 R.I.A.A. 120, párrs. 121-26, (1923); *Lalanne & Ledourc*, 10 R.I.A.A. 17, párr. 17, (1902).

<sup>316</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 123.

<sup>317</sup> *Ibid.*, párr. 124.

pago de la deuda, junto con respuestas insatisfactorias a las solicitudes de pago, viole el estándar mínimo internacional en virtud del Contrato:

“Cuando, como ocurre en el presente caso, una reclamación se basa en un incumplimiento contractual y el Estado no utiliza su poder ejecutivo, legislativo o judicial para anular los derechos establecidos en el contrato, no es autor del nivel de conducta que acciona la intervención internacional de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. Las partes en el TBI seguramente no esperaban ser convocadas ante un tribunal internacional por el cobro de una deuda respecto de la cual el inversor tenía vías de reparación contractuales a su disposición, pero que rehusó utilizar”<sup>318</sup> (traducción del Tribunal).

159. La Demandada también objeta la interpretación que realiza la Demandante de los laudos en respaldo de sus argumentos sobre los “factores agravantes” y los distingue de los hechos del presente caso en relación con las cláusulas de ley aplicable y elección de foro, admisibilidad de reclamaciones contractuales y razonabilidad de las expectativas del inversor<sup>319</sup>.

160. La Demandada también rechaza el argumento de BIVAC de que

“incluso si la Cláusula de TJE reflejara el derecho internacional consuetudinario, brinda protección frente a una conducta que es ‘arbitraria, inconsistente, negligente, irrazonable, de mala fe, poco transparente y/o que constituye un desconocimiento de los compromisos asumidos’. También parece argumentar que una violación de sus expectativas legítimas viola el derecho internacional consuetudinario. Si el Tribunal concluye que la Cláusula de TJE incorpora el estándar mínimo internacional, entonces BIVAC tiene la carga de probar que dichos factores son parte de ese del estándar. Ninguno de los factores, que según BIVAC están contenidos en la Cláusula de TJE son parte del estándar mínimo internacional”<sup>320</sup>.

Los Estados no han aceptado los diversos adjetivos que BIVAC propone como elementos del estándar mínimo internacional. BIVAC no afirma que lo han hecho. En cambio, se basa exclusivamente en decisiones de tribunales que no han ni siquiera analizado la práctica estatal<sup>321</sup> (traducción del Tribunal).

---

<sup>318</sup> *Ibid.*, párr. 128.

<sup>319</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 117-123. Autoridades legales respecto de las cuales la Demandada discrepa con la interpretación de la Demandante: *Rumeli c. Kasajstán* párrs. 615, 617-618; *Nykomb Synergetic Technology AB v. The Republic of Latvia*, SCC Arbitraje, Laudo, 16 de diciembre de 2003, pág. 34. [en adelante, *Nykomb c. Latvia*].

<sup>320</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 137; la Demandada se basa en los siguientes casos: *Asylum (Colombia c. Perú)*, Informe CIJ de 1950, pág. 266, pág. 276 [en adelante, *Asylum*]. (“La Parte que se fundamenta en esta clase de costumbre debe probar que tal costumbre se encuentra establecida de manera que se ha vuelto vinculante para la otra Parte” (traducción del Tribunal)); *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (Francia c. Estados Unidos), Informe CIJ de 1952, pág. 176, pág. 200, (donde se cita el caso *Asylum*) [en adelante, *Rights of Nationals*]; Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, Fifth Edition (Clarendon Press, Oxford, 1998), pág. 11 y *supra* nota 134. (“En la práctica, quien propone la existencia de una costumbre tiene la carga de la prueba cuya naturaleza variará según el objeto y la forma de los escritos”) (traducción del Tribunal), (RL-61); *Tradex Hellas c. Albania*, párr. 74 (“[E]s la Demandante quien tiene la carga de la prueba respecto de las condiciones exigidas en las normas de derecho sustantivas aplicables para establecer la reclamación”) (traducción del Tribunal); *Glamis Gold c. Estados Unidos de América*, párr. 601 (donde el tribunal sostuvo que la Demandante tiene la carga de probar que el derecho internacional consuetudinario ha evolucionado más allá del caso *Neer*).

<sup>321</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 138.

161. La Demandada sostiene que la supuesta falta de pago injustificada de la deuda y su conducta en las relaciones contractuales con BIVAC no pueden ser consideradas alarmantes o indignantes y, por lo tanto, no pueden constituir una violación de su obligación de TJE tal como se la define en el derecho internacional consuetudinario<sup>322</sup>.

#### 4.3.2.2. No existió una violación del Estándar de Trato Justo y Equitativo tal como lo Define la Demandante

162. La Demandada también afirma que incluso si el Tribunal aplicara el estándar de TJE tal como lo define BIVAC, todavía no ha sido demostrado que el Paraguay haya incumplido con sus obligaciones. La Demandada objeta los hechos enumerados por BIVAC para respaldar su reclamación y niega que su conducta constituya una violación del trato justo y equitativo con base en cualquier estándar. La Demandada expone los hechos de la siguiente manera<sup>323</sup>:

- “El Paraguay objetó las facturas de BIVAC incluso antes de que las Partes terminaran el Contrato. Dos meses antes de la terminación mutua del Contrato, el Ministerio de Hacienda objetó formalmente las facturas de BIVAC de junio de 1997 a diciembre de 1997 y desde marzo de 1998 a causa del incumplimiento por parte de BIVAC con sus obligaciones establecidas en la Sección 5 del Contrato<sup>324</sup>; y los pagos que surgían del Contrato comenzaron a retenerse ya en 1996<sup>325</sup>;
- Informe del Contralor General de Aduanas del 30 de marzo de 1999 donde se informa que BIVAC no había llevado a cabo los programas de capacitación que le exigía la Cláusula 2.9<sup>326</sup>;
- Carta dirigida al Ministerio de Hacienda, fechada el 22 de junio de 1999, que hace referencia a una serie de incumplimientos contractuales, incluyendo el incumplimiento en la provisión de asistencia técnica según lo requerido por el Contrato, la inspección de los bienes exentos, y la expedición irregular de CIs a fin de generar honorarios más elevados<sup>327</sup>;

<sup>322</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 123-125, 128 y 137-138; Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 74-80.

<sup>323</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 124; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 79.

<sup>324</sup> Anexo CE-70.

<sup>325</sup> Anexo RE-15.

<sup>326</sup> Anexo RE-19.

<sup>327</sup> Anexo RE-21; (“También se encuentran despachos por montos superiores a \$21.800 que tienen dos, tres o más Certificados de Verificación o Inspección, los cuales en muchos casos no alcanzan, en forma individual, el valor mínimo. Las verificadoras presentan su liquidación como verificaciones separadas y en el caso que corresponda cobran el importe mínimo, en abierta contradicción a lo establecido en el Art. N° 6, 4° párrafo, que establece totalizar cuando se trata de una operación que debe regir para todos los casos”).

- Informe de la Contraloría, fechado el 25 de julio de 2001, que reporta varios ejemplos de incumplimiento con el Contrato y sus reglamentos, tales como: (1) el incumplimiento en obtener las firmas autorizadas en algunos CIs; (2) el incumplimiento en enviar algunos documentos electrónicamente según lo requerido por la Res. 1171/96; y (3) el incumplimiento en crear la base de datos de los precios, entre otros problemas<sup>328</sup>;
- Informe del auditor interno del Ministerio fechado el 28 de enero de 2003 donde se observa que existieron varias instancias de incumplimiento, entre ellas, que se estaba inspeccionando mercadería exenta a expensas del Estado y que no se estaba brindando asistencia técnica, entre otros incumplimientos<sup>329</sup>;
- Informe de la Directora de Aduanas, la Sra. Margarita Díaz de Vivar, fechado el 30 de marzo de 2005, que reporta que la cláusula 2.9 del Contrato no fue cumplida. Si bien BIVAC dice que este Informe determinaba que BIVAC no había cometido algún acto ilícito, el Informe de la Sra. Vivar observa que BIVAC no cumplió con sus obligaciones de transferencia tecnológica establecidas en el Contrato<sup>330</sup>.
- La Demandada también afirma que el hecho de ‘que BIVAC no filtraba las solicitudes de Inspección Pre-Embarque que recibía de los importadores no está en discusión’ [...], ‘que BIVAC era responsable de asegurar que los bienes exentos no fueran inspeccionados’ [...] y que ‘el Paraguay estima que un 50% de los certificados de inspección emitidos por BIVAC no debían pagarse porque correspondían a bienes del Mercosur, un desvío sustancial de los objetivos establecidos en el Contrato (mayores ingresos) y las regulaciones de las Inspecciones Pre-Embarque’<sup>331</sup> (traducción del Tribunal).

163. La Demandada insiste en que estas comunicaciones con la Demandante son prueba de una controversia entre las Partes surgida con anterioridad al comienzo del arbitraje y refuta la afirmación de la Demandante de que “constituyen racionalizaciones *ex post facto* para justificar la falta de pago a BIVAC”<sup>332</sup> (traducción del Tribunal). El Paraguay sostiene que la Demandante tergiversa los hechos al alegar que la deuda fue reconocida por el Paraguay o que incluso se alcanzó un acuerdo sobre su pago. Argumenta que la Demandante se basa en cinco documentos para respaldar su afirmación y que estos cinco documentos no son concluyentes:

“El primer documento es una carta del Ministro Zayas fechada el 31 de julio de 1998 (casi un año antes de que se terminara el Contrato), en la que el Sr. Zayas simplemente vuelve a establecer el número de facturas pendientes de pago y expresa su deseo de pagar un tercio de ellas y dispensar las restantes (\$12 millones de \$18 millones) mediante una ‘concertación de intereses’, es

<sup>328</sup> Anexo CE-95.

<sup>329</sup> Anexo CE-110; (“Mercaderías liberadas: Las mercaderías que por diversas razones no pagan impuestos no deberían ser verificadas, ya que su costo originan pérdidas al Estado, contrario al objetivo perseguido al implementarse el sistema”).

<sup>330</sup> Anexo CE-35.

<sup>331</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 80-81 y 84; Dúplica del Paraguay, párrs. 10-17.

<sup>332</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 78.

decir, a través de concesiones mutuas<sup>333</sup>.

El segundo documento citado por BIVAC es una carta del Ministro Zayas fechada el 7 de junio de 1999, en la que el Ministro Zayas simplemente notifica la terminación del Contrato. En esa carta, deja en claro que la terminación no afectaría los derechos y las obligaciones jurídicas ya incurridas tanto por BIVAC como del Paraguay. No se hace mención alguna a un número específico supuestamente adeudado y mucho menos a un reconocimiento de la deuda<sup>334</sup>.

El tercer documento en el que se fundamenta BIVAC no es más que una tabla que enumera las facturas pendientes emitidas por BIVAC y SGS. El título mismo de la tabla no deja lugar a dudas de que el documento en cuestión no es un reconocimiento ni una admisión de la deuda: ‘facturas pendientes de pago emitidas por BIVAC B.V. a junio de 1999’. Si bien la descripción de los subtotales para cada año utiliza la expresión ‘total adeudado’, decir que este documento es algo más que lo que su título dice – una lista de facturas pendientes – es ir demasiado lejos [...]<sup>335</sup>.

El cuarto documento es una carta escrita por el Ministro Oviedo-Brítez dirigida a BIVAC fechada el 13 de febrero de 2001, en la que el Ministro Oviedo-Brítez sólo responde a una solicitud de pago formulada por BIVAC. El Ministro simplemente dice que asume que el Contrato fue cumplido debidamente y que se está realizando una investigación. No realiza ninguna afirmación que establezca inequívocamente la postura del Ministerio o del gobierno de que se le adeuda a BIVAC todo lo que ésta reclama que se le debe<sup>336</sup>.

70. Por último, BIVAC se basa en una carta fechada el 19 de abril de 2004 escrita por el Ministro Miguel Gómez. En esa carta, el Ministro Gómez señala que está trabajando en una solución para los montos reclamados, incluido un cronograma de pagos que sea acorde a las posibilidades financieras del Estado paraguayo y luego solicita una nueva reunión con los representantes de BIVAC a fin de negociar las facturas pendientes. Ello no constituye una promesa inequívoca de pago de la deuda, tal como reclama BIVAC. Es una carta que establece los parámetros para la negociación de un acuerdo<sup>337</sup>.

Las restantes cartas citadas por BIVAC son instancias en las que el Paraguay intentó resolver la cuestión de las facturas pendientes en forma amigable, primero ofreciendo la mitad de los montos pendientes y luego ofreciendo pagar con bonos del gobierno<sup>338</sup>. Estas afirmaciones simplemente no pueden ser utilizadas por BIVAC como prueba de que la deuda no está en discusión. Dichas afirmaciones fueron realizadas en el transcurso de las negociaciones de un acuerdo y, conforme al derecho internacional, no pueden ser utilizadas por BIVAC de buena fe para demostrar que se adeudan los montos<sup>339</sup> (traducción del Tribunal).

164. En cuanto al Informe de la Contraloría General del 4 de octubre de 2002 en el que se basa BIVAC, la Demandada señala que es una opinión técnica formulada en respuesta

---

<sup>333</sup> Anexo CE-68.

<sup>334</sup> Anexo CE-19.

<sup>335</sup> Anexo CE-22.

<sup>336</sup> Anexo CE-92.

<sup>337</sup> Anexo CE-31.

<sup>338</sup> Anexos CE-73 y CE-75.

<sup>339</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 66-71.

a una solicitud del Ministro, un “Dictamen” según el derecho administrativo paraguayo, sin efecto jurídico vinculante alguno. No puede ser interpretado como un documento que reconoce la deuda del Paraguay<sup>340</sup>.

165. A la luz de estos hechos, la Demandada afirma que la conducta del Paraguay no viola el estándar de TJE, tal como lo define BIVAC, porque no es arbitraria (4.3.2.2.1); es transparente y congruente con el debido proceso (4.3.2.2.2); es diligente y coherente (4.3.2.2.3); y de buena fe (4.3.2.2.4). La Demandada también argumenta que no repudió la deuda (4.3.2.2.5) ni violó las expectativas legítimas de BIVAC (4.3.2.2.6).

#### 4.3.2.2.1. No existió Arbitrariedad

166. La Demandada rechaza que la arbitrariedad sea parte del estándar de trato justo y equitativo<sup>341</sup>. Sin embargo, a la vez, y sin realizar ninguna reserva, cita los laudos de los casos *Parkerings c. Lituania* y *Pantehniki c. Albania* donde los tribunales sostuvieron que la arbitrariedad y el incumplimiento contractual pueden constituir un trato injusto e inequitativo<sup>342</sup>. Como sea, la Demandada niega la afirmación de que su conducta fue arbitraria. Reitera que las comisiones y los informes sólo fueron medidas internas que no perjudicaron los derechos de la Demandante y que su negativa a pagar las facturas fue válida porque BIVAC no había cumplido con sus obligaciones contractuales respecto de la creación de una base de datos, la provisión de asistencia técnica y el cumplimiento del esquema regulatorio. La realidad económica del Contrato, que le costó al Paraguay más de lo que pudo recuperar en impuestos, también debe ser tenida en cuenta<sup>343</sup>.

167. La Demandada se fundamenta en la decisión de la CIJ en el caso *ELSI*<sup>344</sup> en el sentido de que su conducta no fue arbitraria en la medida en que nunca se le impidió a la Demandante que recurriera a las vías de reparación legales que le asistían ante los

<sup>340</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 72-77; Dúplica del Paraguay, párr. 175; Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 31.

<sup>341</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 137.

<sup>342</sup> *Parkerings c. Lituania* párr. 316; *Pantehniki c. Albania*, (Caso CIADI ARB/07/21), Laudo, 30 de julio de 2009, párr. 87 [en adelante *Pantehniki c. Albania*]; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 16 y 35-36.

<sup>343</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 125, 126 y 130; Dúplica del Paraguay, párr. 150.

<sup>344</sup> *ELSI Elettronica Sicula SpA (ELSI)*, (*Estados Unidos de América c. Italia*), Informe CIJ de 1989, pág. 15, párrs. 128-130, (RL-17) [en adelante, *ELSI*].

tribunales de Asunción, tal como establece el Contrato. La Demandada alega que tales vías de reparación legales estuvieron a disposición de BIVAC en todo momento desde 1997 ante la supuesta falta de pago de la deuda y las supuestas comisiones e investigaciones ilícitas<sup>345</sup>.

168. Además, la Demandada niega que la conclusión de que existió arbitrariedad en el caso *Siemens c. Argentina* sea aplicable al presente caso<sup>346</sup>. En *Siemens*, Argentina actuó de un modo que frustró la finalidad del contrato y la expectativa legítima del inversor al no otorgar una autorización necesaria para el inversor. El Paraguay argumenta que, en el presente caso, no modificó ninguna regulación o requisito que hiciera más difícil o imposible el cumplimiento por parte de BIVAC<sup>347</sup>.

169. La Demandada se basa en el caso *Pantehniki c. Albania*, donde el tribunal sostuvo que:

“Es cierto que las decisiones arbitrarias pueden constituir un trato injusto e inequitativo y que un tribunal del CIADI en sentido general tiene competencia para resolver sobre el fondo de tales reclamaciones. Sin embargo, esta proposición pierde validez inmediatamente si la reclamación particular de arbitrariedad ya fue sometida voluntariamente a otro foro. Del análisis se desprende que la supuesta arbitrariedad surge porque Albania se niega a pagar una compensación. Esa es precisamente la cuestión que la Demandante (mal que le pese) presentó ante los tribunales de Albania. No podría fallar sobre dicha cuestión sin violar mis propias restricciones jurisdiccionales”<sup>348</sup> (traducción del Tribunal).

#### 4.3.2.2.2. *Transparencia y debido proceso*

170. Paraguay refuta la afirmación de BIVAC de que existió una falta de debido proceso por las mismas razones que rechaza los argumentos sobre arbitrariedad:

“BIVAC tenía a su disposición una vía de reparación legal efectiva tanto frente a la falta de pago como frente a las supuestas investigaciones ilícitas: una acción contractual ante los tribunales. Un procedimiento judicial – completo, con todos los derechos de un litigante a presentar pruebas y citar testigos, apelar las decisiones adversas y hacer exigible una sentencia a su favor – es el ícono del debido proceso”<sup>349</sup> (traducción del Tribunal).

<sup>345</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 126-128; Dúplica del Paraguay, párrs. 150-151.

<sup>346</sup> *Siemens A. G. c. Argentina*, Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 129.

<sup>347</sup> *Id.*

<sup>348</sup> *Pantehniki c. Albania*, párr. 87; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 35-36.

<sup>349</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 151.

171. La Demandada también argumenta que actuó de manera transparente. Califica como indiscutible el hecho de que las investigaciones y los informes no fueron realizados en forma secreta y que los resultados fueron todos comunicados a BIVAC. Objeta la afirmación de que BIVAC no fue invitada a ofrecer su punto de vista sobre los hechos. El Paraguay, refiriéndose al caso *Metalclad c. México* donde el tribunal había sugerido que la transparencia exige la libre disponibilidad de información sobre las leyes y regulaciones relativas a la inversión, alega que el régimen legal en el Paraguay era indiscutiblemente conocido por la Demandante<sup>350</sup>.

#### 4.3.2.2.3. No existió Negligencia ni Inconsistencia

172. Al igual que lo hizo con respecto a la arbitrariedad, la Demandada también niega que la inconsistencia y la negligencia sean factores relevantes para el estándar de TJE<sup>351</sup>. Sin embargo, si no fuera así, la Demandada afirma que no actuó de manera negligente o inconsistente<sup>352</sup>. A diferencia de la conducta de las demandadas en controversias que cita la Demandante, como los casos *Kardassopoulos*<sup>353</sup> y *PSEG*<sup>354</sup>, donde los tribunales determinaron que había existido una conducta inconsistente y negligente por injusticia procesal y sustantiva durante los procesos de negociación, los supuestos errores del Paraguay tuvieron lugar en medio de investigaciones internas y no vinculantes que no tenían efecto alguno sobre las relaciones con BIVAC. Por lo tanto, no es posible que el proceso de negociación se haya visto afectado por inconsistencias o negligencia<sup>355</sup>.

#### 4.3.2.2.4. No existió Mala Fe

173. La Demandada niega haber actuado con mala fe. Alega que el estándar para demostrar mala fe en el derecho internacional exige “pruebas claras y convincentes” (traducción del Tribunal) de que el Estado se condujo de esa manera.<sup>356</sup> En el presente caso, la

<sup>350</sup> *Metalclad c. Mexico*, párr. 76; véase Dúplica del Paraguay, párrs. 153-154;.

<sup>351</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 137 y 155.

<sup>352</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 134 y 135; Dúplica del Paraguay, párrs. 155-157.

<sup>353</sup> *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*, párr. 441. Dúplica del Paraguay, párr. 155.

<sup>354</sup> *PSEG c. Turquía* párrs. 242 y 246-252. Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 134.

<sup>355</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 134-135; Dúplica del Paraguay, párrs. 155-157.

<sup>356</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 136-138; Dúplica del Paraguay, párrs. 158-161. La Demandada se basa en



Demandante no demostró que la conducta del Paraguay haya satisfecho ese requisito. El Paraguay argumenta que tenía “inquietudes legítimas” (traducción del Tribunal) con respecto al pago a BIVAC y que el Tribunal no puede, tal como sostiene la Demandante, “inferir” la existencia de mala fe simplemente por la retención del pago. Además, basándose en la Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, la Demandada alega que toda afirmación de mala fe relativa al incumplimiento de sus obligaciones contractuales está sujeta a la competencia exclusiva de los tribunales paraguayos<sup>357</sup>.

#### 4.3.2.2.5. No existió Repudiación

174. La Demandada asegura “que nunca ha repudiado ninguno de los derechos contractuales de BIVAC, incluido su derecho a recibir pagos”<sup>358</sup> (traducción del Tribunal). El Paraguay afirma que la Demandante no objeta los resultados de la investigación y los informes elaborados por los funcionarios paraguayos, que confirmaron un derecho al pago. Con respecto a los discursos y las comunicaciones políticas, incluida la declaración del ex Presidente Duarte, la Demandada afirma que si bien expresaban dudas en cuanto a las obligaciones de pago, también insistían en que sólo pagarían una deuda que fuera clara y/o jurídicamente válida. Por último, la Demandada argumenta que el Paraguay nunca cerró la puerta a los tribunales paraguayos y que habría respetado un fallo que determinara la obligación de pagar la deuda<sup>359</sup>.

175. La Demandada fundamenta su afirmación en los casos *Waste Management, EnCana y Parkerings* y cita las decisiones de los tribunales:

“[e]l Presidente Municipal no pretendía *ejercer ninguna autoridad legislativa o modificar unilateralmente el contrato. No intervino adoptando acciones extrajudiciales [...]*. Dijo lo que debía hacerse, en su opinión, para calmar las inquietudes del público, inquietudes que indudablemente existían en aquel momento. Las declaraciones de este tenor hechas en forma individual por figuras políticas locales en el fragor del debate público pueden o no ser prudentes o apropiadas, pero no son equivalentes a una

---

los laudos arbitrales emitidos en los casos *Tacna-Arica (Chile c. Perú)*, 2 R.I.A.A. 1925, párrs. 921, 930 [en adelante *Tacna-Arica*]; *Siemens c. Argentina*,; y *Bayindir c. Pakistán*, párr. 143; la Opinión Separada del Juez Tanaka en *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Sentencia, Informe CIJ de 1970, pág. 3, pág. 159 [en adelante, *Barcelona Traction*]; la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Khodorkovskiy c. Rusia*, Solicitud No. 5829/04, 31 de mayo de 2011, párr. 260, (RL-73).[en adelante, *Khodorkovskiy c. Rusia*].

<sup>357</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 68-72 y 161; y la Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, párr. 146 (donde sostuvo 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”).

<sup>358</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 24; Dúplica del Paraguay, párrs. 187-192.

<sup>359</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 24 y 28-29.

expropiación, *a menos que se actúe en consecuencia negando los derechos en juego sin ofrecer compensación alguna*. De hecho, ninguna amenaza pronunciada en ese momento o con posterioridad pasó a la acción. *Aun cuando sí se hubiese adoptado alguna acción, la Demandante tenía a su disposición los recursos establecidos en el Título de Concesión y otros*<sup>360</sup>.

y

“En lo que respecta al CFPRI, el 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*”<sup>361</sup>.

y

“En determinadas y limitadas circunstancias particulares, un incumplimiento contractual sustancial puede constituir una violación de un tratado. [...] En la mayoría de los casos, es necesaria una determinación preliminar de un tribunal competente de si hubo un incumplimiento del contrato en virtud del derecho local. Esta determinación preliminar es aún más necesaria si las partes del contrato han pactado un foro específico al que someter toda diferencia que surja del contrato”<sup>362</sup> (traducción del Tribunal).

176. La Demandada se basa en el razonamiento de estos laudos para argumentar que:

“la falta de pago de una deuda contractual continúa siendo una reclamación contractual, y no una que surja del tratado, cuando el Estado deja abierta la puerta a un foro para adjudicar y reparar el supuesto incumplimiento contractual y no repudia el contrato, por ejemplo, tomando medidas legislativas o extrajurídicas para eliminar los derechos contractuales o las vías de reparación”<sup>363</sup> (traducción del Tribunal).

#### 4.3.2.2.6. *No existió ninguna violación de Expectativas legítimas*

177. La Demandada argumenta que las expectativas legítimas deben ser evaluadas “al momento de la inversión”<sup>364</sup> (traducción del Tribunal). Según la Demandada, las expectativas legítimas de BIVAC al momento de celebrarse el Contrato eran “cumplir con el Contrato, recibir el pago o, si el pago resultaba ser insuficiente, tener la opción de detener el cumplimiento e iniciar una acción ante los tribunales de Asunción por incumplimiento contractual” (traducción del Tribunal). La Demandada sostiene que ninguna de estas expectativas se vio frustrada y que BIVAC no puede reclamar que sus expectativas legítimas no se materializaron cuando ella misma rechazó presentar una

<sup>360</sup> *Waste Management c. Mexico*, párr. 161, (énfasis de la Demandada).

<sup>361</sup> *EnCana Corp. c. República del Ecuador*, (Caso LCIA No. UN3481), Laudo, 3 de febrero de 2006, párr. 194, (énfasis de la Demandada) [en adelante, *EnCana v. Ecuador*].

<sup>362</sup> *Parkerings c. Lituania* párr. 316.

<sup>363</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 30.

<sup>364</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 165; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 19-20; la Demandada sustenta su

reclamación ante los tribunales paraguayos<sup>365</sup>. La Demandada agrega que las “expectativas contractuales” (traducción del Tribunal) difieren de las “expectativas tal como se interpretan en el derecho internacional” (traducción del Tribunal) y que la vía de reparación por la frustración de aquellas es buscar un resarcimiento ante un tribunal nacional y no presentar una reclamación por incumplimiento del estándar de TJE en el derecho internacional<sup>366</sup>.

178. La Demandada no está de acuerdo con el argumento de que la expectativa de pago de las facturas adeudadas en virtud del Contrato sea un tipo de expectativa protegida por el estándar de TJE. Con base en los casos *ELSI*<sup>367</sup> y *Waste Management*<sup>368</sup>, la Demandada observa que si bien un incumplimiento contractual puede ser contrario a una norma de derecho, en sí mismo un incumplimiento contractual no es en sí mismo contrario al estado de derecho o al derecho internacional<sup>369</sup>.

179. La Demandada también argumenta que la opinión de la Demandante sugiere que la falta de pago de las facturas de BIVAC por parte del Ministerio puede considerarse un incumplimiento del estándar de TJE “como una disposición alternativa a su reclamo en base a la cláusula [paraguas]”. La Demandada alega que dicha interpretación se encuentra en conflicto con el Artículo 31(1) de la Convención de Viena, que requiere que se le otorgue a la disposición de un tratado su significado corriente<sup>370</sup>. La Demandada distingue, además, sus actos de aquéllos existentes en el caso *Azurix*: “[p]or otra parte, en este caso, BIVAC y el Ministerio acordaron terminar el Contrato y no existe ninguna alegación de que algún poder del Gobierno interfirió ilícitamente con el Contrato” o que el Paraguay “trastornó el marco contractual o reglamentario de un modo que hubiera frustrado las legítimas expectativas de BIVAC”<sup>371</sup>.

180. Por último, la Demandada objeta las afirmaciones de la Demandante de que la

---

argumentación en *Bayindir c. Pakistán*, párrs. 190-191; *Duke Energy c. Ecuador*, párr. 340; y *LG&E. c. Argentina*, párr. 130.

<sup>365</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 165.

<sup>366</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 166; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 19; la Demandada sustenta su argumentación en *Parkerings c. Lituania*, párr. 344.

<sup>367</sup> *ELSI*, párrs. 128-130, (RL-17).

<sup>368</sup> *Waste Management c. Mexico*, párr. 115.

<sup>369</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 82-83.

<sup>370</sup> *Ibid.*, párrs. 87-88.

<sup>371</sup> *Azurix c. Argentina*, párrs. 372 y 374-377; Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 89.

supuesta falta de continuidad política del Paraguay afectó y privó a BIVAC de sus expectativas razonables. En primer lugar, la Demandada alega que la Demandante no abordó la cuestión de la causalidad, es decir, “el nexo entre las comisiones e informes y el impacto que los mismos tuvieron sobre BIVAC aparte del supuesto incumplimiento del contrato en sí”. Dado que las supuestas pérdidas de BIVAC se materializaron en el momento en que vencieron sus facturas, y mucho antes de que tales comisiones e informes se iniciaran, la elección de la Demandante de recurrir a una resolución no litigiosa y sus consecuencias sólo pueden atribuirse a la Demandante<sup>372</sup>. En segundo lugar, la Demandada alega que la cuestión de la “continuidad política” debe abordarse tomando en cuenta las circunstancias del caso particular. La Demandada sugiere que BIVAC era plenamente consciente de la volatilidad política en el Paraguay al momento de celebrar el Contrato, así como la Demandante en el caso *Bayindir* también lo había sido<sup>373</sup>.

#### 4.3.2.3. La Supuesta Conducta Comercial (no Gubernamental)

181. El argumento de la Demandada que rechaza el enfoque de BIVAC respecto de la reclamación surgida del Tratado se fundamenta en la declaración del Tribunal en su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción de que “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>374</sup>. La Demandada afirma que la Demandante no ha cumplido con este requisito y que sus teorías sobre responsabilidad y sobre daños demuestran que las reclamaciones son fundamentalmente contractuales y que la conducta del Paraguay no fue de carácter soberano.
  
182. La Demandada argumenta que los actos soberanos dan lugar a responsabilidad soberana en un foro público, mientras que los actos comerciales dan lugar a la

---

<sup>372</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 91 y 92.

<sup>373</sup> *Bayindir c. Pakistán*, párrs. 192-193; Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 94. La Demandada cita pruebas que demuestran que la Demandante estaba al tanto de las primeras elecciones democráticas luego de una larga dictadura, así como de otros acontecimientos que indicaban la existencia de volatilidad política.

<sup>374</sup> Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, párr. 125.

responsabilidad privada en un foro privado. Solo los actos de un Estado soberano pueden violar el estándar de trato en virtud del TBI y esta perspectiva es congruente con lo que sostuvo el Tribunal en su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción y con una *jurisprudence constante*<sup>375</sup>. En consecuencia, la Demandada argumenta que un acto comercial, como la falta de pago de una deuda que surge de un contrato, no es como tal una violación del derecho internacional<sup>376</sup>. La Demandada está en desacuerdo con los argumentos de la Demandante de que todo acto del estado, sea *iure imperii* o *iure gestionis*, puede violar el derecho internacional. En cambio, la Demandada presenta su propia interpretación de las autoridades citadas por la Demandante<sup>377</sup> para argumentar que las normas que rigen la conducta estatal requieren de un análisis de la naturaleza soberana o comercial de los actos del Estado. Se refiere a los desarrollos modernos del derecho nacional e internacional, que realizan una distinción entre los actos públicos y los actos comerciales de los Estados sobre la base de la naturaleza de la relación contractual y no sobre la base de su propósito, tal como afirma la Demandante.<sup>378</sup> La Demandada sostiene que no existe ninguna prueba en el presente caso que permita llegar a la conclusión de que las partes en el TBI tuvieron la intención clara de que el TBI se aplicara a los actos comerciales y que el derecho internacional exige tal intención a fin de desviarse de los principios establecidos.

---

<sup>375</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 34-37. La Demandada se refiere a *Gustav FW Hamster GmbH & Co. KG c. República de Ghana*, (Caso CIADI No. ARB/07/24), Laudo, 18 de junio de 2010, párrs. 328 y 337 [en adelante, *Gustav v. Ghana*]; *Burlington Res. Inc. c. República del Ecuador*, (Caso CIADI No. ARB/08/5), Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, párr. 204 [en adelante, *Burlington v. Ecuador*]; *Bayindir c. Pakistán* párr. 180; *Duke Energy c. Ecuador*, párrs. 342-345; *Parkerings c. Lituania* párrs. 316-317; *Siemens c. Argentina*, párr. 53; *Azurix c. Argentina*, párr. 315; *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, párr. 53, (CL-48); *Impregilo c. Pakistán*, párrs. 259-262; *Joy Mining Mach. Ltd c. República Árabe de Egipto*, (Caso CIADI No. ARB/03/11), Laudo sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2004, párr. 72 [en adelante, *Joy Mining c. Egipto*]; *Waste Management c. Mexico*, párr. 115, (CL-74); *R.F.C.C. c. Marruecos* párrs. 51 y 100 (RL-16).

<sup>376</sup> Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con comentarios, (2001), pág. 41, (RL-36); Stephen M. Schwebel, “*On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*”, en *Justice in International Law*, (1994), 425, pág. 431, (RL-37); véase Dúplica del Paraguay, párr. 38.

<sup>377</sup> James Crawford, “*Treaty and Contract in Investment Arbitration*”, 6 T.D.M. 1, 6, (CL-116). Dúplica del Paraguay párr. 35.

<sup>378</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 98; Dúplica del Paraguay, párrs. 59-60; la Demandada cita la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, Artículo 2(2), (aún no entró en vigor), (“Para determinar si un contrato o transacción es una ‘transacción mercantil’[...] se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o la transacción”), (RL-40); *Playa Larga c. I Congreso del Partido*, [1983] 1 A.C. 244, 267 (H.L.), (Lord Wilberforce), (“[L]a corte debe considerar todo el contexto en el que se realiza la reclamación contra el estado, a fin de decidir si el acto o los actos relevantes sobre los que se basa deberían, en dicho contexto, considerarse lícitamente parte del ámbito de una actividad, comercialización, negocio, etc. con carácter de derecho privado que el estado ha elegido realizar, o si el acto o los actos relevantes deberían considerarse realizados fuera de ese ámbito y dentro del campo de la actividad gubernamental o soberana”) (traducción del Tribunal), (RL-41); *Ibid.*, pág. 278 (Lord Bridge de Harwich), (“[S]i un estado soberano asume voluntariamente una obligación que pertenece exclusivamente al derecho privado no puede invocar, cuando se intenta hacer exigible tal obligación en su contra, que tiene inmunidad soberana con el argumento de que el motivo para asumir la obligación era de carácter soberano o gubernamental”) (traducción del Tribunal); *República de Argentina c. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, 614 (1992) (RL-42) [en adelante, caso *Weltover*]; Caso *Claim Against the Empire of Iran*, 45 I.L.R., pág. 80, (“Para poder realizar la distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis* deberíamos referirnos, en realidad, a la naturaleza de la transacción estatal o a las relaciones jurídicas resultantes y no al motivo o finalidad de la actividad estatal”) (traducción del Tribunal), (RL-38); Caso *Collision with Foreign Government-Owned Motor Car* (Austria), 40 I.L.R. 73, 75-76 (1961) (Corte Suprema de Austria), (RL-43) [en adelante, caso *Collision*]

183. Asimismo, la Demandada argumenta que la interpretación del TBI por parte del Tribunal debe observar el principio *in dubio mitius*, tal como se lo reconoce en el derecho internacional, que establece que “[s]i el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume la obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes”<sup>379</sup>.
184. Además, la Demandada no está de acuerdo con el argumento de la Demandante de que los casos *Bayindir*, *Impregilo* y *RFCC*, donde se sostuvo que los actos comerciales no violan las disposiciones del TBI, como la cláusula de TJE, pueden distinguirse de las circunstancias del presente caso<sup>380</sup>. La Demandada agrega que el Tribunal debe aplicar lo fallado en el caso *Waste Management* a efectos de que “aun la falta persistente del pago de deudas por parte de un municipio no puede equipararse a una violación del Artículo 1105 [del TLCAN (trato justo y equitativo)], siempre que no sea un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción y siempre que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema”<sup>381</sup>.
185. La Demandada asimismo expresa su desacuerdo con la interpretación que realiza la Demandante del caso *Noble Ventures* como fundamento para que el Tribunal reconsidere su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción. El Paraguay afirma que la interpretación de la Demandante confunde la cuestión de la atribución estatal de un acto internacionalmente ilícito con la cuestión de si dicho acto era, ante todo, internacionalmente ilícito<sup>382</sup>. Con base en los Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad del Estado<sup>383</sup>, la Demandada alega que la cuestión que nos ocupa no es si el acto comercial de un órgano del Estado es atribuible a un Estado (tal como

---

<sup>379</sup> Informe del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de la Salud, Comunidades Europeas, Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), párr. 165, nota 154, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (16 de enero de 1998) (donde se cita a R. Jennings & A. Watts eds., *Oppenheim's International Law* 1278 (9<sup>o</sup> ed. 1992)).

<sup>380</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 42.

<sup>381</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 45, donde se refiere al caso *Waste Management c. México*, párrs. 112 y 115.

<sup>382</sup> *Noble Ventures c. Rumania*, párrs. 81-82, (CL-48); BIVAC también se basa en la afirmación del caso *Noble Ventures* de que resulta difícil hacer una distinción entre los actos soberanos y los comerciales. Réplica de BIVAC, párr. 63. Sin embargo, la Corte Constitucional Federal alemana sostuvo en el caso *Claim Against the Empire of Iran*, “[e]l hecho de que sea difícil trazar la línea entre actividades estatales soberanas y no soberanas no es motivo para abandonar la distinción. El derecho internacional conoce otras dificultades similares” (traducción del Tribunal), 45 I.L.R. 57, (1980), 79-80, (RL-38). Dúplica del Paraguay, párr. 46.

<sup>383</sup> Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos

ocurrió en *Noble Ventures*) sino si las obligaciones principales establecidas en el TBI son violadas por actos comerciales. El caso *Noble Ventures* respalda la postura de que existe una regla general conforme a la cual el incumplimiento contractual por parte de un Estado, en circunstancias normales, no da lugar a la responsabilidad directa de parte del Estado en virtud del derecho internacional<sup>384</sup>.

186. Por último, la Demandada no está de acuerdo con la interpretación que realiza la Demandante de los casos *Kardassopolous, Rumeli, PSEG, Alpha y Eureka*<sup>385</sup> para respaldar su postura de que un acto comercial puede violar los estándares de trato establecidos en un TBI. En primer lugar, la Demandada afirma que en ninguno de esos casos los hechos se asemejan a los del presente caso, dado que involucraban abuso del poder soberano; procesos de negociación administrativos injustos desde el punto de vista procedimental y sustantivo; la ausencia de una vía de reparación eficiente frente a las decisiones gubernamentales, mientras que, según la Demandada, el presente caso involucra un supuesto incumplimiento contractual. La Demandada concluye que

“[T]odos estos casos en los que BIVAC se fundamenta son consistentes con el principio de que una demandante no puede transformar un incumplimiento contractual en una violación de un tratado simplemente aduciendo que el incumplimiento contractual fue injusto, arbitrario, poco transparente o negligente cuando el Estado ofrece una vía de reparación contractual adecuada, que no frustra ni repudia. En la medida en que pueda afirmarse que alguno de estos casos involucra un incumplimiento contractual del Estado, las Demandantes tenían reclamaciones que surgían de los tratados, y no reclamaciones contractuales, porque el Estado no había ofrecido o había frustrado un proceso legal justo para resolver el supuesto incumplimiento contractual”<sup>386</sup> (traducción del Tribunal).

187. Según la Demandada, dado que sólo la conducta soberana, gubernamental y pública en nombre del Estado del Paraguay, que constituyera una interferencia abusiva con el Contrato, podría haber dado lugar a una reclamación por una violación del estándar de TJE, la Demandante debe demostrar que tal conducta de hecho existió. La Demandada argumenta que la Demandante no lo hizo ya que no demostró que el Paraguay haya utilizado “sus poderes legislativos, de policía o de adjudicación en perjuicio de los derechos de la Demandante” (traducción del Tribunal), que es requisito para que un

---

Internacionalmente Ilícitos, con comentarios, pág. 31, (RL-36). Dúplica del Paraguay, párr. 47.

<sup>384</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 46.

<sup>385</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 44-63; Dúplica del Paraguay, párrs. 49-56.

<sup>386</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 63.

acto sea considerado soberano<sup>387</sup>. La Demandada alega que, en realidad, “[e]l Ministerio se comportó como un protagonista normal del mercado [...]. Su incumplimiento en el pago de sumas supuestamente pagaderas es un acto que cualquier parte privada puede cometer” y los informes y las investigaciones internas también podrían “haber sido emprendidas por una corporación a fin de evaluar sus estrategias posteriores a la terminación”<sup>388</sup>. BIVAC “intenta convertir una diferencia comercial ordinaria en un abuso de poder soberano”<sup>389</sup> (traducción del Tribunal). Según la Demandada, el intento de caracterizar sus actos como gubernamentales también falla porque “definitivamente, una entidad privada puede contratar a un tercero para que la ayude a recaudar ingresos y prevenir el fraude; éstos no son objetivos únicamente soberanos. Un particular también puede fundamentarse en factores macroeconómicos, incluida una crisis económica, para explicar la falta de pago en virtud de un contrato”<sup>390</sup> (traducción del Tribunal). En conclusión:

“Cualquier particular puede rechazar pagar en virtud de un contrato. Las diferencias comerciales involucran en forma rutinaria supuestas faltas de pago surgidas de un contrato de bienes o servicios. Un particular también puede realizar declaraciones supuestamente congruentes con un deseo de pagar, pero aún así rechazar efectuar el pago. Y una compañía privada puede llevar a cabo investigaciones o auditorías internas sobre el cumplimiento del contrato de su contraparte a fin de determinar si el pago solicitado está en concordancia con las obligaciones contractuales de las partes”<sup>391</sup> (traducción del Tribunal).

188. Asimismo, la Demandada afirma que las alegaciones de la Demandante sobre el rechazo ilícito al pago por parte del Paraguay y las investigaciones sobre las reclamaciones de pago por parte de BIVAC no respaldan sus argumentos porque se centran incorrectamente en la supuesta finalidad de los actos en lugar de centrarse en su naturaleza. Según la Demandada, ninguna de tales alegaciones demuestra un abuso de poder gubernamental o la aplicación de ‘*puissance publique*’. Además, la Demandada sostiene que para determinar si un acto es comercial o soberano, el Tribunal puede hacer una analogía con la ley sobre inmunidad soberana, conforme a la cual un acto es comercial si su naturaleza (y no su finalidad) es comercial. El Paraguay explica que la finalidad con la que celebró el contrato y se rehusó a pagar no es determinante en cuanto a la caracterización soberana o privada de los actos. Al

---

<sup>387</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 99; Dúplica del Paraguay, párr. 57; Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 103-105.

<sup>388</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 104..

<sup>389</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 3.

<sup>390</sup> *Ibid.*, párr. 58.



observar la distinción de la naturaleza de un acto soberano y uno privado, la Demandada sostiene que en la diferencia que nos ocupa están presentes los elementos de los actos privados y, en contrapartida, los elementos de los actos soberanos están ausentes<sup>392</sup>.

189. Por último, la Demandada afirma que los informes internos generados para asesorar al Estado sobre si adeuda o no el pago que la contraparte reclama, así como las declaraciones en respuesta a tales solicitudes de pago, no constituyen actos legislativos, administrativos o cuasi judiciales<sup>393</sup>. La Demandada también argumenta que dado que el Paraguay no realizó actos soberanos en el presente caso como, por ejemplo, un decreto legislativo que resolviera el Contrato, y dado que nunca alegó que su falta de pago no pudiera ser objeto de reclamación ante los tribunales paraguayos, no existió ningún acto soberano que derogara o resolviera el contrato<sup>394</sup>. La Demandada sostiene que la falta de pago persistente en virtud del contrato constituye sin lugar a dudas un acto comercial y, por lo tanto, no es prueba suficiente que demuestre la existencia de poder soberano en violación del Artículo 3(1) del TBI.

#### 4.3.2.4. Ausencia de Medidas Irrazonables

190. La Demandada alega que la Demandante no ha demostrado que el Paraguay haya tomado medidas irrazonables ya que: i) no ha probado que las declaraciones o investigaciones de la Demandada constituyan “medidas”, tal como se definen en el TBI; ii) los actos de la Demandada no fueron irrazonables; y iii) los supuestos actos no perjudicaron la inversión de la Demandante.
191. En primer lugar, la Demandada afirma que la conducta de un Estado sin un efecto jurídico no puede constituir una “medida” en el derecho internacional. Los informes

---

<sup>391</sup> *Ibid.*, párr. 63.

<sup>392</sup> *Ibid.*, párr. 63.

<sup>393</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 64. La Demandada sustenta su argumentación en la decisión de la CIJ en el caso *Sovereignty Over Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia c. Malasia)*, Informe CIJ de 2002, pág. 625, pág. 685, (párr. 148) [en adelante, *Sovereignty Over Pulau*].

<sup>394</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 65; el argumento de la Demandada contra la existencia de un acto soberano en el presente caso se sustenta en la definición de “acto soberano” establecida en el caso *Shufeldt Claim (United States ex rel. P.W. Shufeldt c. República de Guatemala)*, véase: Schwebel, “*On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of*

internos en los que se fundamenta BIVAC no fueron “medidas” porque “[n]o constituían procesos administrativos vinculantes y no tuvieron efecto jurídico alguno”. En realidad, tenían como objetivo “asesorar al gobierno paraguayo sobre si BIVAC tenía derecho a recibir el pago” (traducción del Tribunal). Además, la Demandada también niega que las supuestas afirmaciones (las cartas y las declaraciones realizadas durante las reuniones) constituyan “medidas”.<sup>395</sup>

192. En segundo lugar, y en caso de que la conducta de la Demandada sea considerada una “medida” por el Tribunal, la Demandada argumenta que las medidas fueron razonables y no constituyen una violación del Artículo 3(1) del TBI<sup>396</sup>. Según la Demandada, los tribunales han reconocido que los actos del Estado supuestamente contrarios a la ley, pero que pueden ser corregidos mediante un proceso judicial, no constituyen una violación del estándar general de trato<sup>397</sup>. La Demandada objeta la postura de la Demandante de que tal regla impone un requisito de agotar las vías de reparación locales. En cambio, la Demandada argumenta que cuando el fundamento de una supuesta violación a un tratado de inversión es una violación de un contrato o el desconocimiento de derechos contractuales, el hecho de que la Demandante no utilice una vía de reparación a su disposición frente a tales actos en el foro pactado en el contrato hace que la supuesta violación del derecho internacional sea simplemente incompleta. Según la Demandada, la práctica del Estado respalda esta postura<sup>398</sup>. La Demandada también argumenta que esta interpretación es congruente con la decisión del comité de anulación en los casos *Helnan* y *Vivendi*, donde se reconoció que en algunas circunstancias la falta de acción ante los tribunales locales puede ser relevante a la hora de decidir si la conducta del Estado violó un estándar establecido en un tratado<sup>399</sup>.

---

*International Law*” en *Justice in International Law* 425, 432 (1994), (RL 37).

<sup>395</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 175-176; la Demandada se refiere al caso *Lauder c. República Checa*, (CNUDMI), Laudo, 3 de septiembre de 2001, párrs. 245, 283-284 [en adelante, *Lauder c. República Checa*], y Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo, 10.122, WT/DS44/R (31 de marzo de 1998), donde un informe de investigación interna que establecía posibles opciones para el Gobierno no fue considerado una “medida”.

<sup>396</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 178-186.

<sup>397</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 179; por ej., *Vivendi c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, párr. 113; *Parkerings c. Lituania*, párrs. 315-319; y *Waste Management Inc. c. México*, párrs. 115-116

<sup>398</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 181-183; la Demandada se refiere a *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3), Laudo, 26 de junio de 2003, párr. 156 [en adelante, *Loewen c. Estados Unidos de América*]; *EnCana c. Ecuador*, párr. 194; *Parkerings c. Lituania*, párrs. 315-319; *Waste Management c. México*, párrs. 115-116; Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática, con comentarios, párr. 71, (RL-68); y Geoffrey Marston, ed., “*United Kingdom Materials on International Law*”, 69 *Brit. Y.B. Int’l L.* (1998), págs. 443 y 558-559, (RL-74).

<sup>399</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 181-183; la Demandada se refiere a *Helnan c. Egipto*, párr. 14(a); *Vivendi c. Argentina*, Decisión sobre Anulación, párr. 113.

193. En tercer lugar, la Demandada sostiene que la Demandante debe probar que las supuestas medidas irrazonables sobre las que fundamenta su reclamación perjudicaron la “operación, administración, mantenimiento, uso, goce, o disposición” de su inversión<sup>400</sup>. Según la Demandada, BIVAC no presentó “pruebas claras” (traducción del Tribunal) de que las investigaciones y las declaraciones, y no la falta de pago en sí misma, hayan perjudicado su inversión, ni ha identificado un “daño específico” (traducción del Tribunal) que derivara de tales actos, ni tampoco ha demostrado que las declaraciones y las investigaciones fueran una condición *sine qua non* del perjuicio a su inversión, tal como otros tribunales han exigido<sup>401</sup>. La Demandada afirma que ni las investigaciones ni las diversas declaraciones impidieron que la Demandante presentara una reclamación contractual para obtener el pago.

#### 4.3.2.5. La cuestión de la Jurisdicción

##### 4.3.2.5.1. *La supuesta falta de competencia del Tribunal*

194. En opinión de la Demandada, el acuerdo de presentar “[c]ualquier conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al presente Contrato, incumplimiento, resolución o invalidez [...]”<sup>402</sup> ante los tribunales paraguayos implica dos consecuencias con respecto a la presente diferencia.

195. En primer lugar, establece la competencia exclusiva de dichos tribunales sobre las diferencias relativas al Contrato y, en consecuencia, excluye la competencia del Tribunal. La Demandada alega que “BIVAC siempre ha tenido el derecho no impedido de recurrir al poder judicial paraguayo”, incluso mientras se estaban llevando a cabo las negociaciones y las investigaciones<sup>403</sup> y que esa vía de reparación era efectiva tanto ante la falta de pago como ante el supuesto acto ilícito<sup>404</sup>. La Demandada insiste en que las afirmaciones de BIVAC son “nada más que un intento de evitar su obligación de presentar una reclamación contractual ante los tribunales

---

<sup>400</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 187; la Demandada se basa en el texto del TBI entre los Países Bajos y el Paraguay, Artículo 3(1) y en el caso *AES Summit Generation Ltd c. República de Hungría*, (Caso CIADI No. ARB/07/22), Laudo, 23 de septiembre de 2010, párr. 10.3.3 [en adelante, *AES c. Hungría*].

<sup>401</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 188-192; *Bewater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania* (Caso CIADI No. ARB/05/22), Laudo, 24 de julio de 2008, párrs. 696, 699 y 708 [en adelante, *Bewater Gauff c. Tanzania*]; y *Saluka c. República Checa*, párr. 480.

<sup>402</sup> Cláusula 9.1 del Contrato, (Anexo CE-6).

<sup>403</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, parr. 105; véase también Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 30 y 91-95.

<sup>404</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 151 y 163.

paraguayos, evitando así también las elecciones contractuales que hizo libremente<sup>405</sup> (traducción del Tribunal).

196. La Demandada tampoco está de acuerdo con la afirmación de la Demandante de que el requisito de presentar la diferencia ante los tribunales locales constituye una condición de agotamiento de las vías de reparación locales. Argumenta que la cuestión en el presente caso no involucra una denegación de justicia sino la aplicación del acuerdo autónomo pactado por las partes en el foro apropiado<sup>406</sup>.

197. Por otro lado, la cláusula de elección de foro tiene una relación directa con la determinación de las obligaciones que surgen del Tratado. La Demandada sostiene que:

- BIVAC no puede demostrar que “el Paraguay trató de manera injusta su derecho a recibir el pago porque tal derecho debe establecerse primero en el Paraguay<sup>407</sup> (traducción del Tribunal),

- no es posible determinar que una deuda fue repudiada mientras los derechos del inversor estén protegidos por una vía de reparación efectiva ante los tribunales<sup>408</sup>,

- no puede determinarse la existencia de arbitrariedad o falta de debido proceso mientras existan vías de reparación legales efectivas mediante una “acción legal ante los tribunales<sup>409</sup> (traducción del Tribunal), y

- no se frustra ninguna expectativa legítima mientras el Paraguay no “obstaculice el acceso de BIVAC a los tribunales<sup>410</sup> (traducción del Tribunal).

Por último, la Demandada afirma que “[e]n ningún momento, y de ninguna manera, nadie impidió a BIVAC que inicie una acción legal de cobro en Asunción<sup>411</sup>.

---

<sup>405</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 1, 4 y 30.

<sup>406</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 136.

<sup>407</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 18.

<sup>408</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 26 y 30; Dúplica del Paraguay, párrs. 162-164.

<sup>409</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 150 y 151.

<sup>410</sup> *Ibid.*, párrs. 165-166.

<sup>411</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 3.

198. La Demandada se fundamenta en el caso *Parkerings c. Lituania*, donde el Tribunal sostuvo que:

“En determinadas y limitadas circunstancias particulares, un incumplimiento contractual sustancial puede constituir una violación de un tratado. Hasta ahora, la jurisprudencia ha brindado ejemplos escasos de tal situación. En la mayoría de los casos, es necesaria una determinación preliminar de un tribunal de si hubo un incumplimiento del contrato en virtud del derecho local. Esta determinación preliminar es aún más necesaria si las partes del contrato han pactado un foro específico al que someter toda diferencia que surja del contrato”. [...]

Sin embargo, si a la parte contratante se le niega acceso a los tribunales locales y, en consecuencia, se le niega la oportunidad de obtener un resarcimiento por el daño y de reclamar por tales incumplimientos contractuales, entonces un tribunal de arbitraje se encuentra autorizado, en virtud del TBI, a decidir si esta falta de vías de reparación tuvo consecuencias sobre la inversión y, por lo tanto, si ocurrió una violación del derecho internacional. En otras palabras, como regla general, un tribunal cuya jurisdicción se basa únicamente en un TBI decidirá sobre el “trato” que ha recibido el supuesto incumplimiento contractual en el contexto local y no sobre la existencia de un incumplimiento como tal.

En el caso que nos ocupa, no cabe duda de que BP tuvo acceso a los Tribunales Lituanos. [...] Los expertos confirmaron que los Tribunales Lituanos son independientes y que los niveles de corrupción han disminuido sustancialmente.

[...] El hecho de no reclamar por el incumplimiento del Acuerdo ante los Tribunales Lituanos tiene dos consecuencias. En primer lugar, la Demandante no demostró que la Municipalidad de Vilnius haya rescindido el Acuerdo de manera ilícita y, por tanto, que lo haya incumplido. En segundo lugar, incluso si se asumiera que el Acuerdo ha sido rescindido en forma ilícita, la Demandante no demostró que el derecho de BP de presentar su reclamación por el incumplimiento del Acuerdo haya sido denegado por la República de Lituania y que, en consecuencia, su propia inversión no haya recibido un trato equitativo y razonable por parte de la Demandada en tales circunstancias<sup>412</sup> (traducción del Tribunal).

#### 4.3.2.5.2. La Supuesta Insuficiencia del Sistema Judicial Paraguayo

199. La Demandada objeta con vehemencia el argumento esbozado por BIVAC de que los tribunales paraguayos son tan corruptos, lentos, caros e ineficientes que recurrir a ellos sería inútil y que, por consiguiente, no puede esperarse que BIVAC litigue en el Paraguay<sup>413</sup>. La Demandada fundamenta su objeción con dos argumentos. En primer lugar, afirma que

---

<sup>412</sup> *Parkerings c. Lituania*, párrs. 316-319 (se omiten las notas al pie); Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 16-17; Dúplica del Paraguay, párr. 71. La Demandada también se basa en el caso *Pantechniki c. Albania*, párr. 87 (citado en el párr. 169 del presente laudo).

“[E]ste argumento resulta particularmente vacío porque BIVAC accedió por contrato a la jurisdicción de los tribunales paraguayos contractualmente. No puede negar su obligación contractual reclamando ahora que el foro al que accedió no estuvo nunca en condiciones de impartir justicia. Además, es poco probable que una compañía multinacional sofisticada como BIVAC haya aceptado la jurisdicción de un foro que en su opinión le denegaría justicia. De hecho, los tribunales paraguayos han respaldado a los inversores extranjeros frente al Gobierno en casos recientes”<sup>414</sup> (traducción del Tribunal).

En segundo lugar, la Demandada sostiene que BIVAC modificó su argumento únicamente durante la audiencia para adaptar la pregunta del Tribunal a este respecto al afirmar súbitamente “por primera vez que los tribunales paraguayos se han deteriorado desde que firmó el Contrato” y “que la cláusula de elección de foro ya no podía respetarse”<sup>415</sup> (traducción del Tribunal).

200. La Demandada invita al Tribunal a rechazar el alegato de la Demandante ya que las alegaciones relativas a corrupción, ineficiencia e incompetencia endémicas son cuestiones muy serias que sólo pueden aceptarse ante la presentación de pruebas sólidas y tales pruebas no han sido presentadas ante el Tribunal<sup>416</sup>. La Demandada alega que BIVAC se ha fundamentado en “un puñado de informes poco confiables” (traducción del Tribunal) desprovistos de hechos y análisis y repletos de conclusiones sobre el estado del poder judicial basadas en pruebas testimoniales de oídas o anecdóticas siendo que los autores no están disponibles para ser interrogados por la Demandada. La Demandada sugiere que las declaraciones de testigos de oídas han sido excluidas por los tribunales internacionales cuando no están respaldadas por pruebas que las confirmen<sup>417</sup>.

“Sería injusto que el Tribunal siquiera considerara los informes. Ello es particularmente así porque con estas pruebas, poco sólidas, BIVAC haría que

---

<sup>413</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 130-136; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 104-122; comentarios del Procurador General del Paraguay durante la Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, págs. 290-296.

<sup>414</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 130; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 104.

<sup>415</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 104 y 106.

<sup>416</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 109-113 y 115; Dúplica del Paraguay, párrs. 133-134.

<sup>417</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 131-135; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 109-116; la Demandada se refiere a *EDF (Servs.) Lid. c. República de Rumania*, (Caso CIADI No. ARB/05/13), Laudo, 8 de octubre de 2009, párr. 224 [en adelante, *EDF c. Rumania*] (donde el tribunal sostuvo que una declaración por parte de un testigo a oídas era inadmisibles dado que estaba basada, no en su propio conocimiento, sino en información que supuestamente le había sido suministrada por un tercero); *Siag c. Egipto*, párr. 347 (donde el tribunal rechazó admitir prueba testimonial de oídas cuando no se presenta ninguna otra prueba que respalde las declaraciones); *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, (CNUDMI), Laudo Final, 3 de agosto de 2005, párrs. 49 y 56 [en adelante, *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*] (donde el tribunal rechazó admitir “double hearsay” (es decir, declaraciones de testigos de oídas que a su vez hacen referencia a declaraciones realizadas por testigos de oídas) ofrecidas por una parte; *Caso relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Informe CIJ de 1984, pág. 14, pág. 42, (párr. 68), [en adelante, *Caso relativo a Actividades Militares y Paramilitares*], (donde el tribunal rechazó “pruebas testimoniales sobre cuestiones que no son parte del conocimiento directo del testigo, sino que han llegado a su conocimiento por medio de un tercero”) (traducción del Tribunal).

el Tribunal llegara a la conclusión trascendental de que el Paraguay – una parte soberana signataria del Convenio CIADI y una democracia emergente – cuenta con un sistema judicial que es tan corrupto e incompetente que nadie puede confiar en él<sup>418</sup> (traducción del Tribunal).

Era deber de BIVAC el presentar un informe de un experto sobre el estado del sistema jurídico del Paraguay, cosa que no hizo.

201. La Demandada presenta la decisión del Tribunal de Apelación de Asunción que determinó en un caso económicamente importante que debía ejecutarse un laudo arbitral contra el Estado, lo que demuestra que los tribunales paraguayos pueden hacer exigibles, en forma justa e independiente, los derechos de demandantes extranjeras contra el Gobierno<sup>419</sup>.
202. Por último, la Demandada refuta la presentación de costos de la Demandante por ser “absurda” (traducción del Tribunal) dado que incluye los honorarios de los abogados y otros costos que no son parte de las costas de los tribunales, determina que los costos exceden los US\$ 6 millones, suma que es treinta veces mayor que los costos reales, y omite señalar que el Estado tendría que reembolsar todos los costos y honorarios si BIVAC resultara vencedora<sup>420</sup>.

#### 4.3.2.6. No existieron daños causados por la conducta del Paraguay

203. La Demandada alega que BIVAC no ha probado sus daños, dado que no ha demostrado la exactitud de sus facturas o que realmente haya cumplido con todas las inspecciones por las cuales reclama el pago. La Demandada también recuerda que BIVAC no tiene derecho a recibir una compensación por la inspección de bienes que se originan en países del Mercosur que no estaban sujetos al pago de aranceles aduaneros o a recibir un pago por certificados que fueron emitidos en forma inapropiada<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 114.

<sup>419</sup> *Ibid.*, párrs. 118-120.

<sup>420</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 121-122; comentarios del Procurador General del Paraguay durante la Audiencia sobre el Fondo, 5-7 de julio de 2011, transcripción, pág. 294.

204. Asimismo, la Demandada se fundamenta en la decisión del caso *Factory at Chorzów* que señala que “la reparación debe, en la máxima medida posible, erradicar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que más probablemente sea la que hubiera existido si el acto no se hubiera cometido”<sup>422</sup> (traducción del Tribunal). La Demandada afirma que los supuestos daños, es decir, las facturas impagas, fueron resultado del supuesto incumplimiento contractual y no de la conducta sobre la que la Demandante ha basado su reclamación en virtud del tratado: si todas las investigaciones, los informes y las declaraciones políticas fueran “erradica[dos]” (traducción del Tribunal), la Demandante seguiría teniendo deudas contractuales impagas. Además, la Demandante no puede demostrar que los daños ocurrieron porque confió en declaraciones realizadas con posterioridad a la terminación del Contrato, ya que sucedieron con su terminación y, por lo tanto, no es posible que hayan sido causados como consecuencia de la violación de una obligación de TJE<sup>423</sup>. La Demandante no ha demostrado que las investigaciones y las declaraciones sobre las que fundamenta su reclamación en virtud del Artículo 3(1) del TBI hayan causado daño alguno a BIVAC o que hayan resultado en los mismos daños que el supuesto incumplimiento contractual.

#### 4.3.2.7. El cálculo de la compensación

205. La Demandada sostiene que en caso de que el Tribunal otorgue una compensación, BIVAC no tendría derecho a cobrar intereses. Afirma que BIVAC tenía la responsabilidad de reducir sus daños presentando su reclamación y buscando un resarcimiento en forma oportuna. “En lugar de ello, BIVAC pasivamente se acomodó y decidió dejar que la deuda aumente cada mes”. La demora de diez años antes de que BIVAC decidiera tomar acciones legales contra el Paraguay provocó que la reclamación de intereses se inflara; ello es irrazonable<sup>424</sup> y viola la obligación de

---

<sup>421</sup> Dúplica del Paraguay, párrs 194-195.

<sup>422</sup> *Factory at Chorzów* (Alemania c. Polonia), CPJI (serie A) No. 17, (1928), pág. 47[en adelante, *Chorzów*] Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 123.

<sup>423</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párrs. 156-161; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 123-126.

<sup>424</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 176; Dúplica del Paraguay, párrs. 196-200; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs.129-130; la Demandada se basa en los Comentarios de la CDI a los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado (Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con comentarios, pág. 93), (RL-36); la Demandada también se refiere a decisiones de tribunales municipales que respaldan el principio de que una demora irrazonable en la presentación de reclamaciones reduce o elimina los intereses previos a la sentencia: *Blasland, Bouck & Lee, Inc. c. Ciudad de N. Miami*, 283 F.3d 1286, 1297-98 (11th Cir. 2002), (RL-76) [en adelante, *Blasland c. Miami*]; *Godfrey c. Gloucestershire Royal Infirmary NHS Trust*, [2003] EWHC



mitigar sus daños. La Demandada afirma que si bien la Demandada no acepta las afirmaciones de la Demandante, ninguna persona razonable que hubiera estado en el lugar de BIVAC y que creyera que las sucesivas tácticas del Gobierno eran “vacías, carentes de sustento, dilatorias, evidentemente infundadas, claramente destinadas a evadir la responsabilidad y basadas en un patrón conocido y predecible” (traducción del Tribunal) (cosa que la Demandada objeta), habría esperado diez años para iniciar el presente arbitraje o una acción contractual en el Paraguay<sup>425</sup>. Por consiguiente, el Tribunal no debería adjudicar intereses, cosa que puede hacer dado que la adjudicación y el cálculo de intereses no es obligatorio sino a discreción del Tribunal<sup>426</sup>.

206. La Demandada afirma que en caso de que se adjudiquen intereses éstos debieran ser intereses simples a una tasa basada en el derecho paraguayo y no intereses compuestos calculados a una tasa basada en el derecho neerlandés<sup>427</sup>. Contrariamente a lo que sostiene BIVAC, la Demandada niega que la tasa de interés neerlandesa sea la más próxima a la “tasa comercial normal” conforme al Artículo 6 del TBI. Según la Demandada, el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI ordena la aplicación del derecho paraguayo, ya que es tanto la ley del Contrato como la ley del Estado parte del arbitraje:

“La tasa holandesa no refleja el acuerdo de las partes ni tampoco es aceptada a nivel internacional como la tasa de interés estándar”<sup>428</sup> (traducción del Tribunal).

La Demandada argumenta que los tribunales han reconocido que el derecho internacional no exige ninguna tasa de interés en particular y que se aplica la legislación del Estado receptor para determinar el monto de los intereses adeudados. Si acaso debiera aplicar una tasa, el Tribunal debería seguir la tendencia de los tribunales de arbitraje y adjudicar intereses a una tasa máxima LIBOR +2%<sup>429</sup>.

---

(QB) 549 40 (Eng.), (RL-77) [en adelante, *Godfrey c. NHS*]; *Gulf S. Mach., Inc. c. Am. Standard, Inc.*, No. Civ. A. 97-0065, 1999 WL 199085, pág. \*2 (E.D. La. Apr. 8, 1999), (RL-78) [en adelante, *Gulf v. Am. Standard*]; y *Baker c. Pope*, [1992] 318 A.P.R. 316, párr. 19 (Can. Nfld. Ct. App.), (RL-79) [en adelante, *Baker c. Pope*]

<sup>425</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 200.

<sup>426</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 197; la Demandada se refiere a *Isaiah c. Bank Mellat*, Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., Caso No. 219 (30 de marzo de 1983), (RL-75) [en adelante, *Isaiah c. Bank Mellat*].

<sup>427</sup> Dúplica del Paraguay, párrs. 201-203; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párrs. 132-134.

<sup>428</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 132.

<sup>429</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 134; la Demandada se refiere al caso *National Grid c. República Argentina*, (CNUDMI), Laudo, 3 de noviembre de 2008, párr. 294 [en adelante, *National Grid c. Argentina*].

207. En cuanto a los intereses compuestos, la Demandada afirma<sup>430</sup> que este principio viola el derecho paraguayo, que expresamente provee la nulidad respecto de toda cláusula que los estipule<sup>431</sup>, y que los tribunales de arbitraje no los han aceptado, tal como ocurrió en el caso *Autopista c. Venezuela*<sup>432</sup>. Además, la Demandada sostiene que su adjudicación no se condice con el derecho internacional, tal como han dejado en claro los Comentarios de la Comisión de Derecho Internacional a los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, donde se observa que

“[l]a opinión general de las cortes y tribunales ha sido contraria al otorgamiento de intereses compuestos.

[...]

No obstante, varios autores han pedido que volviera a examinarse ese principio, aduciendo que ‘el interés compuesto razonablemente devengado por la parte lesionada debe ser exigible como elemento de la indemnización por daños y perjuicios’. Esta opinión ha contado también en algunos casos con el apoyo de tribunales arbitrales. Pero dada la situación actual del derecho internacional, no puede decirse que un Estado lesionado tenga derecho al otorgamiento de intereses compuestos, en ausencia de circunstancias especiales que justifiquen cierto elemento de interés compuesto como aspecto de la reparación completa”<sup>433</sup>.

#### **4.3.3. El Razonamiento y la Decisión del Tribunal**

208. Luego de haber concluido que la Demandante tiene legitimidad activa para presentar esta reclamación por violación del TBI, el Tribunal abordará la cuestión central del presente caso, es decir, la cuestión de si, por acto u omisión, el Paraguay es responsable de una violación del Artículo 3(1) del TBI.

209. El Artículo 3(1) 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”.

---

<sup>430</sup> Dúplica del Paraguay, párr. 204; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 133.

<sup>431</sup> Ley No. 2339/2003, (RL 23). ; Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 133

<sup>432</sup> *Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela*, (Caso CIADI No. ARB/00/5), Laudo, 23 de septiembre de 2003, párr. 393 [en adelante, *Autopista c. Venezuela*].

<sup>433</sup> Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con comentarios, 2001 (2008), pág. 108, (RL 36).

210. A fin de demostrar una violación del Artículo 3(1), la Demandante debe establecer que tales actos del Paraguay son de una naturaleza tal que dan lugar a una violación de la obligación establecida en esa disposición del Tratado. En su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, el Tribunal abordó un factor que surge cuando, como ocurre en el presente caso, la reclamación en virtud del Artículo 3(1) está íntimamente ligada a la relación contractual existente entre la Demandante y la Demandada en circunstancias en las que el Contrato regula la resolución de los conflictos contractuales. En la consideración de los argumentos y las pruebas ante él presentadas, el Tribunal fue advertido de la posibilidad de que la diferencia se centre en la falta de pago de una deuda pendiente en virtud del Contrato. Con ello en mente, el Tribunal hizo hincapié en su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción respecto la reclamación que surge del Artículo 3(1) (tal como fue formulada por la Demandante) en el hecho de que no expresaba ninguna opinión

“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”<sup>434</sup>.

211. El Tribunal hizo referencia al Laudo del Tribunal en el caso *Impregilo SpA c. Pakistán*, sobre la interacción entre las reclamaciones que surgen de los tratados y las reclamaciones contractuales. En dicho caso, el tribunal señaló lo siguiente:

“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 receptor actuando en infracción de las obligaciones que había asumido en virtud del tratado”<sup>435</sup> (traducción del Tribunal).

Con base en este enfoque, que el Tribunal considera correcto y aplicable al presente caso, para resultar vencedora en una reclamación que alega la existencia de una violación del Artículo 3(1) del TBI, la Demandante debe demostrar que cumple con el umbral exigido para las reclamaciones que surgen de los tratados. En otras palabras, debe demostrar que la conducta del Paraguay refleja un acto de “*puissance publique*”,

---

<sup>434</sup> Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párr. 125.

<sup>435</sup> *Impregilo c. Pakistán*, párr. 260.

es decir una “actividad que exceda la de una parte contratante ordinaria”.

212. La base fundamental de la reclamación que surge del Artículo 3(1) del Tratado, sobre el que este Tribunal tiene competencia, se centra en la interpretación y la aplicación de tal disposición del Tratado y la supuesta conducta del Paraguay (como ‘*puissance publique*’) y no en la interpretación y la aplicación del Contrato como tal (si bien el Contrato será necesariamente parte de la matriz fáctica y legal general que debe considerarse). En este sentido, el Tribunal observa que la interpretación del Artículo 3(1) del TBI no es una cuestión sobre la que los tribunales de la ciudad de Asunción podrían ejercer competencia en virtud de la Cláusula 9 del Contrato. La cuestión del trato justo y equitativo no fue objeto de acuerdo entre las Partes en el Contrato al referirse a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Asunción. La cuestión relativa al Tratado, por tanto, no es objeto de dicho foro y no puede alegarse que una reclamación independiente y autónoma que surge de un tratado sobre el cual el Tribunal tiene competencia sea inadmisibile como consecuencia de la elección de foro para la resolución de conflictos establecida en el Contrato.
213. El Tribunal ha prestado especial atención a los argumentos de las Partes, dado que han evolucionado durante el procedimiento, así como a las pruebas en las que se basan para respaldar sus argumentos respectivos relativos a la reclamación que surge del Tratado. A fin de determinar si ha existido o no una violación del Artículo 3(1) del Tratado, el Tribunal considera que debe comenzar por observar los hechos para establecer con precisión la conducta del Paraguay que, según se alega, da lugar a la supuesta violación del Tratado. El Tribunal debe comenzar por determinar si los hechos establecen que la conducta del Paraguay constituye sólo “una persistente omisión de efectuar el pago de una deuda pendiente” o si es algo más. Una vez abordada esa cuestión, el Tribunal debe determinar si los hechos, caracterizados en forma apropiada, pueden dar lugar a una violación del Artículo 3(1) del Tratado. Si los hechos demuestran que los actos del Paraguay constituyen únicamente “una persistente omisión de efectuar el pago de una deuda pendiente”, entonces el Tribunal debe decidir si tales hechos son capaces de dar lugar a una violación del Artículo 3(1) del Tratado; si, en cambio, los hechos demuestran que hay algo más, tal como alega la Demandante (que, al parecer, acepta ahora que la mera falta de pago de una deuda pendiente no sería suficiente para tener éxito en una reclamación que surge del Artículo 3(1)), entonces el Tribunal debe determinar si tales hechos dan lugar a una

violación del Artículo 3(1).

#### 4.3.3.1 La Evaluación de los Hechos por parte del Tribunal

214. ¿Cuál es la conducta del Paraguay sobre la que se realiza la reclamación? Tal como se señala en los párrafos 44 - 52 *supra*, no existe controversia entre las Partes en cuanto a que se celebró un Contrato, que se suministraron determinados servicios en virtud de tal Contrato, que se emitieron una serie de facturas y que para agosto de 1998 al menos parte de dichas facturas fueron pagadas. Tampoco existe controversia sobre el hecho de que otras facturas permanecen impagas desde esa fecha.
215. Las pruebas muestran que en agosto de 1998, el Presidente Cubas asumió el nuevo Gobierno en el Paraguay y que, poco tiempo después, se suspendió el pago de los servicios establecidos en el Contrato. En enero de 1999, el Ministro de Hacienda promovió la realización de investigaciones relativas al Contrato sobre la base de supuestos incumplimientos de dicho instrumento. En febrero de 1999, mediante el Decreto Presidencial No. 2003, se autorizó al Ministerio de Hacienda a no continuar con el Contrato al vencimiento de su período inicial. No hay controversia en cuanto a la legalidad de la decisión de no continuar con el Contrato, dado que ello fue pactado por las Partes, conforme a la Cláusula 8 del Contrato, que no requiere que se establezca ningún motivo o se alegue incumplimiento contractual. La Demandante no reclama que la adopción del Decreto No. 2003 haya violado el Contrato o el TBI.
216. En marzo de 1999, luego de la adopción del Decreto, se pagaron varias facturas correspondientes al año 1997. La situación a fines de marzo de 1999 era que el Contrato había sido terminado en forma lícita, pero que un número considerable de facturas que surgían del Contrato permanecían impagas por parte del Gobierno. Son estas facturas impagas – que ascienden a diecinueve en total – las que son objeto de la presente disputa en virtud del TBI.
217. ¿Qué ocurrió después? Mediante una carta fechada el 7 de junio de 1999, el nuevo Ministro de Hacienda (Federico Zayas) confirmó la decisión del Gobierno de no continuar con el Contrato. También observó que las obligaciones de ambas Partes que

surgían del Contrato de Prestación de Servicios cesaban “salvo los derechos y acciones ya adquiridos”<sup>436</sup>. El Tribunal considera que la carta reconoce que no se interferiría con los derechos de la Demandante existentes en virtud del Contrato, en el sentido de que “los derechos y acciones ya adquiridos” por BIVAC serían respetados. No existe ningún repudio de los derechos establecidos en el Contrato. Sin embargo, el Tribunal tampoco considera que haya nada en la carta que constituya un reconocimiento de la validez de las reclamaciones de pago formuladas por la Demandante conforme al Contrato: una cosa es reconocer la existencia de derechos que surgen del Contrato y otra muy distinta es determinar si tales derechos incluyen el derecho de recibir un pago por servicios y facturas particulares emitidas según el Contrato.

218. El Ministro Zayas continuó esta comunicación con otra carta una semana después, fechada el 14 de junio de 1999. Esta carta respondía a una misiva enviada por la Demandante del 8 de junio de 1999, en la que solicitaba el pago de la deuda. En su carta, el Ministro Zayas sugirió que sería apropiado establecer a su debido tiempo el saldo de la deuda y proponía aplicar un descuento del 50% sobre el saldo pendiente como base para una negociación<sup>437</sup>. El Tribunal considera que esta carta, al igual que la anterior, no puede ser interpretada como un reconocimiento del derecho de BIVAC a recibir el pago en virtud del Contrato; la carta simplemente propone que se reduzca la reclamación por un monto fijo respecto del monto de la reclamación que eventualmente se determinare sin ofrecer ningún motivo para la acción propuesta (no se indica, por ejemplo, si la propuesta se realiza por cuestiones de desacuerdo contractual, dificultades presupuestarias o la existencia de otros motivos).
219. El 22 de junio de 1999, el Ministerio de Hacienda elaboró un Informe para el Ministro Zayas que abordaba las circunstancias de la existente falta de pago de las obligaciones financieras en virtud del Contrato. El Informe identificaba una serie de supuestos incumplimientos contractuales por parte de la Demandante, incluida la supuesta falta de asistencia técnica, tal como exigía el Contrato<sup>438</sup>. Este Informe de servicios técnicos del Ministerio de Hacienda supuestamente enumeraba una serie de incidentes que se

---

<sup>436</sup> Carta del Ministro de Hacienda dirigida a BIVAC (7 de junio de 1999), Anexo CE-19.

<sup>437</sup> Carta del Ministro de Hacienda dirigida a BIVAC (14 de junio de 1999), Anexo CE-73.

<sup>438</sup> Informe del Auditor Interno del Ministerio de Hacienda dirigido al Ministro de Hacienda (22 de junio de 1999), Anexo

vinculaban con el Contrato y afirmaba que la Demandante no había cumplido con sus obligaciones contractuales. También expresaba preocupación sobre una posible doble facturación por parte de la Demandante, aparentemente por primera vez. El Tribunal no expresa opinión alguna sobre el mérito de los argumentos planteados en el Informe del Ministerio. Sin embargo, reconoce que las preocupaciones expresadas sí establecen, *prima facie*, una explicación verosímil para la falta de pago que se fundamenta en una opinión sobre el Contrato y una evaluación de los hechos. Como tal, no puede alegarse que la elaboración del Informe constituya un ejercicio del poder soberano que interfiere con un derecho que surge del Tratado: el informe no es cualitativamente diferente de cualquier otro informe interno similar elaborado por un particular que es parte en un contrato y que considera – justificadamente o no– que existen motivos para no pagar una deuda pendiente en virtud de un contrato del que es parte.

220. El 6 de agosto de 1999, el Ministerio de Hacienda elaboró un Listado de Facturas Pendientes<sup>439</sup>. La Demandante afirma que este listado constituye un reconocimiento de deuda pendiente. La Demandada no está de acuerdo sobre la base de que el título de la tabla simplemente hace referencia a facturas cuyo pago se encuentra pendiente según fueron emitidas por BIVAC y no constituye una admisión de deuda. El título, de hecho, no deja lugar a dudas de que el documento en cuestión no es un reconocimiento o una admisión de deuda: se titula “facturas pendientes de pago emitidas por BIVAC”. El Tribunal considera que el documento no es más que un listado de facturas pendientes. Como tal, no puede constituir un reconocimiento de deuda que surge del Contrato y no puede alegarse que su elaboración constituye un ejercicio del poder soberano, sea o no en violación de una obligación que surge del Tratado. El documento bien podría haber sido elaborado por cualquier parte en un contrato.
221. El 2 de diciembre de 1999, el Ministerio de Hacienda escribió a la Demandante en respuesta a una nueva solicitud de pago de la deuda pendiente<sup>440</sup>. El Ministro Zayas indicó en la carta que no podía pagarse ninguna deuda hasta tanto la Contraloría General de la República finalizara una investigación especial, de conformidad con la

---

RE-21.

<sup>439</sup> Listado de facturas pendientes confeccionado por el Ministerio de Hacienda, Anexo CE-22.

<sup>440</sup> Carta No. 2702 del Ministerio de Hacienda dirigida a BIVAC, Anexo CE-24.

solicitud formulada por la Fiscalía General del Estado en una Nota fechada el 14 de julio de 1999 (cuya copia se anexaba a la carta). El Tribunal considera que esta carta nuevamente se relaciona exclusivamente con la cuestión de un pago que surge del Contrato. No pretende repudiar ningún derecho establecido en el Contrato y constituye un acto que toda parte contratante no soberana bien podría realizar. Nada en el accionar así iniciado puede considerarse un ejercicio del poder soberano. El Tribunal llega a la misma conclusión respecto de la carta enviada la semana siguiente – el 13 de diciembre de 1999 – en la que el Ministro Zayas responde a otra solicitud de pago de la deuda pendiente<sup>441</sup>.

222. Al año siguiente, en un documento sin fecha elaborado en algún momento durante el año 2000, la Contraloría General de la República publicó su primer informe sobre supuestas irregularidades relativas a los certificados de inspección emitidos por la Demandante<sup>442</sup>. El Tribunal no expresa ninguna opinión sobre las conclusiones del informe, pero nuevamente observa que no hay nada en el informe que respalde la postura de que su elaboración o su contenido refleja un ejercicio del poder soberano respecto de derechos que surgen del Contrato. Los derechos de la Demandante establecidos en el Contrato – en particular, el derecho de recibir pagos y solicitar un resarcimiento ante los tribunales de Asunción si el pago no se efectúa – se mantienen en su totalidad. El informe bien podría haber emanado de una contraparte privada.
223. El 12 de febrero de 2001, el Ministerio de Hacienda elaboró un nuevo dictamen sobre esta cuestión<sup>443</sup>. El informe señala que el Ministerio reconoce la validez y la existencia del Contrato, pero que “el Ministro de Hacienda no puede disponer pago alguno antes de agotarse los procedimientos pertinentes de control iniciados por la Contraloría General de la República”. El informe agrega que “sin que esto implique en modo alguno que el Estado esté negándose a honrar las obligaciones a su cargo respecto del contrato de referencia”. El Tribunal reitera las conclusiones mencionadas precedentemente en relación con documentos anteriores, que se aplican igualmente a la Nota del 13 de febrero de 2001: ella indicaba la postura del Ministerio de Hacienda de que “una vez concluido dicho trabajo [por la Contraloría General de la República] y

---

<sup>441</sup> Carta no. 2772 del Ministerio de Hacienda dirigida a BIVAC, Anexo CE-77.

<sup>442</sup> Primer Informe de la Contraloría General de la República sobre irregularidades de certificados de inspección emitidos por BIVAC, Anexo CE-140.



realizada la conciliación de cuentas que se requiere al efecto, estaremos tramitando con la mayor premura posible ante el Congreso Nacional, la ampliación presupuestaria necesaria para el financiamiento y pago de la obligación pendiente a cargo del Estado por los servicios prestados por la empresa de su presidencia...<sup>444</sup>. No existe ninguna interferencia soberana con los derechos de la Demandante, incluido el derecho a recibir pagos. Durante todo este período, la Demandante tenía plena libertad de hacer uso de su derecho de acceder a los tribunales de la Ciudad de Asunción para resolver la diferencia que surgía del Contrato.

224. El 25 de julio de 2001, la Contraloría General de la República produjo su Informe Final sobre los certificados de inspección emitidos por la Demandante<sup>445</sup>. El objetivo del informe era verificar el cumplimiento por parte de la Demandante con los servicios conforme al Contrato para determinar “los hechos que podrían ser considerados irregulares constatados tanto en los aspectos formales y de fondo de los certificados de Inspección Pre-Embarque”. El Informe pretendía dar cuenta de las instancias de supuesto incumplimiento con el Contrato y sus regulaciones, que incluían (1) la falta de obtención de firmas autorizadas en algunos Certificados de Inspección; (2) la falta de envío de determinados documentos en forma electrónica, tal como exigía la Resolución No. 1171/96; y (3) la falta de creación de la base de datos exigida por el Contrato. El Tribunal no expresa ninguna opinión sobre las alegaciones realizadas. Sin embargo, el Tribunal observa que, una vez más, no hay nada en el informe que pueda considerarse una interferencia con los derechos de la Demandante en virtud del Contrato o un ejercicio del poder soberano que vaya más allá de lo que una parte contratante pueda hacer.

225. Más de un año después, el 4 de octubre de 2002, la Contraloría General de la República elaboró una nueva Nota que concluía que “[s]e desvirtúa la hipótesis de incumplimiento de contrato o daño económico para el patrimonio de la República del Paraguay, resultante de la ejecución de este contrato<sup>446</sup>. Esta conclusión aparentemente clara siguió a una declaración de la Dirección General de Aduanas en

---

<sup>443</sup> Dictamen N° 139 del Ministerio de Hacienda, Anexo CE-27.

<sup>444</sup> Nota No. 185 del Ministerio de Hacienda dirigida a BIVAC, Anexo CE-92.

<sup>445</sup> Informe Final de la Contraloría General de la República sobre irregularidades de certificados de inspección emitidos por BIVAC, Anexo CE-95.

<sup>446</sup> Nota No. 4249 de la Contraloría General de la República al Ministerio de Hacienda, Anexo CE-30.

junio de 2002 que certificaba que “no existe denuncia de incumplimiento de contrato que se halla en trámite contra [la Demandante]”<sup>447</sup>. El Tribunal observa que el informe de octubre de 2002 parece ser la primera ocasión en la que un organismo asociado con la Demandada señala que la Demandante ha cumplido con sus obligaciones establecidas en el Contrato (la certificación por parte de la Dirección General de Aduanas no parece hacer otra cosa más que señalar que, previamente, no se había realizado ninguna reclamación por incumplimiento). En respuesta, en sus presentaciones ante el Tribunal, la Demandada argumenta que el nuevo informe de la Contraloría General de la República no es vinculante, que era simplemente de naturaleza consultiva y no formaba parte de un proceso administrativo iniciado conforme al derecho paraguayo. Sea o no éste un relato preciso de la situación correspondiente conforme a la legislación paraguaya, el hecho es que el informe brinda un respaldo considerable a la reclamación de la Demandante de que tiene derecho a recibir el pago de la deuda pendiente. El Tribunal observa que la Demandante no hizo uso en ese momento, y podría haberlo hecho, de su derecho de acceder a los tribunales de la Ciudad de Asunción para obtener el pago que, según reclamaba, se adeudaba conforme al Contrato.

226. Unos nueve meses después, la situación parecía haber cambiado. El 28 de junio de 2003, el Auditor Interno del Ministerio de Hacienda elaboró la Nota No. 21. Esta nota concluía que la Demandante no había cumplido con el Contrato respecto de cuestiones, entre otras, relativas a la pre-inspección y la cooperación técnica<sup>448</sup>. El Tribunal observa que esta conclusión reiteraba la conclusión previa a la que había llegado el Ministerio de Hacienda (en junio de 1999, véase *supra*, párr. 219), pero contradecía el informe más reciente emitido por la Contraloría General de la República. Por consiguiente, el Tribunal se enfrenta a una situación en la que dos organismos de Gobierno han arribado a conclusiones claramente diferentes sobre la misma cuestión. Las dos posturas son, de hecho, contradictorias y no pueden reconciliarse. Aun así, no hay nada en la nota de junio de 2003 que pretenda interferir con los derechos de la Demandante establecidos en el Contrato, incluido el derecho de recurrir al foro pactado contractualmente para la resolución de diferencias. El simple hecho de que surgieran perspectivas diferentes entre dos organismos de Gobierno –

---

<sup>447</sup> Dictamen de la Dirección General de Aduanas, Anexo CE-28.

<sup>448</sup> Nota A.I. No. 21 del Auditor Interno del Ministerio de Hacienda dirigida al Ministro de Hacienda, Anexo CE-110.

algo que no es infrecuente en la vida de las autoridades públicas – no puede como tal constituir un ejercicio del poder soberano que va más allá de lo que una parte contratante ordinaria puede hacer. El Tribunal es consciente de que una parte contratante ordinaria (no soberana) también puede enfrentar una diferencia de posturas interna en cuanto a si una obligación contractual exige el pago de alguna suma.

227. El 19 de abril de 2004, el Ministerio de Hacienda se dirigió por escrito a la Demandante una vez más<sup>449</sup>. El Ministerio señaló que “es deseo de las Autoridades Nacionales honrar las deudas que el Estado Paraguayo tiene con sus diferentes acreedores, entre los cuales se encuentra la empresa que usted representa” y que estaba “finalizando un estudio... a fin de encontrar una solución aplicable al pago de la deuda reclamada y proponerles un calendario de pagos que esté acorde con las posibilidades financieras del Estado Paraguayo”. El Tribunal observa que, a primera vista, esta carta no es un reconocimiento de una deuda pendiente, en el sentido de un monto acordado, o un compromiso de pago de una deuda pendiente. Asimismo, no hay nada en la carta que pueda considerarse una interferencia con los derechos de la Demandante establecidos en el Contrato o que refleje el ejercicio del poder soberano que vaya más allá del comportamiento de una parte ordinaria en un contrato o que constituya un incentivo para que la Demandante no recurra a los tribunales de la Ciudad de Asunción, que continuaban estando disponibles. La demora es, cuanto menos, desafortunada e incluso puede que no esté justificada como cuestión de derecho en virtud del Contrato, pero el simple hecho de la demora no puede como tal transformar la conducta que surge del Contrato (incluido el incumplimiento) en un acto soberano que pueda dar lugar a una violación del Artículo 3(1) del TBI. Se requiere de algo más y este comportamiento, como la conducta que éste sigue, se relaciona exclusivamente con la falta de pago de una obligación contractual y nada más.

228. Dos meses después, el 3 de junio de 2004, el Ministerio de Hacienda adoptó la Resolución No. 274, que determinaba que los pagos de las facturas correspondientes a BIVAC “se encuentran suspendidos hasta tanto se establezcan la veracidad de posibles irregularidades por parte de las empresas contratadas en el cumplimiento del contrato

---

<sup>449</sup> Carta del Ministerio de Hacienda dirigida a BIVAC, Anexo CE-31.

suscrito<sup>450</sup>. El Ministerio observó que “aun no h[a] determinado si existió o no incumplimiento de contrato por parte de [BIVAC]” y creó una Comisión para que examinara la cuestión. La Resolución estableció además que “[p]reviamente al inicio de las negociaciones con los representantes de la BIVAC [...] la Comisión [conformada mediante la presente] deberá establecer la postura definitiva del Ministerio de Hacienda con respecto a la procedencia o no del pago de la deuda pendiente con las empresas verificadoras”. La opinión del Tribunal con respecto a esta conducta es la misma que la que expresó con respecto a la conducta previa.

229. Ocho meses después, el 3 de febrero de 2005, mediante Resolución No. 43, el Ministerio de Hacienda resolvió que la investigación sobre si debía realizarse algún pago a BIVAC en virtud del Contrato sería reasignada a la Dirección Nacional de Aduanas, una dependencia del Ministerio de Hacienda, dado que la Comisión encargada con la tarea por la Resolución No. 374 había concluido que carecía de competencia<sup>451</sup>. El Tribunal toma nota de esta nueva demora, pero no ve ningún fundamento para concluir que la resolución así planteada interfiera con los derechos de la Demandante establecidos en el Contrato, incluido el derecho de recurrir a los tribunales de la Ciudad de Asunción. La decisión reflejada en la Resolución no puede en sí misma constituir un ejercicio del poder soberano que va más allá del tipo de decisión que una parte contratante ordinaria también podría tomar.

230. Al mes siguiente, el 30 de marzo de 2005, la Dirección Nacional de Aduanas emitió el Informe No. 377. El Informe observa que la Demandante realizó una “escasa verificación pre-embarque”, que ha existido una “falta de cooperación técnica” y una “falta de informaciones para la creación de un banco de datos” y que “no fue realizada la capacitación mencionada en la cláusula 2.9”. Sin embargo, concluye que “todas las posibles reclamaciones con respecto al cumplimiento o el incumplimiento del contrato suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Bivac Paraguay S.A. ya fueron denunciadas, debatidas, rebatidas y desestimadas ya sea por el Ministerio Público o por la Contraloría General de la República”. También observa que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República “ya realizaron investigaciones sobre el contrato en cuestión y ambas instituciones han concluido en que se han cumplido con todas las

---

<sup>450</sup> Resolución No. 274 del Ministerio de Hacienda, Anexo CE-32.

cláusulas del mismo<sup>452</sup>. El Tribunal toma nota de este informe, que parece ser concluyente en la determinación de que a marzo de 2005, la deuda que la Demandante reclamaba como pendiente de pago conforme al Contrato fue reconocida por las autoridades correspondientes del Paraguay como válida. Todo lo que restaba hacer a partir de allí era determinar los montos y pagarlos.

231. A pesar de este Informe, las deudas pendientes surgidas del Contrato no fueron pagadas. En cambio, el 22 de junio de 2007, el Ministerio del Interior dictó el Decreto No. 10485, que abría una nueva investigación, aparentemente a instancias del Presidente de la República<sup>453</sup>. Como es comprensible, teniendo en cuenta el hecho de que habían transcurrido unos ocho años desde que la cuestión fue planteada por primera vez, la Demandante decidió no proceder con esfuerzos adicionales para una negociación y decidió en su lugar recurrir a la resolución del conflicto conforme a la ley. En lugar de recurrir a los tribunales de la Ciudad de Asunción, cosa que tenía derecho a hacer en virtud del Contrato, la Demandante decidió iniciar un procedimiento ante el CIADI al amparo del Tratado.
232. Antes de resumir las conclusiones del Tribunal en cuanto a los hechos, es apropiado abordar brevemente algunas otras pruebas presentadas por la Demandante en respaldo de su afirmación de que la conducta de la Demandada constituye un ejercicio del poder soberano de modo que viola el Artículo 3(1) del Tratado.
233. La Demandante invoca varias cartas que escribió y envió al Paraguay durante el período del conflicto. Por ejemplo, el 29 de mayo de 2001 se dirigió al Ministerio de Hacienda para resumir la situación y manifestarle que el Ministerio de Hacienda se había comprometido a pagar US\$ 5.465.778 por facturas correspondientes a agosto, noviembre y diciembre de 1997 y que, a tal efecto, solicitaría al Congreso que se incluyera dicho monto en el presupuesto de año 2001<sup>454</sup>. Otra carta fechada el 6 de julio de 2001 sugiere que se le había mostrado a la Demandante una solicitud presupuestaria realizada al Congreso para que éste autorizara el pago de US\$ 5,4

---

<sup>451</sup> Resolución No. 43 del Ministerio de Hacienda, Anexo CE-34.

<sup>452</sup> Informe No. 377 de la Dirección Nacional de Aduanas, CE-35.

<sup>453</sup> Decreto del Ministerio del Interior dirigida a BIVAC, CE-136.

<sup>454</sup> Carta No. 052/D/L de BIVAC dirigida al Ministerio de Hacienda, CE-93.

millones a BIVAC en 2001<sup>455</sup>. El 6 de noviembre de 2003, la Demandante le escribió al Ministerio de Hacienda para referirse a una reunión que, según afirma en la carta, había sido celebrada el 8 de octubre de 2003 y en la que se acordó que el Ministerio de Hacienda revisaría la cuestión y propondría un mecanismo de pago de la deuda pendiente que sería negociado entre las Partes<sup>456</sup>. Por último, el 23 de febrero de 2006, la Demandante escribió nuevamente al Ministerio de Hacienda para informarle, que las modalidades para el pago de la deuda se habían iniciado<sup>457</sup>. El Tribunal observa que estas cartas fueron escritas por la Demandante, resumiendo su perspectiva de los hechos que se alegaba habían ocurrido, incluidos los supuestos compromisos asumidos. En ausencia de pruebas que confirmen la postura de la Demandada, el Tribunal no puede confiar en dichas comunicaciones como prueba de que tales compromisos fueron de hecho asumidos. En todo caso, a primera vista, ninguno de estos documentos podría razonablemente ser considerado un reflejo de repudio alguno por parte del Paraguay de los derechos de la Demandante establecidos en el Contrato. Tampoco podría alegarse que los supuestos compromisos asumidos – suponiendo que se dispusiera que lo fueron – constituyen un ejercicio del poder soberano que va más allá de la conducta que una parte contratante ordinaria podría ejercer a través de actos análogos.

234. La Demandante también invoca varios artículos periodísticos para respaldar sus reclamaciones. Por ejemplo, se refiere a un artículo publicado en *Última Hora* con fecha 31 de julio de 2001 (“No se pagarán deudas a las SGS y la BIVAC”) donde se informaba que el Ministro Oviedo había anunciado que no pagaría un solo guaraní a BIVAC sin autorización del Congreso, dado que la deuda se relacionaba con un contrato que había sido celebrado por gobiernos anteriores<sup>458</sup>. La Demandante invoca un artículo fechado el 7 de mayo de 2005 publicado en *ABC Color* (“Hacienda anuncia investigación de deudas con SGS y BIVAC”), que afirmaba que el Ministro lanzaría una nueva investigación, sin perjuicio del reciente informe emitido por la Dirección de Aduanas que reivindicaba a la Demandante<sup>459</sup>. Otro artículo publicado por el mismo diario el 18 de mayo de 2006 (“Gobierno solo pagará las deudas legítimas”, *ABC Color*) incluía una cita del Presidente Duarte durante una visita a

---

<sup>455</sup> Carta No. 066/D/L de BIVAC dirigida al Ministerio de Hacienda, CE-94.

<sup>456</sup> Carta No. 046/D/L de BIVAC dirigida al Ministerio de Hacienda, CE-114.

<sup>457</sup> Carta No. 003/D/L de BIVAC dirigida al Ministerio de Hacienda, CE-37.

<sup>458</sup> Anexo CE-96.

Francia en la que, según el diario, él había manifestado que “no ten[ía] nada que ver con los gobiernos anteriores” y que no se pagaría ninguna deuda que no estuviera comprobada<sup>460</sup>. Al día siguiente, otro artículo fue publicado (“Deuda con los franceses data de la era Wasmosy”, *ABC Color*) donde se alegaba que el Presidente Duarte había realizado una declaración que sugería que las obligaciones habían sido asumidas por un Gobierno anterior que podía no haberlas generado en forma lícita<sup>461</sup>. Si bien son interesantes, el Tribunal es cauteloso en depositar demasiada confianza en los informes periodísticos, ya que pueden brindar un relato incompleto o parcial de lo que se ha dicho, incluso aunque se asuma que las citas fueron registradas y reproducidas con precisión. El Tribunal no plantea ninguna objeción a considerar dichos informes, que son de dominio público, como admisibles, pero con un peso probatorio limitado, de tener alguno. Dicho esto, incluso si se asumiera que tales informes son absolutamente precisos, no constituyen, en opinión del Tribunal, un repudio por parte del Paraguay de los derechos de la Demandante de obtener un resarcimiento en virtud del Contrato o un ejercicio del poder soberano que razonablemente pueda considerarse excesivo respecto del comportamiento que una parte contratante podría adoptar si hubiera decidido no realizar el pago de una obligación contractual.

235. El Tribunal abordará ahora la evaluación de estos hechos. En su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, el Tribunal concluyó que el Artículo 3(4) del TBI le otorgaba competencia sobre una reclamación que deriva del Contrato o que se produce directamente en relación con él, pero que ello incluía no sólo la obligación de pagar facturas de conformidad con los requisitos del Contrato, sino también la obligación (por lo menos implícita) de asegurar que los tribunales de la Ciudad de Asunción estuvieran disponibles para resolver todo “conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al’ Contrato” (Decisión sobre Jurisdicción, párr. 142). El Tribunal concluyó, además, que el caso planteado por la Demandante en virtud del Artículo 3(4) era inadmisibile porque

“(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[1] Contrato;

---

<sup>459</sup> Anexo CE-122.

<sup>460</sup> Anexo CE-131.

<sup>461</sup> Anexo CE-132.

(2) el Artículo 3(4) del TBI no prevalece sobre la cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en el Artículo 9(1) del Contrato;

(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”. (Decisión sobre Jurisdicción, párr. 159)

236. Frente a los antecedentes de estas conclusiones, resulta evidente que las partes en el Contrato decidieron que sería competencia de los tribunales de la Ciudad de Asunción determinar si el Paraguay había violado alguna obligación contenida en el Contrato, incluidos los montos que podría estar adeudando a la Demandante. No le corresponde a este Tribunal realizar determinaciones de derecho en cuanto a la interpretación y la aplicación del Contrato a los hechos. Dicho esto, el Tribunal está obligado a observar que la Dirección Nacional de Aduanas concluyó, en su Informe del 30 de marzo de 2005, que “todos los posibles reclamos con respecto al cumplimiento o el incumplimiento del contrato suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Bivac Paraguay S.A. ya fueron denunciadas, debatidas, rebatidas y desestimadas ya sea por el Ministerio Público o por la Contraloría General de la República” y que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República “han concluido en que se han cumplido con todas las cláusulas del [Contrato]” por parte de la Demandante<sup>462</sup>. Con base en el expediente analizado por el Tribunal, este Tribunal no ve ninguna posibilidad real de que puedan surgir nuevos hechos y argumentos legales a esta altura de la controversia que alteren esta conclusión.

237. Sobre esta base, la conclusión inevitable según las pruebas presentadas ante el Tribunal es que el Paraguay tiene una deuda pendiente con la Demandante que surge del Contrato y que desde, por lo menos, el año 2005, el Paraguay no realizó el pago de dicha deuda sin ninguna justificación apropiada. En otras palabras, el Tribunal

---

<sup>462</sup> Informe No. 377 de la Dirección Nacional de Aduanas, Anexo CE-35.



concluye que las pruebas demuestran que el centro de la diferencia planteada ante él involucra una “persistente omisión de efectuar el pago de una deuda pendiente”. Luego de haber analizado cada uno de los actos sobre los que reclama la Demandante – desde la carta del 14 de junio de 1999 del Ministro Zayas hasta el Decreto No. 10485 dictado por el Ministerio del Interior el 22 de junio de 2007 – el Tribunal concluye que cada acto se relaciona esencialmente con la falta de pago de lo que se adeuda. Una interpretación generosa de los hechos concluiría que podría considerarse que con anterioridad a marzo de 2005, cada acto involucraba la cuestión de evaluar si existía una deuda pendiente que debía pagarse. Con posterioridad a la publicación del Informe de marzo de 2005, no existía necesidad de realizar ninguna otra evaluación, dado que la validez de la deuda había sido de hecho reconocida por las autoridades paraguayas correspondientes y se había admitido que se adeudaba el pago. Desde marzo de 2005, existe una negativa directa a pagar, sin justificación aparente.

238. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la conducta que yace en el centro de la controversia, y que se ha repetido en el tiempo particularmente desde marzo de 2005, es la negativa del Paraguay a pagar una deuda pendiente que surge del Contrato.

#### 4.3.3.2 La caracterización de la conducta: ¿incumplimiento contractual o ejercicio del poder soberano

239. El Tribunal pasará entonces a considerar la cuestión de cómo caracterizar la conducta del Paraguay ¿La persistente omisión de efectuar el pago de una deuda pendiente que surge del Contrato es un acto soberano, como argumenta la Demandante, o es simplemente un acto que una parte contratante ordinaria podría haber realizado, como argumenta el Paraguay?
240. Es importante reconocer que más allá de la negativa a pagar no hay otros actos en relación a los cuales la Demandante busque resarcimiento. Si bien el Paraguay no ha pagado una deuda contractual, que ha reconocido desde marzo de 2005 como adeudada, la Demandante no ha argumentado que haya interferido de ningún otro modo con los derechos de la Demandante establecidos en el Contrato. No se ha alegado que el Paraguay haya, por ejemplo, a través de su legislación o por otro

medio, intentado realizar otros actos para interferir con los derechos contenidos en el Contrato, o que haya buscado impedir o limitar de otro modo los derechos de la Demandante de acceder a los tribunales de la Ciudad de Asunción. No hay ninguna reclamación de privación de un derecho establecido en el Contrato o de la terminación ilícita del Contrato. Tampoco existe una reclamación de acoso o interferencia con el derecho de la Demandante de estar presente en el Paraguay, a través de sus representantes, o de llevar a cabo las actividades comerciales que desee realizar. Es imposible evitar la conclusión de que el presente caso involucra, en su totalidad y sin importar cuán vigorosamente la Demandante pueda intentar caracterizarlo de otra forma, la falta de pago de una deuda pendiente en virtud de un Contrato.

241. También resulta claro que el Paraguay no se ha aprovechado de la clase de poderes que normalmente le asisten a un soberano si desea interferir con los derechos de una parte ordinaria. No se adoptó ningún acto legislativo o regulatorio, no se utilizó ningún poder de policía, no se ignoró ninguna sentencia judicial. Esta es la clase de poderes que con frecuencia caracterizan las reclamaciones que se relacionan con el trato injusto e inequitativo en el derecho internacional relativo a inversiones. Dichas reclamaciones típicamente exigen que se ejerzan poderes que simplemente no están disponibles para una parte contratante ordinaria. Sin embargo, no se ha reclamado por ningún acto de esa naturaleza en el presente caso. Por tanto, no resulta inmediatamente evidente que alguna parte del accionar por el que reclama la Demandante no pueda haber sido también realizada por una parte contratante que no fuera un soberano: la negativa inicial a pagar, el encargo de un informe interno tras otro, las decisiones contradictorias de los diferentes organismos, la participación de ejecutivos de algo rango, y así sucesivamente. No existe nada inherente en el hecho de que tal conducta ha sido asumida por un Estado en su carácter de parte contratante, que pueda como tal dotarla del carácter que tienen los actos soberanos de modo de accionar la responsabilidad que surge de una obligación establecida en un tratado internacional relativa al trato justo y equitativo. El Paraguay no ha utilizado los poderes de autoridad pública que podrían no estar disponibles – a través de medios análogos – para un particular o una compañía. Los intentos de engañar, tergiversar, esconder o confundir de algún otro modo a un socio contractual son estrategias disponibles y utilizadas tanto para las personas públicas como privadas.

242. Tampoco resulta evidente para el Tribunal que el simple paso del tiempo tenga el efecto de transformar en un acto soberano a un acto (o una serie de actos) que cualquier particular podría realizar en un acto soberano. El Tribunal no ve cómo es posible que únicamente el tiempo, acompañado de la repetición de la conducta, pueda transformar el acto de una parte contratante soberana en un ejercicio del poder soberano. ‘No pagaremos’ significa ‘no pagaremos’, sin importar si se dice en el Año 1 o en el Año 8. El hecho de que hayan transcurrido ocho años no cambia la caracterización de la conducta. Un acto que no cumple con un contrato es eso - y sólo eso - sin importar si ha sido realizado una vez en un único año o veinte veces a lo largo de ocho años.
243. En este sentido, el Tribunal se ve obligado a observar la manera en que el caso fue enmarcado dentro de la Solicitud de Arbitraje original presentada ante el CIADI el 16 de febrero de 2007. El apartado III de la Solicitud se denomina “Los hechos relevantes para la diferencia” (traducción del Tribunal) y se compone de tres secciones. La Sección B se titula “La falta de pago por parte del Paraguay de montos adeudados en virtud del Contrato” (traducción del Tribunal) e incluye ocho párrafos. Los únicos actos que, según se alega, dan lugar a una violación del Tratado involucran la supuesta falta de pago de montos adeudados en virtud del Contrato. El párrafo 33 de la Solicitud, por ejemplo, que aborda las violaciones del Tratado, señala que “La conducta del Ministerio de Hacienda *de no pagar lo montos adeudados a BIVAC en virtud del Contrato* [...] es atribuible al Paraguay e involucra su responsabilidad estatal conforme al derecho internacional y al Tratado” (énfasis agregado) (traducción del Tribunal). El Tribunal observa que la Solicitud no objeta ningún acto, ya sea en relación con los derechos contenidos en el Contrato o con la accesibilidad del foro pactado contractualmente para la resolución de diferencias en el Contrato. Es cierto que la Demandante se reserva, en los párrafos siguientes, el derecho de complementar o modificar sus reclamaciones y que, de hecho, durante el transcurso del procedimiento su caso ha evolucionado y cambiado. Ello parece haber ocurrido para adaptarse a las opiniones expresadas por el Tribunal en su Decisión sobre Jurisdicción. Ello se ve reflejado, por ejemplo, en la Réplica sobre el Fondo de la Demandante, donde se replantea el caso para contradecir la reclamación contenida en la Solicitud, al señalar que:

“[A]quí BIVAC no reclama por no haber podido recuperar su inversión mediante el pago de la deuda contractual en enero de 1999. Más bien,

reclama por la pérdida de la inversión, debido a la conducta observada por Paraguay durante la década siguiente – Gobiernos sucesivos que, uno tras otro, se distanciaron de la obligación preexistente en pos de sus propios intereses políticos –, provocando su desconocimiento efectivo”<sup>463</sup>.

244. Por supuesto que la Demandante tiene derecho a intentar replantear los hechos bajo otra perspectiva y a exponerlos de manera diferente. Sin embargo, el Tribunal no está convencido de que la Demandante los haya expuesto de manera equivocada en la Solicitud de Arbitraje o que los hechos sean en realidad diferentes respecto de la forma en que fueron caracterizados originalmente por la Demandante. Tal como lo explicó detalladamente en su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, el Tribunal sostiene que estos hechos no pueden sustentar una reclamación por pérdida de la inversión a causa de la conducta del Paraguay, ya que no se alegó que se hubiera interferido en forma ilícita con el Contrato excepto en relación con un pago que se considera adeudado en virtud del Contrato. El Contrato fue terminado en forma lícita y no se interfirió con el derecho de la Demandante de recurrir al foro pactado contractualmente para la resolución de su reclamación, ya sea por el ejercicio de *puissance publique* o de otro modo. Los hechos muestran que, de hecho, la controversia se cierne sobre la “falta de pago de montos adeudados a BIVAC en virtud del Contrato” (traducción del Tribunal) por parte del Paraguay, tal como lo expresó la Demandante en su Solicitud, ni más ni menos. El expediente no puede sustentar una reclamación de que los hechos involucran una conducta que causó la pérdida de la inversión. La inversión llegó a su fin y es indiscutido que lo hizo de conformidad con el Contrato y, por tanto, de manera lícita.
245. En consecuencia, el Tribunal abordará a continuación las consecuencias de su conclusión de que la presente diferencia involucra, en esencia, únicamente la falta de pago de una deuda contractual. Nos vemos obligados a analizar si el incumplimiento contractual es “el resultado de un comportamiento que exceda lo que una parte contratante ordinaria podría efectuar” y si los actos del Paraguay no son los de una mera parte contratante sino los de un soberano que ejerce poderes públicos (*‘puissance publique’*).

---

<sup>463</sup> Réplica sobre el Fondo de BIVAC, párr. 5.

246. Las Partes difieren sobre una gran cantidad de cuestiones, pero parecen estar de acuerdo en que para que el Paraguay sea responsable de una violación del Artículo 3(1) debe demostrarse que actuó de una manera que es cualitativamente diferente a la manera en que actuaría una parte contratante ordinaria. De hecho, por su propia naturaleza, es probable que un acto que no cumple con un contrato contradiga una manifestación inicial de una de las partes en el contrato y que el acto ocurra por motivos no revelados o sin transparencia o por mala fe de la parte incumplidora. Esta es la rutina y la mala suerte con la que se transita la vida comercial, que deriva en una gran cantidad de procedimientos comerciales en el derecho. Los Estados no están exentos de este tipo de conducta. Puede ser parte del trato injusto e irrazonable que puede infligirse a un socio privado en una relación contractual. Sin embargo, conforme a un contrato, dicho comportamiento no puede derivar en una violación de una obligación contenida en un Tratado regido por el derecho internacional. Todas las caracterizaciones que han sido invocadas para calificar el trato injusto e irrazonable en el derecho internacional y que ha argumentado la Demandante y que la Demandada ha negado – arbitrariedad, falta de transparencia, negligencia, inconsistencia, mala fe, frustración de expectativas legítimas, introducción de medidas irrazonables – ocurren en ejercicio del poder soberano y están por encima de los actos que constituyen un mero incumplimiento contractual. Se necesita de algo más que un simple incumplimiento de contrato. Ello puede ocurrir, por ejemplo, si el Estado presta su consentimiento a la jurisdicción de sus tribunales nacionales para la resolución de un conflicto contractual y luego actúa para limitar el acceso efectivo a dichos tribunales.
247. Con estas consideraciones en mente, ambas Partes han prestado especial atención a la cuestión de si la conducta del Paraguay que es objeto de la presente disputa puede caracterizarse como el ejercicio del poder soberano (*puissance publique*) y como el tipo de actos que podrían derivar en la responsabilidad del Paraguay por una violación del Artículo 3(1) del TBI. No sorprende que adopten enfoques y conclusiones diametralmente opuestos.
248. La Demandante argumenta que los actos de los que es responsable el Paraguay constituyen un ejercicio del poder soberano. Según su enfoque, la caracterización de la conducta del Paraguay debe abordarse principalmente haciendo referencia a la motivación de los actos que son objeto de la presente diferencia. La Demandante

argumenta que “la conducta que rodea el incumplimiento contractual” (traducción del Tribunal) debe tratarse como un ejercicio del poder soberano donde la conducta “está motivada políticamente [...] ante la ausencia de una diferencia de buena fe genuina que subyace el contrato” (traducción del Tribunal). Según esta postura, cuando “el incumplimiento contractual por parte del Estado es consecuencia de la conveniencia política del Gobierno de turno entonces deja de ser un mero incumplimiento contractual y constituye un incumplimiento paralelo del estándar de TJE”<sup>464</sup> (traducción del Tribunal). Según la Demandante,

“La distinción clave entre un mero incumplimiento contractual comercial y una violación del estándar de TJE no depende de cómo puedan etiquetarse los actos o las medidas. Depende de si las partes en un contrato con el Estado están involucradas en una diferencia de opiniones genuina respecto del alcance o la interpretación de sus respectivos derechos contractuales o de un ejercicio de buena fe (o un incumplimiento) de tales derechos. De ser así, entonces se trata de una simple diferencia contractual que debería ser resuelta mediante el mecanismo de resolución de diferencias contractuales. Sin embargo, si el Estado no participa de una discusión de buena fe de esa naturaleza sino que simplemente aduce excusas políticas para justificar su incumplimiento de manera arbitraria entonces la diferencia es una clara reclamación en virtud del estándar de TJE. Esta distinción es la esencia de lo que en ocasiones se ha denominado el ejercicio (o no) de ‘puissance publique’”<sup>465</sup> (traducción del Tribunal).

249. Según la evaluación de los hechos que realiza la Demandante, el acto del Paraguay de “no pagar la deuda obedece a razones políticas y no se fundamenta en una causa contractual o comercial de buena fe” (traducción del Tribunal) y está motivada por razones de “conveniencia política”, es decir, el deseo de no asumir la responsabilidad por las obligaciones contraídas por gobiernos anteriores<sup>466</sup>. Según la Demandante, los hechos muestran “que el Paraguay no incumplió con su obligación de pagar la deuda a BIVAC a causa de la existencia de una diferencia contractual de buena fe” (traducción del Tribunal) y, por lo tanto, no encuentra

“ningún sustento razonable en los derechos de la legislación privada y tampoco puede ser etiquetada como comercial. Estuvo motivada en razones gubernamentales o políticas que nada tienen que ver con el Contrato en sí mismo”<sup>467</sup> (traducción del Tribunal).

250. En respaldo de su postura de que el motivo de la conducta es el factor principal a tener en cuenta al evaluar si la conducta debe tratarse como un ejercicio del poder soberano,

---

<sup>464</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 10.

<sup>465</sup> *Ibid.*, párr. 92.

<sup>466</sup> *Ibid.*, párr. 11.

<sup>467</sup> *Ibid.*, párr. 102.

la Demandante se fundamenta principalmente en cinco decisiones: *Alpha c. Ucrania*; *Kardassopoulos c. Georgia*; *Rumeli c. Kazajistán*; *PSEG c. Turquía*; y *Eureko c. Polonia*. La Demandante invoca otros laudos, incluidas las decisiones adoptadas en los casos *Bayindir c. Pakistán*; *RFCC c. Marruecos*; *Impregilo c. Pakistán*; y *Amto c. Ucrania*.

251. Por su parte, el Paraguay adopta un enfoque diferente: considera que la caracterización de la conducta como un ejercicio del poder soberano se centra no en la motivación del acto, sino en su naturaleza y en sus características distintivas. El Paraguay invoca la decisión del Tribunal en el caso *Bayindir c. Pakistán*, al efecto de que la distinción entre la violación de un tratado y la violación de un contrato exige a una demandante que “establezca la existencia de una violación que difiera en su naturaleza de una simple violación contractual, en otras palabras, una que el Estado cometa en ejercicio de su poder soberano”<sup>468</sup> (traducción del Tribunal). Para la Demandada, la conducta debe ser de naturaleza tal que una parte no soberana no podría realizarla.
252. Para el Paraguay, la motivación no es un factor pertinente. Argumenta que “la supuesta finalidad del contrato y las supuestas razones para no pagar son irrelevantes al hecho de si los actos que forman la base de la reclamación de BIVAC... son actos que van más allá de los actos que puede realizar una parte contratante ordinaria”<sup>469</sup> (traducción del Tribunal). En realidad, afirma que es la naturaleza del acto la que es significativa y, en respaldo de esa proposición, invoca autoridades extraídas del campo de la inmunidad soberana que, según argumenta, reconocen que

“el supuesto motivo que sustenta el acto no es dispositivo; en cambio, es la naturaleza del acto lo que importa. Si el acto es de naturaleza tal que podría haber sido realizado por un particular, entonces no es un acto soberano. Así, cualesquiera sean las razones supuestas para negarse a pagar en virtud de un contrato e incumplir con supuestas promesas de pago, no existe un acto soberano porque cualquier particular podría haberse comportado de la misma manera”<sup>470</sup> (traducción del Tribunal).

253. En respaldo de su postura, el Paraguay distingue las autoridades en las que se fundamenta la Demandante e invoca varias otras. La Demandada argumenta que todos

---

<sup>468</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 7, donde se cita *Bayindir c. Pakistán*, párr. 180.

<sup>469</sup> Escrito posterior a la audiencia del Paraguay, párr. 98.

<sup>470</sup> *Ibíd.*

los casos en los que se fundamenta la Demandante para respaldar su postura de que el motivo es el factor determinante en realidad muestran que “un acto soberano tiene lugar cuando el Estado utiliza sus poderes legislativos, de policía o de adjudicación en perjuicio de los derechos de la Demandante” (traducción del Tribunal); según el Paraguay, en el presente caso no ha ocurrido tal acto<sup>471</sup>. El Paraguay también argumenta que la Demandante no ha presentado pruebas que demuestren que la falta de pago de la deuda contractual por parte del Paraguay estuvo motivada políticamente, que ningún testigo declaró que el Paraguay haya retenido el pago por consideraciones políticas y que ningún documento prueba que el Gobierno estuvo motivado políticamente. BIVAC se basa únicamente en insinuaciones y suposiciones<sup>472</sup>.

254. El Tribunal abordará ahora su propio enfoque. Ha prestado mucha atención a los argumentos de las Partes. La caracterización de la conducta – es decir, el interrogante de si constituye un ejercicio del poder soberano o es la clase de conducta que una parte contratante ordinaria podría haber tenido – necesariamente es una cuestión que se cierne sobre los hechos de cada caso particular. Ello es evidente si se observa la cantidad de decisiones invocadas por ambas Partes en respaldo de sus respectivos argumentos. El Tribunal considera que resulta útil examinar cuidadosamente dichas autoridades, tal como lo hizo. Sin embargo, también es consciente de que esta es una cuestión que gira en torno a la apreciación de los hechos y que no le corresponde al Tribunal sustituir su opinión sobre los hechos de cualquiera de esos casos por la de los respectivos tribunales que llegaron a la decisión, dada su proximidad a los argumentos planteados por las Partes y a las pruebas del expediente en cuanto a los hechos. Por lo tanto, al examinar estos casos, el Tribunal ha intentado comprender el enfoque aplicado por cada tribunal al evaluar los hechos, con el objetivo de entender si la decisión tomada se centraba en *el motivo detrás de la conducta*, como argumenta la Demandante, o en *la naturaleza de la conducta*, como argumenta el Paraguay, o en una combinación de estos dos elementos. El Tribunal está obligado a observar, antes de realizar esta revisión, que en ningún caso presentado ante él un tribunal de arbitraje ha determinado que la falta de pago de una deuda contractual pendiente podía – por sí sola – ser caracterizada como un ejercicio del poder soberano de modo tal que constituya una violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo a un

---

<sup>471</sup> *Ibid.*, párr. 99.

<sup>472</sup> *Ibid.*, párr. 97.



inversor.

255. *Kardassopolous c. Georgia*<sup>473</sup> En ese caso, sobre el que la Demandante fundamentó particularmente su postura, se determinó que Georgia había violado la obligación de otorgar un trato justo y equitativo en circunstancias en las que comenzó por expropiar la inversión de las demandantes para luego proceder a crear una comisión de compensación para que ésta determinara el monto de la compensación que debía pagarse por ese acto de expropiación. El tribunal decidió que Georgia no había brindado un debido proceso en términos procesales y sustantivos durante el procedimiento aplicado por la comisión de compensación, que reemplazó el proceso de resolución de diferencias al que, según las demandantes, tenían derecho a acceder, pero no habían invocado. La Demandante se fundamenta en el laudo para argumentar que al igual que las demandantes en ese caso, tenía una expectativa legítima de que el Paraguay “implement[aría] un proceso de compensación que sería procesal y sustantivamente justo”<sup>474</sup> (traducción del Tribunal).
256. El Tribunal observa que esos hechos se distinguen de los que sucedieron en el presente caso. Las demandantes no eran partes en un contrato y el tribunal no invocó la disponibilidad de cualquier vía de reparación contractual que de otro modo estaba disponible para la entidad en la que eran inversores. Aquel caso giraba en torno a un acto de expropiación, que por su propia naturaleza, involucra una conducta que sólo un Estado puede tener y que es, casi por definición, un ejemplo del ejercicio del poder soberano. Asimismo, el acto de establecer un organismo adjudicatario *ad hoc* para que delibere y adjudique una compensación por la expropiación es necesariamente un acto que sólo puede realizar una entidad soberana: el acto de expropiación y las acciones subsiguientes no son actos que realice una entidad en carácter de parte contratante.
257. El tribunal en el caso *Kardassopolous* dedica veinticuatro párrafos a su evaluación de la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo, y a su conclusión de que Georgia violó su obligación de conceder ese trato<sup>475</sup>. Una lectura cuidadosa de dichos párrafos

---

<sup>473</sup> *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*.

<sup>474</sup> Escrito posterior a la audiencia de BIVAC, párr. 80 citando *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*, párr. 441.

<sup>475</sup> *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*, párrs. 428-452.

deja en claro que la conclusión del tribunal se basó en la determinación por parte del tribunal de que, con posterioridad al acto de expropiación, Georgia brindó “garantías específicas de compensación” (traducción del Tribunal), garantías que “dieron lugar a una expectativa específica de compensación” (traducción del Tribunal) en el contexto de “la expectativa legítima de que Georgia se comportara frente a su inversión de forma razonablemente justificable y que no violara manifiestamente los requisitos básicos de consistencia, transparencia, actuar sin preferencias y no discriminación”<sup>476</sup> (traducción del Tribunal). Finalmente, no se otorgó ninguna compensación.

258. Los hechos en el presente caso son claramente distintos. En el caso que nos ocupa, no hubo un acto de expropiación y el Paraguay no brindó ninguna garantía equivalente a las ofrecidas por Georgia. El tribunal en el caso *Kardassopolous* tampoco aborda la cuestión de *puissance publique* y si su ejercicio (o su no ejercicio) debe determinarse teniendo en cuenta la naturaleza de la conducta o su motivación. Sin embargo, resulta evidente de la lectura exhaustiva del laudo que fue la naturaleza de los actos de Georgia – los actos de expropiación, la creación de una comisión de compensación y el brindar garantías de que se pagaría una compensación – lo que sustentó la decisión de que Georgia había violado la obligación de conceder un trato justo y equitativo. Recién una vez identificada la naturaleza de los actos, el tribunal analizó la cuestión de la arbitrariedad de la conducta de Georgia. El tribunal no intentó justificar su conclusión basándose en el motivo de los actos.

259. *Rumeli c. Kazajstán*<sup>477</sup> En el caso *Rumeli*, el tribunal concluyó que se había violado la obligación de conceder un trato justo y equitativo en circunstancias en las que Kazajstán terminó un contrato de inversión en el que era parte antes de su fecha de vencimiento, sin antes suspender el contrato, que era lo que disponían sus términos y condiciones. Según el tribunal, dicha conducta constituía una violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo (incorporada por aplicación de una cláusula de nación más favorecida) porque era “arbitraria, injusta, inequitativa, carecía de debido proceso y no respetaba las expectativas razonables y legítimas del inversor”<sup>478</sup> (traducción del Tribunal). El tribunal de arbitraje también determinó que el

---

<sup>476</sup> *Ibíd.*, párrs. 439, 441

<sup>477</sup> *Rumeli. c. Kazajstán.*

<sup>478</sup> *Ibíd.*, párr. 615.

proceso posterior que había derivado en la decisión de un grupo de trabajo creado a fin de evaluar la terminación del contrato “carecía de transparencia y debido proceso y era injusto, en contraposición con los requisitos del principio de trato justo y equitativo” y que “dado que el Grupo de Trabajo actuó como un órgano del Estado, la violación constituye una violación del TBI por parte de la República de Kasajstán”<sup>479</sup> (traducción del Tribunal).

260. No es posible sostener que este aspecto del laudo está demasiado cargado con el peso de su razonamiento. El tribunal no indica si es la naturaleza de la conducta – la terminación del contrato de inversión sumada a la creación y operación del grupo de trabajo “como un órgano del Estado” (traducción del Tribunal) – o su motivación lo que generó que llegara a la conclusión a la que llegó. En consecuencia, el Tribunal no cree que ninguna de las Partes en el presente caso se beneficie demasiado con este laudo que tiene, de alguna forma, *poca relevancia*. Sin embargo, del laudo publicado se desprende que la demandada no planteó ningún argumento relativo a la *puissance publique* o a la caracterización de la conducta de Kasajstán en relación con sus obligaciones contractuales. También se desprende que las demandantes no habían celebrado ningún contrato con Kazajstán y, en consecuencia, el estado no les debía ninguna obligación contractual a las demandantes, ni las demandantes tenían a su disposición un foro pactado contractualmente donde presentar su reclamación. El tribunal no identificó ni analizó las cuestiones que sí surgen en el presente caso, que también puede diferenciarse en el sentido de que el caso *Rumeli* iba más allá de una simple falta de pago de una deuda pendiente en virtud de un contrato en circunstancias en las que permanecía disponible una vía de reparación por los incumplimientos contractuales.

261. *PSEG c. Turquía*<sup>480</sup> En el caso *PSEG*, el tribunal determinó que Turquía había violado su obligación de otorgar un trato justo y equitativo como resultado de una serie de actos por parte del Estado que eran lo suficientemente graves como para dar lugar a la responsabilidad. El tribunal concluyó que Turquía había demostrado “evidente negligencia ... en el manejo de las negociaciones con las Demandantes” (traducción del Tribunal), que había ejercido “abuso de autoridad” (traducción del Tribunal) en su

---

<sup>479</sup> *Ibid.*, párr. 618.

<sup>480</sup> *PSEG c. Turquía*.

intento de renegociar el contrato que regía las relaciones entre las Partes de una manera que iba “mucho más allá” (traducción del Tribunal) de la finalidad de la ley aplicable y de la “autoridad” (traducción del Tribunal) del organismo público correspondiente y que había “ignorado derechos otorgados por la ley como cuestión de política o de práctica” (traducción del Tribunal), había ignorado una decisión del Tribunal Constitucional de Turquía “que confirmaba los derechos adquiridos en virtud de un contrato” (traducción del Tribunal) y había introducido cambios constantes en la legislación que tuvieron un “efecto de ‘montaña rusa’ ... de cambios legislativos continuos”<sup>481</sup> (traducción del Tribunal).

262. Resulta evidente a la luz de ese laudo – que siguió a una decisión sobre jurisdicción en la que el tribunal ya había concluido que “[l]a naturaleza de la diferencia... no es la de una diferencia contractual típica”<sup>482</sup> (traducción del Tribunal) – que el tribunal estaba abordando una conducta que ninguna parte contratante ordinaria podría tener y que, en cualquier caso, iba mucho más allá de la mera falta de pago de una deuda pendiente en virtud de un contrato. Por consiguiente, el caso puede distinguirse claramente del presente, dado que la conducta de Turquía como socio comercial, y no como regulador soberano, no fue el fundamento de las conclusiones del tribunal.

263. *Alpha c. Ucrania*<sup>483</sup> En ese caso, el tribunal de arbitraje determinó que Ucrania había interferido con la relación contractual entre la Demandante y un tercero, de una forma que anulaba de manera efectiva acuerdos pactados en el contrato y que interfería en forma directa con la administración diaria de la compañía en la que la Demandante había invertido<sup>484</sup>. En circunstancias en las que Ucrania no era parte en el contrato, la cuestión de si el Estado estaba actuando en ejercicio del poder soberano o como parte contratante no surgió. Es por este motivo que el laudo carece de importancia para la cuestión planteada en el caso que nos ocupa.

264. *Eureko c. Polonia*<sup>485</sup> En el caso *Eureko*, el Consejo de Ministros de Polonia adoptó una Resolución el 2 de abril de 2002 que impidió a Eureko, la demandante en dicho caso,

---

<sup>481</sup> *Ibíd.*, párrs. 246-250.

<sup>482</sup> *PSEG c. Turquía*, Decisión sobre Jurisdicción, párr. 173.

<sup>483</sup> *Alpha c. Ucrania*.

<sup>484</sup> *Ibíd.*, párr. 422.

<sup>485</sup> *Eureko c. Polonia*.

adquirir del Tesoro del Estado un 21% adicional de las acciones en una entidad en la que había invertido, lo que le impedía adquirir la participación mayoritaria en la compañía recientemente privatizada (PZU) que había esperado obtener. Por mayoría, el tribunal interpretó que este acto, y otros que le siguieron en consecuencia, era prueba de que Polonia había “decidido, conscientemente y a sabiendas, violar la inversión de Eureko en PZU al negarse a respetar sus compromisos legales” (traducción del Tribunal) y que tales actos habían “frustrado la inversión de Eureko en PZU” (traducción del Tribunal) (incluido el compromiso asumido por Polonia de permitirle obtener una participación mayoritaria en PZU) y violado sus derechos como accionista<sup>486</sup>.

265. Es evidente que la mayoría del tribunal en el caso *Eureko* fundamentó su decisión en la resolución adoptada por el Consejo de Ministros de Polonia, que es claramente un acto soberano que va más allá de lo que una parte contratante puede hacer. Mediante esa resolución, el Consejo de Ministros de Polonia “resolvió que era fundamental para el Tesoro estatal mantener el control de [PZU] y... accedió a un cambio en la estrategia de privatización de [PZU]”<sup>487</sup> (traducción del Tribunal). La resolución también “obligó al Tesorero del Estado a comunicar a los embajadores de los estados miembros de la UE un cambio en la estrategia de privatización”<sup>488</sup> (traducción del Tribunal). Estos son actos elocuentes que no pueden ser realizados por una parte contratante ordinaria. El Tribunal observa que, en el presente caso, la conducta objetada es cualitativamente diferente.

266. Otros casos. Las Partes también han citado muchos otros casos. En el caso *Bayindir c. Pakistán*, por ejemplo, el tribunal determinó que no se violó la obligación de conceder un trato justo y equitativo, y concluyó, entre otras cuestiones, que la falta de pago en virtud del contrato en cuestión en esa diferencia podía caracterizarse como una falta de pago basada en “una explicación contractual razonable”<sup>489</sup> (traducción del Tribunal). Este es un punto sobre el que se basa la Demandante. Sin embargo, el Tribunal observa que no hay nada en el laudo que indique que la simple falta de pago de un monto que se adeuda en virtud de un contrato pueda, como tal y por sí sola, dar lugar a

---

<sup>486</sup> *Ibid.*, párrs. 201, 219, 224, 226.

<sup>487</sup> *Ibid.*, párr. 218.

<sup>488</sup> *Ibid.*

<sup>489</sup> *Bayindir c. Pakistán*, párr. 356.

una obligación de conceder un trato justo y equitativo. Lo mismo aplica a los casos *RFCC c. Marruecos*<sup>490</sup> y *Noble Ventures c. Rumania*<sup>491</sup>. Otro caso al que se hizo referencia es *AMTO c. Ucrania*<sup>492</sup>, que no era una diferencia entre la demandante y el Estado que surgía del contrato, sino la supuesta conducta por parte de Ucrania que, según la demandante, había causado que la entidad en la que había invertido la Demandante no pudiera cobrar determinadas deudas. Con base en las pruebas presentadas, el tribunal rechazó la reclamación, pero este Tribunal observa que, en cualquier caso, no hay nada en el laudo que respalde la proposición de que la mera falta de pago de una deuda pendiente que surge del contrato por parte de un Estado que es parte en tal contrato pueda, por sí sola, constituir una violación de la obligación de conferir un trato justo y equitativo contenida en un tratado.

267. Lo que surge de este análisis de la jurisprudencia es que, al determinar si la conducta de un Estado viola una obligación de conferir un trato justo y equitativo, los tribunales de arbitraje no necesariamente adoptan un enfoque uniforme o absolutamente coherente y sólo en algunas ocasiones consideran explícitamente si la conducta en cuestión constituye un ejercicio del poder soberano. De hecho, esa cuestión surge inevitablemente sólo cuando el propio Estado es parte en un contrato y la relación entre un supuesto incumplimiento de contrato y/o una violación de un tratado está en disputa y es necesario determinar si la conducta va más allá de la que una parte contratante podría tener, en el sentido identificado por el tribunal en el caso *Impregilo*.
268. Dentro de la variedad de casos también puede observarse con claridad que al evaluar la conducta los tribunales de arbitraje consideran tanto la naturaleza del acto como su motivación. Si bien existe toda clase de enfoque general, pareciera ser que los tribunales aplican un proceso que comprende dos etapas, ya sea en forma explícita o implícita: *en primer lugar*, abordan la naturaleza de la conducta; y *en segundo lugar*, suponiendo que la conducta es tal que da lugar a la posibilidad de que exista una violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo, analizan si dicha conducta cumple con el requisito de no ser arbitraria, discriminatoria, o de otro modo injusta o inequitativa. Ese segundo elemento necesariamente exige una evaluación del

---

<sup>490</sup> *RFCC c. Marruecos*.

<sup>491</sup> *Noble Ventures c. Rumania*.

<sup>492</sup> *Limited Liability Company AMTO c. Ucrania*, (SCC Arbitraje No. 080/2005), Laudo, 26 de marzo de 2008 [en adelante, *AMTO v. Ukraine*].

motivo, pero está claro que el motivo que explica la conducta particular es tratado como algo distinto de su naturaleza e indicativo de ella.

269. En el caso que nos ocupa, la cuestión real a la que se enfrenta el Tribunal es la determinación de si la negativa a pagar una deuda contractual pendiente puede, por su naturaleza, constituir un acto soberano, en el sentido de ser una conducta que no podría tener una parte contratante ordinaria. El Tribunal observa que la Demandante no ha podido identificar un solo caso en el que un tribunal haya determinado que la falta de pago de una deuda pendiente por parte de un Estado (o de un organismo estatal) puede caracterizarse como un ejercicio del poder soberano. Ello es así aun si se alegara que la falta de pago es persistente e injustificada según el contrato. En los casos en que una violación de una obligación contractual es el fundamento de la decisión de que se ha violado la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, la conducta relativa al contrato ha estado acompañada de algún otro acto o conducta que el tribunal respectivo ha considerado un ejercicio del poder soberano: el acto de expropiación en el caso *Kardassopolous* es un ejemplo de ello.

270. Por lo tanto, el Tribunal concluye que es necesario observar la naturaleza de la conducta en cuestión. En el presente caso, la falta de pago de la deuda pendiente fue un acto del Paraguay que se remonta por lo menos al año 1999. En ese momento, la conducta fue la simple falta de pago de la deuda: realizar una evaluación sobre si el monto realmente se adeudaba y, de ser así, ordenar al organismo correspondiente que autorice el pago del monto y luego pagar el monto. Esta conducta prosiguió hasta el año 2005, cuando se reconoció la deuda. Durante este período, la conducta en cuestión involucraba la falta de pago de la deuda conforme al contrato. En consecuencia, el reconocimiento de la deuda por parte del Estado – o sus elementos – no pueden transformar la naturaleza de la conducta, que continúa siendo la falta de pago de la deuda y nada más. Si dicho reconocimiento hubiera estado acompañado por otros actos del Paraguay que hubieran interferido con la capacidad de la Demandante de cobrar esa deuda – por ejemplo, mediante un ejercicio del poder soberano que interfiriera con la disponibilidad del foro pactado contractualmente para la resolución de conflictos respecto del monto adeudado en virtud del Contrato – es posible que la situación fuera diferente. Pero tales actos no se realizaron. El Tribunal también observa que la Demandante no ha podido citar ninguna autoridad que respalde la

proposición de que el derecho internacional impone una obligación al Estado de pagar los montos que se adeuden conforme a un contrato.

271. En contraposición al argumento de la Demandante, existen otras autoridades que respaldan la conclusión de que la falta de pago de una deuda contractual no puede caracterizarse como un ejercicio del poder soberano que de lugar a responsabilidad por la violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo.

272. En el caso *Waste Management c. México*, el tribunal de arbitraje en un caso regido por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte debía decidir si México había violado el derecho de la demandante de recibir un trato justo y equitativo conforme al Artículo 1105 del TLCAN. El tribunal sostuvo que:

“A efecto de lo que aquí nos atañe, basta con decir que aun la falta persistente del pago de deudas por parte de un municipio no puede equipararse a una violación del Artículo 1105, siempre que no sea un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción y siempre que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema”<sup>493</sup>.

273. En opinión del Tribunal, dicha conclusión se aplica a la consideración del Artículo 3(1) del TBI en el presente caso. La razón es que dicha conducta no va más allá de la que podría tener una parte contratante ordinaria. Esa misma conducta sumada a un desconocimiento de la transacción o a una interferencia con los derechos que surgen de la transacción, incluido el derecho de acceder a la vía de reparación contractual, tendería a transformar la conducta en una que va más allá de la que podría tener una parte contratante ordinaria. Esa conducta adicional no existe en el presente caso y no se ha argumentado – y no podría argumentarse razonablemente – que se desconoció el Contrato.

274. El segundo caso pertinente es *Parkerings-Compagniet c. Lituania*, donde el tribunal debió analizar la cuestión de la relación existente entre un incumplimiento contractual y la obligación de conferir un trato justo y equitativo. El Tribunal sostuvo lo siguiente:

“316. “En determinadas circunstancias particulares, un incumplimiento contractual sustancial puede constituir una violación de un tratado. Hasta ahora, la jurisprudencia ha brindado ejemplos escasos de tal situación. En la

---

<sup>493</sup> *Waste Management c. Mexico* párr. 115.



mayoría de los casos, es necesaria una determinación preliminar de un tribunal competente sobre si se incumplió con el contrato en virtud del derecho local. Esta determinación preliminar es aún más necesaria si las partes del contrato han pactado un foro específico al que someter toda diferencia que surja del contrato. [...]

317. Sin embargo, si se deniega a la parte contratante acceso a los tribunales locales y, en consecuencia, se le niega la oportunidad de obtener un resarcimiento por el daño y de reclamar por tales incumplimientos contractuales, entonces un tribunal de arbitraje se encuentra autorizado, en virtud del TBI, a decidir si esta falta de vías de reparación tuvo consecuencias sobre la inversión y, por lo tanto, si ocurrió una violación del derecho internacional. En otras palabras, como regla general, un tribunal cuya competencia se basa únicamente en un TBI decidirá sobre el 'trato' que ha recibido el supuesto incumplimiento contractual en el contexto local y no sobre la existencia de un incumplimiento como tal<sup>494</sup> (traducción del Tribunal).

275. Este Tribunal no excluye la posibilidad de que existan circunstancias en las que un incumplimiento contractual sustancial pueda, como tal, dar lugar a la violación de una obligación de conferir un trato justo y equitativo. Para sustentar ese caso, una demandante tendría que apuntar a un requisito del derecho internacional que imponga la obligación de cumplir con un contrato y persuadir a un tribunal de que dicho requisito formaba parte de la obligación de conferir dicho trato. El hecho de que no se haya presentado ninguna autoridad ante este Tribunal que brinde un ejemplo de tal situación indica que sería extraño que suceda, suponiendo que alguna vez pudiera suceder. Incluso si así fuera, la continua disponibilidad sin obstáculos de un foro para la resolución de conflictos pactado en el contrato sería un factor significativo que representaría un problema más a sortear para una demandante si planteara dicho argumento.
276. Luego de concluir que la presente diferencia se basa en la falta de pago por parte del Paraguay de una deuda que surge del Contrato que celebró con la Demandante, el Tribunal concluye también que la falta de pago por parte del Paraguay de la deuda pendiente, incluido en especial el período posterior a marzo de 2005, no puede caracterizarse como un ejercicio del poder soberano. En opinión del Tribunal, se trata de una conducta que una parte contratante privada ordinaria que celebra un contrato también podría tener. El hecho de que la falta de pago sea persistente no cambia el carácter de la conducta, como tampoco el hecho de que la falta de pago parece estar completamente injustificada transforma la naturaleza de la conducta en un ejercicio

---

<sup>494</sup> *Parkerings c. Lituania*, párrs. 316 - 317.

del poder soberano. Si se lleva al extremo el caso de la Demandante, la conclusión es que el Paraguay rechazó pagar sumas adeudadas a la Demandante en virtud del Contrato. Dicha falta de pago, que es sobre la que giran los hechos establecidos en el expediente, no puede, como cuestión de derecho, constituir un ejercicio del poder soberano. En opinión del Tribunal, los hechos muestran un “mero incumplimiento por parte de un Estado de un contrato celebrado con un extranjero (cuya ley apropiada no es el derecho internacional)” (traducción del Tribunal) y que, en consecuencia, no surge ninguna violación del Artículo 3(1) del TBI<sup>495</sup>. Tal como señaló el Tribunal en el caso *Impregilo* con respecto a un aspecto del caso planteado ante él:

“Se trata de cuestiones que conciernen a la implementación de los Contratos y no involucran a una cuestión que se encuentre más allá de la aplicación de un contrato, y el comportamiento de las partes contratantes. En particular, la cuestión no implica ningún ejercicio del ‘poder público’ por parte del Estado”<sup>496</sup> (traducción del Tribunal).

277. Se desprende de lo anterior que la falta de pago de la deuda por parte de la Demandada puede ser uno de los requisitos previos para determinar que un Estado puede ser responsable de la violación de una obligación de conferir un trato justo y equitativo, pero que no se ha cumplido con otros requisitos previos esenciales para la existencia de tal violación, es decir, el ejercicio del poder soberano. Dicho de otro modo, el Tribunal concluye que el caso versa sobre una diferencia contractual, ni más ni menos. Las Partes en el Contrato han pactado un foro para la resolución de conflictos contractuales. El derecho de acceder a dicho foro – los tribunales de la Ciudad de Asunción – continúa estando plenamente disponible y el Paraguay no ha interferido con ese derecho en ejercicio del poder soberano (o de otra forma). No hay nada en el expediente que pruebe que la Demandante fue de algún modo inducida - ya sea por declaraciones o por otros medios de parte del Paraguay o en su nombre – a abstenerse de iniciar un proceso judicial ante los tribunales de la Ciudad de Asunción. La Demandante ha elegido no hacer uso de sus derechos establecidos en el Contrato de acceder a dicho foro. Cuando se le preguntó durante la audiencia por qué había tomado esa decisión, la Demandante, por medio de los abogados que la representan,

---

<sup>495</sup> Véase S. Schwebel, “*On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*”, 425, 431 (1994).

<sup>496</sup> *Impregilo c. Pakistan* para. 268. Observar también el párrafo 278, donde el Tribunal señala que “un Estado receptor que actúa como parte contratante no ‘interfiere’ con un contrato; lo ‘cumple’. Si cumple con el contrato incorrectamente, ello no derivará en una violación de las disposiciones del Tratado relativas a la expropiación o la nacionalización, a menos que se demuestre que el Estado o un organismo estatal ha ido más allá de su rol como simple parte contratante y ha ejercido las funciones específicas de una autoridad soberana”). (Traducción del Tribunal).

calificó la elección como una “decisión comercial”<sup>497</sup>.

278. La Demandante plantea argumentos sobre la falta de independencia y el carácter general inapropiado de los tribunales de la Ciudad de Asunción como foro para la resolución de la diferencia contractual. El Tribunal observa que la Solicitud de Arbitraje no incluía tal reclamación cuando fue presentada en 2007. Fue sólo con el Memorial de la Demandante fechado el 27 de noviembre de 2009 y durante la audiencia que se presentó alguna prueba en relación con esa cuestión, y con las afirmaciones de falta de independencia jurídica, mucho después de que surgiera la controversia y muchos años después del momento en que la Demandante podría haber presentado su caso ante los tribunales de la Ciudad de Asunción.
279. Al abordar esta cuestión, el Tribunal se ha preguntado si existe algún aspecto de la conducta del Paraguay al no pagar sus deudas pendientes en virtud del Contrato que pudiera no ser reparado plenamente en los procedimientos ante los tribunales de la Ciudad de Asunción. En este momento, no considera que exista alguno. Tal como fue señalado precedentemente, en su Solicitud de Arbitraje, la propia Demandante afirmó que el objetivo de su reclamación era cobrar una deuda que surgía del contrato. No solicitó al Tribunal ningún otro resarcimiento y no afirmó que el Paraguay hubiera interferido de algún otro modo con sus derechos contractuales, por ejemplo, mediante la obstaculización de la disponibilidad del foro pactado contractualmente para los conflictos vinculados con el Contrato. Sin embargo, el Tribunal reconoce que la afirmación de la Demandante de que “[l]a falta de independencia de la justicia paraguaya es notoria”<sup>498</sup>, y de que el sistema judicial es corrupto, lento y muy costoso, son afirmaciones graves. Un elemento esencial para distinguir si la falta de pago de una deuda contractual es un incumplimiento contractual o – además – una violación de una obligación establecida en el tratado es la cuestión de si el Estado actuó en ejercicio de su poder soberano. Una de las manifestaciones de ese poder sería una interferencia con el funcionamiento del mecanismo de resolución de diferencias pactado ante los tribunales nacionales o la falta de garantías de que tales tribunales funcionan de manera independiente y efectiva, y que sus fallos son dictados únicamente con base en la ley. Una desviación de los principios generalmente aceptados respecto del

---

<sup>497</sup> Transcripción de la Audiencia, Día 1 (5 de julio de 2011), páginas 91/18.

<sup>498</sup> Memorial de BIVAC, párr. 153.

funcionamiento de los tribunales de la Ciudad de Asunción sería relevante en el análisis de una supuesta violación del estándar de trato justo y equitativo.

280. Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que, hasta este momento, el Paraguay, a través de su falta de pago de la deuda pendiente que surge del Contrato, no ha violado el Artículo 3(1) del TBI, pero observa que toda falta de efectividad del mecanismo de resolución de conflictos pactado podría dar lugar a una conclusión diferente.

281. En vista de esta conclusión, el Tribunal procede a considerar las consecuencias de esta Decisión.

#### 4.3.3.3 La posibilidad de recurrir a los tribunales de la Ciudad de Asunción

282. Tal como fue señalado precedentemente, una parte central del análisis realizado por el Tribunal ha sido que los tribunales de la Ciudad de Asunción se encontraban a disposición de la Demandante desde el momento en que surgió la diferencia hasta la fecha en que se presentó la Solicitud de Arbitraje. Tal como fue observado en los párrafos [40 a 43 de la presente Decisión, el Tribunal invitó a las Partes a manifestar su opinión sobre si las reclamaciones contractuales de la Demandante habían prescrito conforme al derecho paraguayo. En sus respuestas, ambas Partes estuvieron de acuerdo en que los tribunales de la Ciudad de Asunción continúan estando disponibles para la Demandante respecto de las reclamaciones que surgen del Contrato sobre la base de que todo plazo de prescripción que hubiera sido aplicable fue interrumpido antes de su vencimiento. De ello se desprende que, si desea hacerlo, la Demandante todavía puede recurrir a dichos tribunales para presentar su reclamación contractual.

283. Hasta ahora, la Demandante aparentemente no ha deseado hacer uso del derecho que le asiste en virtud del Contrato de recurrir a los tribunales de la Ciudad de Asunción. Es posible que ahora desee hacerlo y el Tribunal considera apropiado que exista un período limitado de tiempo dentro del cual haga uso de ese derecho.

284. Por lo tanto, el Tribunal suspenderá el presente procedimiento durante un período limitado de tres meses, dentro del cual la Demandante puede ejercer, si lo desea, su derecho de recurrir a los tribunales de Asunción. Si la Demandante no hace uso de esta

oportunidad, el Tribunal procederá luego de ese plazo a emitir su Laudo y dar por finalizado el presente procedimiento. En caso de que la Demandante desee hacer uso de esta oportunidad, el Tribunal retendrá competencia sobre el presente procedimiento por un período razonable de tiempo para permitir a los tribunales de Asunción entender en la reclamación de la Demandante. El Tribunal considera apropiado que la Demandante informe al Tribunal como máximo en tres meses después de la fecha de la presente Decisión si ha elegido presentar su reclamación ante los tribunales de la Ciudad de Asunción. En caso de que inicie tal acción, las Partes deberán informar al Tribunal, en forma conjunta o separada, sobre el estado del proceso judicial cada seis meses. El primer informe deberá ser presentado seis meses después de la fecha de la presente Decisión.

285. A este respecto, el Tribunal se ve obligado a observar que sobre la base de los argumentos presentados en este arbitraje, la reclamación de pago que surge del Contrato pareciera ser directa y no debería admitir ningún tipo de demora injustificada en su adjudicación por parte de los tribunales de Asunción. En caso de que se inicie dicha acción, el Tribunal espera que el Paraguay no introduzca ningún elemento fáctico nuevo en defensa de su postura o invoque que ha vencido el plazo de la prescripción liberatoria que, según asegura, no ha vencido. El Tribunal espera, asimismo, que el Paraguay no haga uso de ningún procedimiento que tenga por objetivo generar demoras inapropiadas u otros obstáculos al ejercicio oportuno y eficiente de la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad de Asunción al abordar de manera justa las reclamaciones por pagos pendientes que surgen del Contrato. En caso de que el Paraguay o cualquiera de sus organismos, incluidos sus tribunales, no aborden la acción iniciada de conformidad con los requisitos del Artículo 3(1) del Tratado, la Demandante tendrá plena libertad de presentar una solicitud ante este Tribunal.

286. El Tribunal se vería sorprendido si la resolución de la diferencia contractual pendiente presentara algún grado de dificultad ante los tribunales de Asunción. Las cuestiones de incumplimiento contractual han sido plenamente argumentadas ante este Tribunal. Como ya fue señalado, la Dirección de Aduanas ha concluido, sin ambigüedad alguna, que la Demandante cumplió con sus obligaciones y que, en efecto, tenía derecho a recibir el pago de lo que se le adeudaba según el Contrato y ambas Partes concuerdan

en que la reclamación aún no ha prescrito.

## 5. Artículo 3(4) del Tratado

287. En su primera Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, en relación con la reclamación realizada en virtud del Artículo 3(4) del Tratado, el Tribunal acumuló a la etapa del fondo la cuestión de si la consecuencia de la decisión sobre admisibilidad es que debería desestimarse la reclamación o suspenderse el ejercicio de la jurisdicción y había invitado a las Partes a plantear sus argumentos con respecto a las consecuencias de la inadmisibilidad de la reclamación.

288. La Demandante afirma que el Tribunal tiene la facultad de ordenar una suspensión del procedimiento y que sería apropiado abordar las cuestiones de admisibilidad. Argumenta que dado que la cuestión no es absoluta sino sólo un obstáculo temporal, BIVAC debería tener la oportunidad de iniciar un procedimiento local conforme al mecanismo de resolución de diferencias establecido contractualmente y el Tribunal ejercería una “función supervisora” constante:

“[T]endría poco sentido rechazar la competencia si, de intentar BIVAC superar el obstáculo a la admisibilidad mediante el ejercicio de los recursos locales, rápidamente deviniera obvio que el acceso a ellos está bloqueado o que resultan ineficaces o son inútiles, o si Paraguay se condujera de manera injusta y poco cooperativa en ese proceso. Es decir, la cuestión de admisibilidad identificada por el Tribunal bien podría desaparecer con bastante rapidez. Si en el entretanto se desestima el reclamo por considerárselo inadmisibile, BIVAC debería reiniciar el proceso que inició hace casi tres años”<sup>499</sup>.

289. La Demandada argumenta que una suspensión “no cumpliría su propósito real considerando la decisión previa del Tribunal en cuanto a la inadmisibilidad de la alegación” y que sólo produciría confusión en cuanto a las especificidades de las reclamaciones contractuales y de las las reclamaciones que surgen del Tratado. Por lo tanto, solicita que se desestime esta parte del caso<sup>500</sup>.

290. El Tribunal considera que una suspensión continua del procedimiento es el camino

---

<sup>499</sup> Memorial de BIVAC, párr. 278 citando a C. Schreuer, *Consentimiento al arbitraje*, en Oxford Handbook of International Investment Law, ed. Muchlinski, Ortino, Scheuer (Oxford University Press, 2008) pág. 846, Anexo CL – 115.

apropiado, dado que es una opción efectiva en cuanto a los costos y eficiente en el trato de la cuestión de la admisibilidad. Las Partes concuerdan en que el mecanismo de resolución de diferencias contractual todavía se encuentra disponible. Es prematuro saber si será utilizado por la Demandante y, en caso de que lo sea, si cumplirá con las expectativas en cuanto a una sólida administración de justicia. La Demandante informará al Tribunal como máximo tres meses después de la fecha de la presente Decisión si ha elegido presentar su reclamación ante los tribunales de la Ciudad de Asunción o no. En caso de que lo elija, y los tribunales paraguayos hayan admitido la reclamación de la Demandante y la Demandada haga caso omiso de la decisión, la reclamación en virtud de la cláusula paraguas podría entonces ser admisible, dependiendo de las circunstancias. Por las razones expuestas y en vista de la decisión adoptada con respecto al Artículo 3(1), el Tribunal ordena la suspensión del procedimiento con respecto a la reclamación que surge del Artículo 3(4) del TBI.

## 6. Otras cuestiones

291. El Tribunal es consciente de que podría sostenerse que debería haber procedido a otorgar el resarcimiento solicitado por la Demandante sobre la base de que la Demandante ha esperado lo suficiente para que se le pague la deuda pendiente. Ese no es un camino que el Tribunal tenía derecho a seguir. Al celebrar el Contrato, la Demandante accedió mediante la Cláusula 9(1) a que “[c]ualquier 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”. La decisión de no hacer uso de los derechos establecidos en la Cláusula 9(1) fue tomada por la Demandante y nadie más, sin ninguna persuasión y por su propia cuenta por “razones comerciales” (traducción del Tribunal). En este sentido, las demoras que han ocurrido son responsabilidad de la Demandante únicamente.

292. La función de un tribunal de arbitraje establecida en el TBI, como cualquier otro tribunal de arbitraje en relación con el CIADI y otros procedimientos relativos a los tratados de inversión, es aplicar la ley respecto de las cuestiones acordadas por los

---

<sup>500</sup> Memorial de Contestación del Paraguay, párr. 149.

Estados que adoptaron el TBI, en este caso, los Países Bajos y el Paraguay. No es función de los árbitros encargados de interpretar y aplicar un tratado la de ir más allá de los límites de lo que dicho tratado les permite hacer, ya sea para hacer justicia o por cualquier otro motivo. En su Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, el Tribunal explicó por qué este TBI no estipula vías de reparación para meros incumplimientos de obligaciones contractuales en circunstancias en las que las partes en el contrato habían pactado un foro específico para resolver las diferencias. Si este Tribunal ejerciera competencia respecto de un conflicto estrictamente contractual, en las circunstancias del presente caso, ello claramente constituiría un exceso de jurisdicción. Los Países Bajos y el Paraguay no accedieron a permitir la creación de un tribunal de arbitraje como foro para el simple cobro de deudas contractuales excepto donde el TBI especifique lo contrario. La jurisdicción del presente Tribunal es una jurisdicción limitada y excepcional, una que no está autorizada a apartarse de las cuestiones acordadas por los Países Bajos y el Paraguay.

## **7. Costas**

293. El Tribunal reserva su competencia para determinar en el Laudo las costas del Arbitraje y su asignación entre las Partes.



## DECISIÓN

294. Por las razones expuestas precedentemente, el Tribunal decide que:
- a. BIVAC tiene legitimidad para presentar las reclamaciones en virtud de los Artículos 3(1) y 3(4) del TBI;
  - b. se suspende el ejercicio de competencia en relación con las reclamaciones planteadas en virtud de los Artículos 3(1) y 3(4) del TBI;
  - c. se suspende la finalización del presente procedimiento por un período de tres meses desde la fecha de la presente Decisión, período dentro del cual la Demandante puede iniciar una acción por incumplimiento del Contrato ante los tribunales de la Ciudad de Asunción a fin de cobrar las sumas que se le adeudan en virtud del Contrato y notificar al Tribunal el camino a seguir, dentro de ese período;
  - d. en caso de que tal acción no se inicie, el Tribunal emitirá su Laudo y dará por finalizado el presente procedimiento;
  - e. en caso de que tal acción se inicie: i) se suspenderá el presente procedimiento por un período adicional y se instruirá a las Partes a que informen al Tribunal, ya sea en forma conjunta o separada, cada seis meses, a partir de la fecha de la presente Decisión, sobre el estado del proceso ante los tribunales de la Ciudad de Asunción; ii) la Demandante tendrá la libertad de presentar una nueva solicitud en caso de que los tribunales de la Ciudad de Asunción no procedan con la adjudicación de tal acción en forma oportuna y de conformidad con los requisitos del Tratado; y
  - f. las demás cuestiones, incluidas aquellas relativas a la obligación potencial de pagar intereses, las costas y los gastos del Tribunal, así como los costos de las Partes, se reservan para ser determinadas en el futuro.

[firmado]

---

Dr. Rolf Knieper  
Presidente  
fecha: 4 August 2012

[firmado]

---

Sr. L. Yves Fortier, CC, QC  
Arbitro  
fecha: 30 julio 2012

[firmado]

---

Prof. Philippe Sands QC  
Arbitro  
fecha: 23 July 2012