

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES

WASHINGTON, DC

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A.

(Demandante)

y

LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

(Demandada)

Caso CIADI n.º ARB/07/29

Decisión sobre Jurisdicción

Miembros del Tribunal:

Dr. Stanimir A. Alexandrov, Presidente

Sr. Donald Francis Donovan

Dr. Pablo García Mexía

Secretario del Tribunal: Dr. Sergio Puig de la Parra

Representantes de la Demandante:

Sr. Olivier Merkt y Sr. Nicolas Grégoire
*SGS Société Générale de Surveillance S.A.,
Ginebra, Suiza*

y

Sr. Paul Friedland y Sr. Damien Nyer
White & Case LLP, Nueva York

Representantes de la Demandada:

Dr. José Enrique García Ávalos
*Procurador General de la República del Paraguay,
Asunción, Paraguay*

y

Sr. Brian C. Dunning y Sra. Irene R. Dubowy
Thompson & Knight LLP, Nueva York

Fecha: 12 de febrero de 2010

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| I. ANTECEDENTES PROCESALES | 1 |
| A. Solicitud de arbitraje | 1 |
| B. Notificación de registro..... | 1 |
| C. Nombramiento de árbitros | 1 |
| D. Excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada..... | 2 |
| E. Primera sesión..... | 3 |
| F. Audiencia sobre las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada..... | 4 |
| G. Presentaciones adicionales | 5 |
| II. ANTECEDENTES DE HECHO | 6 |
| A. El Contrato..... | 6 |
| B. Disposiciones contractuales pertinentes | 8 |
| III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES | 9 |
| A. Textos pertinentes..... | 9 |
| B. Criterios aplicables en la etapa relativa a la jurisdicción | 11 |
| IV. LÍMITES DEL TBI Y DEL CONVENIO DEL CIADI EN MATERIA DE JURISDICCIÓN | 18 |
| A. ¿Existió una expresión de consentimiento válida? | 18 |
| B. ¿Existe una inversión protegida?..... | 22 |
| 1. Naturaleza de la inversión | 23 |
| a. El TBI Suiza-Paraguay..... | 24 |
| b. El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI..... | 29 |
| 2. En el territorio..... | 37 |

| | |
|---|-----------|
| 3. Hechas de acuerdo con la ley..... | 41 |
| V. JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE TAL COMO SE FORMULAN..... | 44 |
| A. Reclamaciones contractuales e impacto de la cláusula del Contrato sobre selección de foro | 44 |
| B. ¿La Demandante ha formulado reclamaciones sobre las que el Tribunal posee jurisdicción? | 51 |
| 1. Tratamiento justo y equitativo..... | 51 |
| 2. Medidas indebidas y discriminatorias | 53 |
| 3. Observancia de compromisos | 57 |
| VI. COSTOS | 69 |
| VII. DECISIÓN | 70 |

I. ANTECEDENTES PROCESALES

A. Solicitud de arbitraje

1. El 19 de octubre de 2007 el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) recibió de SGS Société Générale de Surveillance S.A. (“SGS” o “la Demandante”) una solicitud de arbitraje de fecha 16 de octubre de 2007 (“la Solicitud”), contra la República del Paraguay (“el Paraguay” o “la Demandada”) (colectivamente, “las Partes”).
2. La Solicitud se presentó en el marco del Acuerdo entre la República del Paraguay y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 31 de enero de 1992 y en vigor desde el 28 de septiembre de 1992 (“el TBI” o “el Tratado”) y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio del CIADI” o “Convenio”).

B. Notificación de registro

3. El 19 de noviembre de 2007, el Secretario General Adjunto del CIADI cursó a la Demandante y a la Demandada una notificación de registro, de conformidad con el artículo 36(3) del Convenio del CIADI.
4. En ella el Secretario General Adjunto invitaba a las Partes a constituir cuanto antes un tribunal de arbitraje, de conformidad con la regla 7(d) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del Centro.

C. Nombramiento de árbitros

5. El 30 de enero de 2008, la Demandante, de conformidad con la regla 2(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (“Reglas de Arbitraje”), pidió que el tribunal de arbitraje se constituyera con arreglo a lo dispuesto en el artículo 37(2)(b) del Convenio. Ese mismo día el CIADI acusó recibo de dicha carta mediante otra carta dirigida a las Partes. En consecuencia se confirmó que 1) el Tribunal estaría constituido por tres árbitros; 2) cada Parte nombraría un árbitro, y el tercero, que presidiría el Tribunal, sería

designado por acuerdo de las Partes, y 3) los nombramientos se ajustarían a los procedimientos establecidos en la regla 3 de las Reglas de Arbitraje.

6. Mediante carta de 31 de enero de 2008, la Demandante designó como miembro del Tribunal al Sr. Donald Francis Donovan, nacional de los Estados Unidos de América. El 31 de marzo de 2008 la Demandada designó al Dr. Pablo García Mexía, nacional de España. Ninguno de los dos nombramientos fue objetado.
7. El 20 de febrero de 2008, no habiendo las Partes alcanzado un acuerdo sobre el nombramiento del presidente del Tribunal, la Demandante solicitó al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI que designara el tercer árbitro, que se desempeñaría como presidente del Tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 38 del Convenio y la regla 4(1) de las Reglas de Arbitraje.
8. Mediante carta de 20 de mayo de 2008, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó como tercer árbitro y presidente del Tribunal al Dr. Stanimir A. Alexandrov, nacional de Bulgaria. Esta designación no fue objetada.
9. El Tribunal se constituyó oficialmente el 27 de mayo de 2008, de conformidad con el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI. Inicialmente se designó Secretario del Tribunal al Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Superior del CIADI. El 16 de abril de 2009 el Secretario General en funciones hizo saber al Tribunal que, debido a la redistribución de la carga de trabajo del Centro, el Dr. Sergio Puig de la Parra, del CIADI, se desempeñaría como nuevo Secretario del Tribunal.

D. Excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada

10. El 8 de abril de 2008 la Demandada presentó su Memorial de excepciones a la jurisdicción del Centro. El 10 de abril de 2008 se remitió a la Demandante una copia electrónica de dicho documento.
11. Durante la primera sesión del Tribunal, que tuvo lugar el 30 de junio de 2008, la Demandada presentó otro documento sobre la cuestión de la jurisdicción, fechado el 26 de junio de 2008 (que se examina más adelante).

12. La Demandada confirmó que las presentaciones del 8 de abril y el 26 de junio de 2008 constituirían, en conjunto, su Memorial sobre Jurisdicción.

E. Primera sesión

13. La primera sesión del Tribunal se celebró el 30 de junio de 2008, en la sede del Centro, en la ciudad de Washington. En ella las Partes reconocieron expresamente que el Tribunal estaba debidamente constituido conforme a las disposiciones pertinentes del Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI. Asimismo convinieron en ciertos aspectos de procedimiento, de los que se dejó constancia en acta suscrita por el Presidente y el Secretario del Tribunal.
14. En la primera sesión el Tribunal escuchó las propuestas de las Partes relativas a la manera de abordar las objeciones a la jurisdicción opuestas en el Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada. Se convino en suspender el procedimiento sobre el fondo de la cuestión, según lo previsto en el artículo 41(2) del Convenio del CIADI y la regla de Arbitraje 41(3) del CIADI.
15. Para la primera fase del procedimiento se acordó el siguiente calendario procesal:
 - la Demandante presentaría su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción a más tardar el lunes 22 de septiembre de 2008; la Demandada presentaría su Réplica sobre Jurisdicción a más tardar el lunes 15 de diciembre de 2008, y la Demandante presentaría su Dúplica sobre Jurisdicción a más tardar el lunes 23 de febrero de 2009;
 - el 9 de marzo de 2009 se celebraría una audiencia preliminar;
 - del 6 al 8 de abril de 2009 se celebraría una audiencia sobre jurisdicción en la sede del Centro, en la ciudad de Washington.
16. Mediante carta de 11 de diciembre de 2008 la Demandada solicitó posteriormente una extensión del plazo para responder al Memorial de Contestación sobre Jurisdicción presentado por la Demandante. Ésta prestó su consentimiento a esta prórroga mediante carta de fecha 15 de diciembre de 2008. Se acordó el siguiente programa revisado:

- la Demandada presentaría su Réplica sobre Jurisdicción a más tardar el lunes 29 de diciembre de 2008, y la Demandante presentaría su Dúplica sobre Jurisdicción a más tardar el lunes 9 de marzo de 2009;

- la audiencia sobre jurisdicción se celebraría del 6 al 8 de abril de 2009, según lo programado originariamente.

17. Mediante carta de 20 de marzo de 2009 la Demandada solicitó el aplazamiento hasta mayo de la audiencia sobre jurisdicción, debido a la proximidad de la fecha de la audiencia a las celebraciones de Semana Santa. La Demandante objetó dicha postergación mediante carta fechada ese mismo día. Mediante carta de 24 de marzo de 2009, el Tribunal comunicó a las Partes que la audiencia tendría lugar en la fecha programada originariamente (6 de abril), señalando que esa fecha se había fijado con el consentimiento de las Partes en la primera sesión de 30 de junio de 2008 y que ambas Partes la habían reconfirmado en sus cartas de 11 y 15 de diciembre de 2008.
18. Dado que en sus cartas de 20 de marzo de 2009 las Partes habían acordado los procedimientos que se seguirían para la audiencia sobre jurisdicción, no hubo necesidad de celebrar la audiencia preliminar.

F. Audiencia sobre las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada

19. La audiencia sobre las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada se llevó a cabo en la ciudad de Washington el 6 de abril de 2009, luego que las Partes acordaran que las fechas adicionales reservadas (7 y 8 de abril) no eran necesarias.
20. Las Partes estuvieron representadas del modo siguiente:

Demandante

Sr. Paul Friedland, Sr. Mark Luz, Sr. Rafael E. Llano Oddone y Sr. Damien Nyer,
White & Case LLP

Sr. Nicolas Grégoire, SGS

Demandada

Dr. José Enrique García Ávalos, Procurador General de la República del Paraguay

Sr. Raúl Sapena, Abogado del Tesoro de la República del Paraguay

Sr. Jorge Brizuela, Embajada de la República del Paraguay en Washington, D.C.

Sr. Pedro Espínola Vargas Peña, Asesor del Director Ejecutivo, Banco Mundial

Sr. Agustín Saguier Abente, estudio jurídico Saguier Abente

Sr. Brian C. Dunning y Sra. Irene R. Dubowy, Thompson & Knight LLP

21. Los Sres. García y Dunning, y la Sra. Dubowy se dirigieron al Tribunal en nombre de la Demandada, en tanto que el Sr. Friedland hizo lo propio en nombre de la Demandante. La audiencia sobre jurisdicción se grabó en cinta y se realizó una transcripción mecanografiada en inglés y en español, que se entregó a las Partes.

G. Presentaciones adicionales

22. El 9 de junio de 2009, la Demandada presentó un escrito en que llamaba la atención del Tribunal sobre la decisión en materia de jurisdicción dictada el 29 de mayo de 2009 en el caso *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay*, caso CIADI n.º ARB/07/9.¹ El Tribunal brindó a ambas Partes la oportunidad de presentar escritos posteriores a la audiencia, limitados a la pertinencia de dicha decisión en relación con los argumentos ya esgrimidos por las Partes en el presente caso. La Demandada efectuó su presentación mediante carta de fecha 3 de julio de 2009 y la Demandante hizo lo propio mediante carta de fecha 23 de julio de 2009.
23. El Tribunal ha deliberado y considerado detenidamente todos los escritos de las Partes sobre la jurisdicción, así como los argumentos orales presentados en el curso de la audiencia

¹ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009 (“*BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre la Jurisdicción”).

respectiva. En las próximas secciones hará una breve síntesis de los antecedentes de hecho, en la medida en que sea necesario para pronunciarse sobre las excepciones preliminares opuestas por la Demandada (sección II), y abordará algunas consideraciones preliminares pertinentes en materia de jurisdicción (sección III). Luego se ocupará, primero, de las excepciones opuestas por la Demandada basadas en limitaciones jurisdiccionales específicas impuestas por el TBI y el Convenio del CIADI (sección IV) y, a continuación, de las excepciones de la Demandada basadas en que la Demandante no habría formulado reclamaciones válidas en el marco del Tratado con respecto a las cuales el Tribunal pueda ejercer su jurisdicción (sección V). Por último, el Tribunal analizará la cuestión de los costos (sección VI) y dictará su decisión sobre jurisdicción (sección VII).

II. ANTECEDENTES DE HECHO

A. El Contrato

24. A partir de las presentaciones de las Partes, el Tribunal considera que los hechos relacionados con la controversia son los que se describen a continuación. Se entiende que los hechos consignados, salvo en los casos en que se describen como argumentos de una u otra Parte, no son objeto de controversia.
25. La Demandante es una empresa suiza que, entre otros, presta servicios de certificación basados en inspecciones preembarque de mercancías. Por lo general, las inspecciones se realizan en el país exportador y dan lugar a la emisión de certificaciones que son utilizadas por las autoridades gubernamentales del país importador, por ejemplo para la recaudación de derechos de aduana e impuestos.
26. La presente controversia se refiere a un contrato celebrado entre SGS y el Ministerio de Hacienda del Paraguay. Conforme a dicho contrato, SGS prestaría servicios de inspección preembarque y certificación de cargamentos destinados al Paraguay.
27. El Ministerio de Hacienda del Paraguay fue autorizado por el Decreto n.º 12311 del Poder Ejecutivo, de 31 de enero de 1996 (documento de prueba C-6), a celebrar contratos de servicios de inspección preembarque con dos empresas, SGS y Bureau Veritas International (“BIVAC”). El 6 de mayo de 1996, SGS y el Ministerio de Hacienda del Paraguay firmaron el Contrato sobre Prestación de Servicios Técnicos de Inspección preembarque de las

Importaciones (“el Contrato”) (documento de prueba C-4). Los servicios previstos en el Contrato comenzarían a prestarse el 15 de julio de 1996 y el Contrato tendría una duración inicial de 3 años². El propósito del Contrato, según sus propios términos, era optimizar el volumen de recaudación impositiva y mejorar los mecanismos para el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias relativas a operaciones de importación³.

28. SGS estableció una oficina de enlace en Asunción y dos oficinas más pequeñas en Ciudad del Este y Encarnación (Paraguay), y llevó a cabo inspecciones de mercancías en los puertos de origen. Según la Demandante, el Ministerio de Hacienda del Paraguay pagó las facturas de SGS correspondientes al período julio de 1996-febrero de 1997, pero no se realizaron pagos correspondientes a la factura de marzo de 1997 ni a las facturas siguientes (con excepción de un pago). Sin embargo, SGS continuó prestando servicios de inspección preembarque. La Demandada no niega la falta de pago de algunas facturas de SGS, pero sí el que se adeudaran todos los montos, y duda hasta qué punto la falta de pago estaba justificada o excusada.
29. El 24 de febrero de 1999 el Ministerio de Hacienda comunicó a SGS su intención de rescindir el Contrato en los términos del artículo 8.2, en virtud del cual cualquiera de las dos Partes podía optar por no renovar el Contrato, previa notificación cursada 4 meses antes del vencimiento del término original del contrato (o de un eventual término de renovación). Posteriormente, el 1 de junio de 1999, representantes del Ministerio de Hacienda y de SGS celebraron una reunión. Según SGS, que refiere a correspondencia posterior al encuentro, el Ministerio de Hacienda y SGS acordaron rescindir el contrato a más tardar el 7 de junio de 1999.
30. SGS solicitó en reiteradas ocasiones el pago de las facturas pendientes, que a la fecha continúan impagadas. Alega que en diferentes momentos, diversos funcionarios paraguayos reconocieron la deuda del Paraguay para con SGS. Paraguay y sus instituciones iniciaron investigaciones sobre la validez del Contrato y los servicios prestados en el marco del mismo.

² Arts. 8.1.1 y 8.2, Contrato (documento de prueba C-4).

³ “El Ministerio, con el objeto de optimizar el volumen de las recaudaciones impositivas y mejorar los mecanismos para el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias referidas a las operaciones de importación, ha decidido establecer un Programa de Inspección de Pre-embarque...Para la ejecución del Programa de Servicios Técnicos de Inspección a ser prestados en el exterior, se ha decidido contratar a dos empresas especializadas, por su experiencia, idoneidad y alta calificación en la prestación de este tipo de Servicios Técnicos con Gobiernos de otros países, que garanticen el cumplimiento de presente Programa.” Preámbulo, Contrato (documento de prueba C-4) (realce omitido).

B. Disposiciones contractuales pertinentes

31. De conformidad con el artículo 2.1 del Contrato, SGS realizaría la inspección física de las mercancías antes del embarque, en el país de procedencia, a fin de determinar si correspondían a lo declarado por el importador. El artículo 2.2 exigía a SGS verificar el precio facturado por el vendedor y establecer si estaba comprendido dentro de límites razonables. Con arreglo al artículo 2.3, SGS daría entonces su opinión sobre el valor aduanero de las mercancías importadas. En virtud del artículo 2.4 SGS debía también emitir una recomendación sobre la clasificación arancelaria de las mercancías, y conforme al artículo 2.6 debía comprobar el país de origen de las mercancías. Finalizado el proceso de verificación SGS emitiría, a partir de sus conclusiones, un certificado de inspección o un reporte de discrepancia y remitiría copia de dichos documentos a la Dirección General de Aduanas del Paraguay, conforme al artículo 2.8. Con arreglo a los artículos 2.9 y 2.10, SGS se obligaba a proporcionar al Paraguay programas de capacitación para los funcionarios de la Dirección General de Aduanas, para brindar asistencia técnica y asesoramiento y para contribuir a la creación de una base de datos a partir de la información consignada en los certificados de inspección.
32. En el Contrato también se establecía, conforme al artículo 3.4, que SGS recibiría en su oficina de enlace en el Paraguay, para cada transacción comercial, una solicitud de inspección formulada por el importador, y documentación adjunta.
33. Como contrapartida del cumplimiento de sus obligaciones por parte de SGS, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4, Paraguay acordó pagar a SGS, en dólares de los Estados Unidos, comisiones que ascendían al 1,3% del valor FOB de las mercancías consignadas en el certificado de inspección o en el reporte de discrepancia. El importe mínimo de la comisión sería de US\$280 y se aplicaría cuando el monto calculado a partir de la tasa del 1,3% resultara inferior a dicho valor.
34. En el artículo 9, relativo a solución de conflictos, se establecía: “[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”⁴.

35. Por último, con respecto a la rescisión, se estipulaba en el artículo 7.1 que cualquiera de las Partes podía rescindir el Contrato por incumplimiento. Con arreglo al artículo 7.2, el Ministerio de Hacienda podía rescindir unilateralmente el Contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia en orden al interés público, previa notificación cursada con una anticipación de 120 días. En el artículo 8.2 se establecía que el término original de 3 años del Contrato podría renovarse, a menos que alguna de las Partes notificara por escrito a la otra, con no menos de 4 meses de anticipación al vencimiento de dicho plazo, su intención de no renovar el contrato más allá del término originalmente pactado, o su renovación.

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

36. Antes de analizar las diversas excepciones opuestas por la Demandada a la jurisdicción de este Tribunal para entender en la reclamación de la Demandante, conviene abordar algunas de las consideraciones generales en que se basa el análisis del Tribunal.

A. Textos pertinentes

37. La posición de la Demandante se basa en presuntos actos y omisiones de la Demandada que, según la Demandante, constituyen el incumplimiento de sus obligaciones en el marco del TBI. Por lo tanto, es preciso que el Tribunal analice primero el texto mismo del TBI. Conforme a dicho tratado, la jurisdicción surge del artículo 9, según el cual “[p]ara resolver las controversias relativas a las inversiones entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante”, si las “consultas no permitieran solucionar la controversia en un plazo de seis meses, a partir de la fecha de solicitud de arreglo de la diferencia, el inversionista puede someter la disputa tanto a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante, en cuyo territorio se realizó la inversión o al arbitraje internacional. En este último caso el inversionista tiene las siguientes opciones:” el arbitraje del CIADI y el arbitraje *ad hoc* establecido conforme a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

⁴ Art. 9.1, Contrato (documento de prueba C-4).

38. En el presente caso, puesto que la Demandante ha elegido el arbitraje del CIADI en el marco del artículo 9(2)(a) del TBI, el artículo 25 del Convenio del CIADI también es aplicable al examen que debe efectuar el Tribunal acerca de la jurisdicción. El artículo 25 establece en lo pertinente:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (...) y el nacional de otro Estado Contratante y que las Partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

39. El artículo 9(6) del TBI establece lo siguiente:

El Tribunal arbitral podrá decidir sobre la base del presente Acuerdo [es decir del TBI] y de otros Acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes; de los términos de algún acuerdo específico que pueda ser concluído con relación a la inversión; de la ley del Estado Contratante que sea parte de la controversia, inclusive sus normas sobre conflicto de leyes; de aquellos principios y normas del Derecho Internacional que fuesen aplicables.

40. Entre los principios y normas de derecho internacional aplicables se encuentra la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ratificada tanto por Suiza como por Paraguay) y, en particular, los principios de interpretación de los tratados enunciados en los artículos 31 a 33 de dicha Convención.

41. Ambas Partes también han llamado la atención del Tribunal sobre las decisiones de otros tribunales establecidos en el marco de tratados de inversión, cuando convenían a sus argumentos, para sostener que este Tribunal debía o no arribar a conclusiones similares sobre cuestiones similares. Desde luego, resulta evidente que no rige la regla de vinculación al precedente (*stare decisis*) en el arbitraje relativo a un tratado de inversión; que cada tribunal ejerce su propio mandato y su propia competencia, y que las decisiones de tribunales anteriores no son vinculantes en ningún sentido para este Tribunal. Sin embargo, resulta conveniente analizar el razonamiento y las conclusiones de dichos tribunales y evaluar en qué medida pueden aplicarse a las circunstancias particulares del presente caso.

42. En aras del desarrollo coherente y razonado del derecho de las inversiones, en muchos casos resulta igualmente adecuado consignar en qué casos y por qué este Tribunal no adopta los

criterios de otros tribunales, sobre todo en cuestiones respecto de las cuales estos últimos hayan aplicado criterios divergentes. Tales disquisiciones son tanto más probables en el presente caso cuanto que en él las Partes han hecho profusa referencia a dos casos anteriores sobre tratados de inversión relativos a contratos de SGS de prestación de servicios de inspección preembarque —*SGS c. Pakistán*⁵ y *SGS c. Filipinas*⁶— y a que en otro caso relativo a un tratado sobre inversión —*BIVAC c. Paraguay*— ha recaído una decisión sobre la jurisdicción que guarda relación con la contratación, por parte del Paraguay, de prestación de servicios de ese género en términos que, según se afirma, son “sustancialmente similares, si no idénticos”⁷ a los del Contrato celebrado entre SGS y Paraguay al que se refiere el presente caso.

B. Criterios aplicables en la etapa relativa a la jurisdicción

43. En esta etapa del procedimiento, el Tribunal cuenta solamente con los argumentos de las Partes sobre la jurisdicción y con un limitado historial probatorio, lo que refleja la medida en que las Partes han considerado conveniente abordar cuestiones fácticas a esta altura. En consecuencia, como en esta etapa preliminar, relativa a la jurisdicción, no dispone de una presentación completa de las reclamaciones, defensas y pruebas de las Partes, el Tribunal debe ocuparse de dar un tratamiento adecuado a las alegaciones de hechos y los argumentos jurídicos de las Partes.
44. Ambas Partes invocaron la noción, hoy ampliamente conocida, de que a los efectos de determinar si la Demandante ha formulado una reclamación basada en un TBI respecto de la cual el Tribunal posea jurisdicción, el Tribunal debe analizar si los hechos aducidos por la Demandante, en caso de que se prueben, podrían constituir una violación del tratado. Por ejemplo, al referirse a algunas reclamaciones de SGS, la Demandada sostuvo en su Réplica que este Tribunal “no tiene por qué aceptar como válida sin más esta reclamación, sino que debería tratar de establecer si los hechos aducidos por SGS pueden considerarse un

⁵ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI n.º ARB/01/13, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 6 de agosto de 2003 (“*SGS c. Pakistán*, Decisión sobre jurisdicción”).

⁶ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas*, caso CIADI n.º ARB/02/6, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de enero de 2004 (“*SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción”).

⁷ Carta de la Demandada al Tribunal, 9 de junio de 2009 (acerca de la Decisión sobre Jurisdicción recaída en el caso *BIVAC c. Paraguay*).

incumplimiento del TBI”⁸. La Demandada argumentó que la Demandante no ha alegado hechos que equivalieran a un incumplimiento del TBI, tal como se requiere para cumplir los requisitos relativos a la jurisdicción según dicho criterio *prima facie*. A su vez, la Demandante, citando el dictamen del juriconsulto por ella presentado, argumentó lo siguiente:

[E]n la etapa preliminar relativa a la jurisdicción, la [D]emandante solamente debe demostrar que los hechos alegados, *si* fueran ciertos, *podrían* violar las disposiciones del tratado en cuestión. Por el contrario, a los efectos de la jurisdicción *no* es necesario que la [D]emandante pruebe los hechos alegados ni que demuestre que si en definitiva llegase a probar tales hechos, estos necesariamente *violarían* el correspondiente tratado. A los efectos de la jurisdicción basta con que los hechos, que han de suponerse ciertos, *puedan* implicar la violación del tratado⁹.

45. En la audiencia sobre jurisdicción, la Demandante confirmó su posición de que el Tribunal debía considerar como verdaderos *todos* los hechos esgrimidos por la Demandante: no solo los que guardan relación con la suficiencia de las reclamaciones formuladas, sino también los que puedan ser necesarios para determinar la jurisdicción del Tribunal en el marco del TBI y el Convenio del CIADI¹⁰.
46. En opinión del Tribunal, sin embargo, es necesario hacer una distinción entre los dos aspectos. La cuestión relativa al criterio que debe aplicar el Tribunal en la etapa relativa a la jurisdicción al analizar los hechos pertinentes para determinar si la Demandante ha formulado adecuadamente su reclamación y puede pasar al examen del fondo del asunto difiere de la relativa al criterio aplicable a las conclusiones de hecho necesarias para fallar sobre jurisdicción.
47. Está plenamente aceptado que en la etapa relativa a la jurisdicción la Demandante no tiene la carga de probar los hechos que alega a fin de formular una reclamación respecto de la cual este Tribunal posea jurisdicción: basta que alegue hechos que, si se prueban en la etapa

⁸ Réplica de la Demandada al Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, 29 de diciembre de 2008 (“Réplica de la Demandada”), párrafo 105.

⁹ Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante, 9 de marzo de 2009 (“Dúplica de la Demandante”), párrafo 87 (se cita el informe de Reisman, párrafo 7) (realce en el original).

¹⁰ Transcripción, audiencia sobre jurisdicción, 6 de abril de 2009, 65:10 a 67:9; véase también el dictamen de Reisman, párrafo 34.

relativa al fondo del asunto, puedan constituir una violación de los mecanismos de protección que brinda el Tratado. En otros términos, salvo en circunstancias excepcionales¹¹, el Tribunal evaluará la cuestión de si los actos y omisiones de la Demandante, tal como esta los describe, pueden constituir una violación del Tratado, y dejará para la etapa relativa al fondo del asunto la prueba de esas alegaciones por la Demandante.

48. Este es el criterio, citado a menudo, expuesto por la juez Higgins en su voto particular en el caso *Oil Platforms*, de la Corte Internacional de Justicia: un tribunal “debería aceptar provisoriamente como verdaderos los hechos alegados por [la demandante]. y a esa luz interpretar [el tratado] a los efectos de la jurisdicción, es decir, comprobar si los hechos aducidos por [la demandante] pueden constituir la violación de una o más [de las disposiciones del tratado]”¹².
49. Muchos tribunales constituidos en el marco de tratados de inversiones se han hecho eco de este criterio¹³. En el caso *SGS c. Pakistán* el tribunal señaló: “consideramos que si los hechos aducidos por la Demandante pueden considerarse como supuestos incumplimientos del TBI, lo que es congruente con la práctica de los tribunales del CIADI, la Demandante debería tener la posibilidad de que se consideraran como fondo del asunto”¹⁴. Este enfoque fue expresado sucintamente por los tribunales del caso *Impregilo c. Pakistán*, que analizaron la cuestión de “si los hechos, tal como los alega la Demandante, si se prueban, pueden estar comprendidos dentro de las disposiciones del TBI que se han invocado”¹⁵, y por el tribunal del caso *Bayindir c. Pakistán*, que trató de dilucidar la cuestión de si los hechos aducidos “se

¹¹ En el caso *Amco*, por ejemplo, el tribunal dejó margen para apartarse de este criterio en caso de “descripción a todas luces deficiente o error en la caracterización de la controversia por parte de las Demandantes”. *Amco Asia Corp. c. República de Indonesia*, caso CIADI n.º ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, párrafo 38.

¹² *Caso relativo a las plataformas de petróleo (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)* 1996 I.C.J. 803 (“*Oil Platforms*”). Opinión separada de la juez Rosalyn Higgins), párrafo 32.

¹³ Véanse, por ejemplo, *Methanex c. Estados Unidos*, CNUDMI (TLCAN), Laudo parcial, 7 de agosto de 2002, párrafo 112; *Plama Consortium Ltd. c. República de Bulgaria*, caso CIADI n.º ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párrafo 132.

¹⁴ *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 145 (se han omitido las citas).

¹⁵ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI n.º ARB/03/03, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, párrafo 254 (“*Impregilo c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción”) (realce en el original).

p[odían] encuadrar en las disposiciones [invocadas] o podían constituir, si se probaran, incumplimiento de las obligaciones a las que se refieren”¹⁶.

50. Cabe observar que este criterio difiere de un criterio “prima facie”, término que se invoca con frecuencia, pero que puede generar confusión innecesariamente. Ese criterio “prima facie” se aplicaría, en la etapa relativa al fondo del asunto, a la prueba que presente la demandante (o la demandada en caso, por ejemplo, de defensa pro-activa). En el *Black’s Law Dictionary* se explica que la prueba “prima facie” es, entre otras cosas, “[l]a necesaria para probar un hecho particular en tanto no surja evidencia que lo contradiga” y que un caso “prima facie” es, entre otras cosas, aquel en que “la prueba producida por la demandante no sólo permitiría llegar razonablemente a [la] conclusión que esta pretende, sino que además lleva a dicha conclusión si la demandada no presenta pruebas para refutarla”¹⁷. Una vez que la demandante ha ofrecido pruebas “prima facie” suficientes para respaldar sus argumentos, la demandada debe presentar pruebas tendientes a refutar los hechos aducidos por la demandante. Se trata no obstante de una cuestión que corresponde abordar en la etapa relativa al fondo del asunto, durante la cual el tribunal evalúa la suficiencia de la prueba presentada por las Partes. En la etapa relativa a la jurisdicción, la demandante no tiene la carga de aportar pruebas que justifiquen “prima facie” sus argumentos relativos al fondo del asunto o que respalden sus afirmaciones acerca del supuesto incumplimiento de la demandada. Como se mencionó anteriormente, lo único que debe demostrar la demandante es que los hechos que alega (aunque todavía no se hayan probado) podrían constituir una violación del tratado en cuestión¹⁸.
51. Se admite con igual firmeza que a los efectos de la jurisdicción basta demostrar que los hechos, tal como los aduce la Demandante, si se probaren, *podrían violar* (no “violarían”) las disposiciones del TBI. En otras palabras, en la etapa relativa a la jurisdicción el Tribunal no está obligado a decidir si, en el supuesto de que los hechos aducidos se probaren, la

¹⁶ *Bayındır İnfaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI n.º ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, párrafo 197 (“*Bayındır c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción”).

¹⁷ *Black’s Law Dictionary* (6.ª edición, 1990), 1189-90.

¹⁸ Se podría afirmar que en la etapa relativa a la jurisdicción la demandante debe alegar la existencia de hechos que respalden “prima facie” su pretensión, pero sólo en la etapa relativa al fondo del asunto le será necesario probar tales hechos.

reclamación prevalecería como cuestión de derecho. La juez Higgins estableció también esta distinción en su voto particular:

Resulta interesante observar que en el caso *Mavrommatis* la Corte Permanente sostuvo que para determinar su jurisdicción, era necesario determinar si las reclamaciones griegas “implicarían” el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo, lo cual parecería exagerado. Sólo en la etapa relativa al fondo del asunto, una vez presentadas la prueba y las posibles defensas, “podría implicar” puede convertirse en “implicaría”. Así pues, la Corte debería determinar si, según los hechos tal como los alega Irán, las medidas de los Estados Unidos que son objeto de reclamación podrían violar los artículos del Tratado¹⁹.

52. Si la regla fuera otra, la cuestión no podría considerarse relativa a la jurisdicción. La determinación de que un conjunto de hechos alegados, aunque se probaran, no constituirían el incumplimiento de un derecho, concierne, en efecto, al fondo del asunto. Tal sería la consecuencia, por ejemplo, de que un tribunal hiciera lugar a la excepción de “manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación,” de conformidad con la regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Así pues, en tanto la excepción se refiera únicamente a la potestad del Tribunal de conocer reclamaciones relativas a la violación de un derecho especificado por la Demandante, el examen del Tribunal sobre la suficiencia de las afirmaciones, al igual que su examen de los hechos aducidos, es de carácter limitado.
53. Hace falta, en cambio, un criterio esencialmente distinto para abordar cuestiones que permitan establecer directamente la jurisdicción del Tribunal; por ejemplo cuestiones de consentimiento, nacionalidad, inversión protegida, territorialidad o referentes al alcance temporal de la protección que ofrece un tratado. En lo que a tales cuestiones se refiere, y para pronunciarse sobre la jurisdicción en la etapa preliminar relativa a la jurisdicción (en lugar de tratarla al considerar el fondo del asunto), el Tribunal debe llegar a conclusiones definitivas sobre las cuestiones de hecho y de derecho, sin lo cual no tendrá certeza de poseer jurisdicción para considerar el fondo del asunto.
54. Ello se debe a que el contexto de un tratado de inversiones conlleva requisitos jurisdiccionales específicos que están articulados en ese tratado y (en algunos casos, como el

¹⁹ *Oil Platforms*, Voto particular de la juez Rosalyn Higgins), párrafo 33.

presente) en el Convenio del CIADI. Por ejemplo, el Tratado entre Suiza y el Paraguay sólo puede ser invocado por un inversionista de una Parte Contratante, definido como tal en el artículo 1(1) del Tratado. Del mismo modo, conforme al artículo 25 del Convenio del CIADI, un tribunal del Centro sólo puede conocer de una diferencia jurídica entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante. No basta alegar la nacionalidad del inversionista para que deba concluirse que el Tribunal posee jurisdicción *rationae personae*; la nacionalidad debe probarse de manera concluyente en la etapa relativa a la jurisdicción.

55. Cuando la jurisdicción del Tribunal en relación con los requisitos mínimos del Tratado o el Convenio del CIADI depende de la existencia (o ausencia) de ciertos hechos controvertidos, el Tribunal no puede limitarse a presumir como ciertos los hechos aducidos por la Demandante y esperar a la etapa relativa al fondo del asunto para cerciorarse de que lo sean. Tales hechos controvertidos deben probarse en la etapa relativa a la jurisdicción, de manera que el Tribunal pueda pronunciarse de forma definitiva sobre su propia jurisdicción. Si la prueba resulta insuficiente para determinar los hechos, el Tribunal puede optar por pronunciarse sobre la jurisdicción en la etapa relativa al fondo del asunto a fin de contar con más pruebas, pero no declarar que posee jurisdicción en forma provisoria sin asegurarse de que se hayan probado los hechos necesarios.
56. Tal como declaró el tribunal en el caso *Inceysa c. El Salvador*, “al obligar el Convenio del CIADI al Tribunal de Arbitraje a resolver sobre su propia competencia, implícitamente le faculta a analizar todas aquellas cuestiones fácticas y jurídicas que pudieran ser relevantes para cumplir con esa obligación”²⁰. Con respecto a los hechos relativos a la cuestión de la *jurisdicción*, este Tribunal está de acuerdo con la conclusión del tribunal del caso *Inceysa* de que está “obligado a analizar hechos y disposiciones normativas sustantivos que constituyen presupuestos para la definición del alcance de la competencia del Tribunal”²¹.

²⁰ *Inceysa Vallisoleana, S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI n.º ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, párrafo 149 (“*Inceysa c. El Salvador*, Laudo”) (acerca del artículo 41 del Convenio del CIADI, en que se establece que “[e]l Tribunal resolverá sobre su propia competencia”).

²¹ *Inceysa c. El Salvador*, Laudo, párrafo 155; véase también *Ioan Micula y otros c. Rumania*, caso CIADI n.º ARB/05/20, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 24 de septiembre de 2008, párrafo 66 (“[U]n tribunal no necesita ir más allá de la tarea de determinar si los hechos aducidos por la demandante, en caso de comprobarse, pueden constituir violaciones de las disposiciones que se invocan. Sin embargo, cuando una cuestión jurisdiccional gira en torno a la

57. El criterio del Tribunal en el presente caso también está en consonancia, a ese respecto, con el aplicado en *Phoenix Action c. República Checa*, en que el tribunal se mostró de acuerdo con la demandada en que, además de *alegar* hechos suficientes para respaldar una o más reclamaciones sobre el fondo del asunto, “la demandante debe *probar* los hechos necesarios para determinar la jurisdicción”²². Posteriormente, el tribunal del caso *Phoenix* respaldó este “criterio doble” con respecto a los hechos que hacen al fondo del asunto y a los relacionados con la jurisdicción²³. En cuanto a los primeros, sostuvo que “deben ser aceptados como tales en la etapa relativa a la jurisdicción, hasta que se corrobore o no su existencia en la etapa relativa al fondo del asunto”²⁴. En cambio, en cuanto a los últimos es preciso adoptar un criterio diferente: “Por el contrario, si la jurisdicción se basa en la existencia de ciertos hechos, estos deben probarse en la etapa relativa a la jurisdicción”²⁵.
58. La Demandante señaló en la audiencia que el Tribunal debía aceptar como verdaderos *todos* los hechos aducidos por ella: tanto los referentes a cuestiones preliminares de jurisdicción como los necesarios para probar sus reclamaciones sobre el fondo del asunto. Sin embargo, ello no resulta admisible, pues exigiría que el Tribunal renunciase al examen mismo que debe llevar a cabo, es decir, determinar si posee o no jurisdicción²⁶. Tal como señaló el tribunal del caso *Pan American c. Argentina* en otro contexto relativo a la jurisdicción, “si todo fuera a depender de caracterizaciones efectuadas tan sólo por la Demandante, la pregunta acerca de la jurisdicción y la competencia se reduciría a la nada y los tribunales estarían desprovistos de la *compétence de la compétence* de que gozan en virtud del artículo 41(1) del Convenio del

determinación de hechos que pueden también estar relacionados con el fondo de la reclamación, el tribunal debe proceder a determinar los hechos que son traídos a su conocimiento en la medida en que sea necesario a los efectos de la jurisdicción. Por lo tanto, el tribunal también puede pronunciarse en forma definitiva sobre hechos en la etapa relativa a la jurisdicción. Por ejemplo, debe determinar la nacionalidad de la demandante a fin de establecer en forma definitiva su jurisdicción *ratione personae*) [traducción al español del Tribunal].

²² *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, caso CIADI n.º ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, párrafo 59 (el énfasis es nuestro) (“*Phoenix Action*, Laudo”).

²³ *Phoenix Action*, Laudo, párrafo 62.

²⁴ *Phoenix Action*, Laudo, párrafo 61.

²⁵ *Phoenix Action*, Laudo, párrafo 61; véase también *id.* párrafos 63-64.

²⁶ Véase, por ejemplo, la opinión disidente de Sir. Franklin Berman, *Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú S.A. c. República del Perú*, caso CIADI n.º ARB/03/4, Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre de 2007, párrafo 17 (“[S]i determinados hechos constituyen un elemento esencial para pronunciarse sobre la competencia misma, de modo que la decisión de asumir o declinar competencia los resuelve de una vez por todas a esos efectos, ¿cómo puede sostenerse seriamente que esos hechos deben presumirse, en lugar de probarse?”).

CIADI”²⁷. Ya sea en una etapa preliminar relativa a la jurisdicción o antes de abordar el fondo del asunto, si el tribunal del CIADI ha acumulado la cuestión relativa a la jurisdicción a las cuestiones relacionadas con el fondo del asunto, dicho tribunal debe resolver de forma concluyente todas las cuestiones necesarias para determinar su jurisdicción, entre otras cosas dilucidando todas las cuestiones de hecho que hagan falta.

IV. LÍMITES DEL TBI Y DEL CONVENIO DEL CIADI EN MATERIA DE JURISDICCIÓN

59. La Demandada opuso múltiples excepciones a la jurisdicción de este Tribunal; varias de ellas cristalizadas entre la presentación de su Memorial y su Réplica. A la luz de los diferentes criterios que corresponderá aplicar (como acaba de analizarse en la sección III.B, más arriba), el Tribunal hará una distinción entre las excepciones que se basan en limitaciones específicas impuestas en materia de jurisdicción por los términos del Tratado o del Convenio del CIADI, abordadas en esta sección, y las que impugnan la adecuación, a los fines de la jurisdicción, de las reclamaciones formuladas, tema que se abordará en la sección V, más adelante.

A. ¿Existió una expresión de consentimiento válida?

60. La primera de las excepciones a la jurisdicción planteadas por la Demandada que pasaremos a analizar es su afirmación de que la República del Paraguay no prestó su consentimiento para someter esta diferencia al arbitraje del CIADI.

61. En sus dos memoriales, la Demandada sostuvo que el Paraguay, si bien es parte del Convenio del CIADI, no ha expresado su consentimiento a la jurisdicción del Centro con respecto a la presente controversia, tal como lo requiere el Convenio. La Demandada hizo referencia al preámbulo del Convenio del CIADI, en que se establece que “la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no

²⁷ *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Co. c. República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/03/13 and *BP America Production Co. y otros c. República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/04/8, Decisión sobre Excepciones Preliminares, 27 de julio de 2006, párrafo 50. El tribunal del caso *Pan American* consideraba las posiciones en conflicto de las partes sobre la manera apropiada de caracterizar varias cuestiones como “relativas a la jurisdicción” o como “relativas al fondo del asunto”.

se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”²⁸.

62. La Demandada alegó asimismo que conforme al derecho paraguayo, el consentimiento del Paraguay al arbitraje debe ser dado por un representante plenipotenciario del Estado, es decir, alguien a quien la Constitución autorice a obligar al Paraguay. La Demandada sostuvo que la única autoridad que puede prestar consentimiento en nombre de ese país para someter la controversia a la jurisdicción del CIADI es el Presidente del Paraguay, quien no lo ha hecho.
63. La Demandada sostuvo además que la legislación nacional prohíbe someter las reclamaciones de la Demandante a arbitraje internacional, puesto que la Constitución paraguaya establece la soberanía judicial del país en materias de derecho público. Argumentó que la Constitución del Paraguay prohíbe el arbitraje de reclamaciones como la del presente caso, que afectan al patrimonio del Estado.
64. La Demandada no reiteró esta excepción a la jurisdicción del Tribunal en su Réplica ni durante la audiencia, pero caracterizó la Réplica señalando que ella “respalda[ba] aún más” sus excepciones a la jurisdicción y se agregaba a “las bases establecidas en las presentaciones anteriores de la República del Paraguay”²⁹. En consecuencia, el Tribunal entiende que el Paraguay mantiene la excepción y que el Tribunal debe pronunciarse al respecto.
65. La Demandante hizo referencia al artículo 9 del TBI como prueba del consentimiento expreso y escrito del Paraguay a la jurisdicción del CIADI para la resolución de esta controversia, que a su vez cumple el requisito del consentimiento escrito establecido en el artículo 25(1) del Convenio del CIADI. La Demandante sostuvo que el Paraguay no necesitaba realizar ningún otro acto para perfeccionar o confirmar su consentimiento para que esta controversia fuera sometida al arbitraje del CIADI.
66. La Demandante argumentó que conforme al artículo 27 de la Convención de Viena, la Demandada no puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de

²⁸ Preámbulo, Convenio del CIADI.

²⁹ Réplica de la Demandada, Introducción.

sus obligaciones internacionales. Por lo tanto, la posibilidad de someter la controversia a arbitraje conforme a la legislación paraguaya no puede afectar ni afecta a la jurisdicción del Tribunal. La Demandante sostuvo asimismo que la controversia *es* susceptible de arbitraje en el marco del derecho paraguayo, dado que, conforme a la Constitución del Paraguay, el TBI forma parte del ordenamiento jurídico paraguayo.

67. Luego de realizar su análisis, el Tribunal llega a la clara conclusión de que la Demandada dio su consentimiento para que esta controversia sobre el Tratado fuera sometida al arbitraje del CIADI.
68. Como es natural, la Demandada está en lo cierto al afirmar que la ratificación del Convenio del CIADI por parte del Paraguay no implica, por sí sola, el consentimiento de ese país para someter la presente controversia al arbitraje del CIADI. Tanto el preámbulo como el artículo 25(1) del Convenio del CIADI son claros al establecer que el Estado Contratante en cuestión debe prestar su consentimiento por escrito para someter una determinada controversia al arbitraje del Centro; el Convenio del CIADI no es, en sí mismo, un instrumento de consentimiento.
69. La Demandada se equivoca, sin embargo, al afirmar que el Paraguay no ha prestado dicho consentimiento expreso y escrito. En el artículo 9 del Tratado entre Suiza y el Paraguay, el Paraguay consintió explícitamente a que esta y cualquier otra “controversi[a] relativ[a] a las inversiones entre una Parte Contratante [del TBI] y un inversionista de la otra Parte Contratante [del TBI]” fueran sometidas a la jurisdicción del CIADI. El artículo 9(4) establece: “[p]or este acto, las Partes Contratantes acuerdan en someter una controversia relativa a inversiones al arbitraje internacional”. Conforme al artículo 9(2), si las “consultas no permitieran solucionar la controversia en un plazo de seis meses, (...) el inversionista puede someter la disputa (...) al arbitraje internacional”, y el inversionista puede optar entre (a) el arbitraje del CIADI y (b) el arbitraje *ad hoc* sujeto a las reglas de arbitraje de la CNUDMI.
70. Aunque el tema fue objeto de debate en los primeros años de existencia del sistema de arbitraje relativo a tratados de inversión, hoy en día se acepta de manera uniforme que la ratificación de un tratado bilateral de inversiones que contenga tales disposiciones equivale al

consentimiento escrito del Estado a las controversias por él cubiertas³⁰. El consentimiento del Estado en un TBI se suele describir como una “invitación abierta” o una “oferta permanente” dirigida a los inversionistas cubiertos para que sometan tales controversias al arbitraje internacional, que el inversionista “acepta” prestando su propio consentimiento escrito para recurrir a dicho arbitraje (ya sea antes de presentar su Solicitud de Arbitraje o en dicho documento)³¹.

71. Paraguay firmó y ratificó el TBI Suiza-Paraguay. Paraguay no ha argumentado que el TBI no haya sido debidamente ratificado o nunca haya entrado en vigor. El TBI —y el artículo 9, en que se establece inequívocamente que las Partes “acuerdan en someter una controversia relativa a inversiones al arbitraje internacional”— constituye, por lo tanto, una obligación internacional vinculante para la República del Paraguay. No se trata, como sostuvo el Paraguay, de un “medio indirecto” de comprobar que el país ha prestado su consentimiento para someter esta controversia al arbitraje del CIADI³². El artículo 9 del TBI representa el consentimiento directo y expreso del Paraguay a que la controversia sea sometida a arbitraje bajo los auspicios del CIADI (siempre que se cumplan, desde luego, los restantes requisitos en materia de jurisdicción establecidos en el TBI y en el Convenio del CIADI).
72. Sin embargo, el Paraguay sostuvo que en el marco del derecho paraguayo el consentimiento del Estado al arbitraje requiere algún otro acto o declaración adicional del Jefe del Estado. Ahora bien, el artículo 9 del TBI no contiene limitación o condición alguna de ese tipo; por ejemplo, el Paraguay no sometió a ningún tipo de condiciones su aceptación del artículo 9(4).

³⁰ Véase *Lanco International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI n.º ARB/97/6, Decisión Preliminar sobre la Jurisdicción del Tribunal Arbitral, 8 de diciembre de 1998, párrafos 43-44 (“*Lanco c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción”); véase también, por ejemplo, *Impregilo c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 108; *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 31; Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, pp. 190-91, 205-06 (2.ª edición, 2009) (“Schreuer, *Commentary*”).

³¹ Véanse, por ejemplo, *Lanco c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 31-33; Georges Delaume, *ICSID Arbitration: Practical Considerations*, 1 J. INT’L ARB. 101, 104 (1984) (“El consentimiento también puede provenir de la aceptación del inversionista de una oferta unilateral del Estado Contratante en cuestión cuando dicho Estado ya haya prestado su consentimiento al arbitraje del CIADI en disposiciones pertinentes de su legislación relativa a inversiones o de un acuerdo bilateral con el Estado Contratante del cual el inversionista sea nacional”); Schreuer, *Commentary*, p. 9 (“Alternativamente, el consentimiento podrá estar contenido asimismo en una oferta permanente del Estado receptor que puede ser aceptada en debida forma por el inversionista [...] La oferta permanente también puede estar contenida en un tratado del que el Estado receptor y el Estado del inversionista sean partes” [se omiten las citas]); véase, en general, Antonio Parra, *ICSID and New Trends in International Dispute Settlement*, 10/1 News from ICSID 7, 8 (1993) (se analiza la irrupción en los tratados bilaterales de inversión, de “ofertas” generales” para someter controversias al arbitraje del CIADI).

³² Memorial de la Demandada sobre Jurisdicción (presentación del 26 de junio de 2008), p. 4.

Por lo tanto, la obligación internacional del Paraguay de someterse al arbitraje del CIADI si el inversionista opta por ese mecanismo no se ve limitada por ningún requisito de derecho interno de ese género. Asimismo, la Demandante está en lo cierto al sostener que la Demandada no puede invocar su derecho interno para eludir las obligaciones que le impone el derecho internacional. Según el artículo 27 de la Convención de Viena, “[una] parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. En consecuencia, las afirmaciones del Paraguay de que su derecho interno impone ciertas limitaciones procedimentales o sustantivas a su consentimiento no pueden modificar ni revocar el consentimiento inequívoco prestado en el marco del TBI, que obliga al Paraguay desde el punto de vista del derecho internacional..

73. El Tribunal concluye que el Paraguay ha prestado el consentimiento exigido en el artículo 9 del TBI para someter la controversia al arbitraje internacional del CIADI, y que esa disposición constituye igualmente el consentimiento escrito del Paraguay en los términos del artículo 25 del Convenio del CIADI.

B. ¿Existe una inversión protegida?

74. El artículo 2(1) del TBI establece, en la parte aquí relevante, que el TBI “será aplicado a las inversiones en el territorio de una de las Partes Contratantes, hechas de acuerdo con su legislación, incluyendo los procedimientos de admisión eventuales, por inversionistas de la otra Parte Contratante antes o después de la entrada en vigencia de[l TBI]”. La Demandante enunció todas sus reclamaciones como reclamaciones por incumplimiento del TBI, que sólo podrán tener fundamento si ante todo se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 2(1).
75. Paraguay no ha puesto en duda que SGS es un inversionista calificado de Suiza a los efectos de los requisitos de nacionalidad del TBI (y del Convenio del CIADI). No es objeto de controversia que SGS es una empresa constituida conforme a la legislación suiza que tiene su sede y desarrolla actividades económicas reales en Ginebra (Suiza). El Tribunal concluye, en consecuencia, que SGS se ajusta a la definición de “inversionista” estipulada en el artículo 1(1)(ii)(b) del TBI, que se refiere a “las entidades jurídicas, incluyendo sociedades, corporaciones, asociaciones comerciales y cualquier otra entidad constituida u organizada debidamente de otra manera según la legislación suiza, que tengan su sede, así como

actividades económicas reales, en el territorio de la Confederación Suiza”. Del mismo modo, no es objeto de controversia que SGS, cuando presentó la Solicitud de Arbitraje, tenía nacionalidad suiza, siendo la Confederación Helvética Estado Contratante del CIADI, con lo que SGS cumplió el requisito de nacionalidad previsto en el artículo 25(2) del Convenio del CIADI.

76. La Demandada objeta, sin embargo, que la Demandante no ha hecho una inversión comprendida en los términos del TBI y el Convenio del CIADI. A falta de una “inversión” adecuada no puede haber “controversias relativas a inversiones” (artículo 9(1) del TBI), ni “diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión” (artículo 25(1) del Convenio del CIADI), con respecto a las cuales este Tribunal pueda ejercer su jurisdicción. La excepción opuesta por la Demandada presenta múltiples aspectos interrelacionados, pero a fines analíticos puede dividirse en tres preguntas, que se abordarán sucesivamente:

- 1) ¿Las supuestas inversiones de la Demandante están cubiertas por los mecanismos de protección del TBI y del Convenio del CIADI (en la medida en que difieran)?
- 2) ¿Tiene la Demandante una inversión, o inversiones, “en el territorio de[]” Paraguay, conforme a lo exigido para recibir protección al amparo del TBI?
- 3) ¿La inversión se “realizó de conformidad con la legislación [del Paraguay]”, como también se requiere en virtud del TBI?

1. Naturaleza de la inversión

77. La Demandada sostiene que las inversiones por las que reclama la Demandante no cumplen los requisitos que hacen de ella una “inversión” conforme al TBI o, alternativamente, los requisitos del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI. Si las inversiones por las que se reclama no fueran “inversiones” en la acepción dada a ese término por el Tratado, ello excluiría por completo la jurisdicción del Tribunal. En consecuencia, nos referiremos en primer lugar a la cuestión de si la Demandante ha realizado una inversión en la acepción dada a ese término por el Artículo 1(2) del TBI.

a. El TBI Suiza-Paraguay

78. El Artículo 1(2) del TBI define “inversiones” como “todas las categorías de activos, y en particular”, *inter alia*, (c) “los reclamos monetarios y derechos a cualquier tipo de prestación de valor económico”, y (e) “las concesiones, incluyendo. . . derecho[s] conferido[s] por la ley, contractual[es] u otorgado[s] por decisión administrativa en aplicación de la ley”.
79. En su Solicitud, la Demandante manifestó que había efectuado una inversión “sobre la base del” Contrato, que por sus características podía calificarse como una inversión conforme al TBI³³. En su Memorial de Contestación la Demandante identificó como las inversiones que había realizado “el Contrato y [su] ejecución” o “[tanto] el Contrato mismo ... como los derechos de SGS derivados de dicho instrumento”³⁴, expresiones de las que se hace eco el escrito de Dúplica al hacer referencia al “Contrato y los derechos de él derivados”³⁵. La Demandante señaló también que conforme al Contrato había establecido oficinas de enlace en Asunción, Ciudad del Este y Encarnación, cuyo coste anual de mantenimiento, según sostiene, era de aproximadamente US\$2.225 millones, y en las que trabajaban unos 70 empleados, locales y extranjeros.
80. La Demandante sostuvo que el Contrato y los derechos conexos, así como la oficina de enlace, son activos valiosos, que cumplen el criterio que el Artículo 1(2) enuncia al referirse a “todas las categorías de activos”. Además sostuvo que están comprendidos dentro de varios de los ejemplos “particulares” de tales activos cuya lista figura en el Artículo 1(2), por cuanto el Contrato confiere a SGS derecho a reclamos monetarios y a prestaciones de valor económico (Artículo 1(2)(c)) y también comprende derechos otorgados “por decisión administrativa”, categoría que abarca la prestación de servicios públicos, lo que hace del Contrato, a juicio de la Demandante, “algo semejante a” una “concesión de derecho público” (Artículo 1(2)(e)).
81. La Demandada objetó que la Demandante no había realizado una inversión protegida en el marco del TBI. Sostuvo que el Contrato no es un activo; que SGS en realidad no puede

³³ Solicitud de Arbitraje de la Demandante, 16 de octubre de 2007, párrafo 18.

³⁴ Véase, *por ejemplo*, Memorial de Contestación de la Demandante sobre Jurisdicción, 22 de septiembre de 2008, párrafos 67, 74 (“Memorial de Contestación de la Demandante”).

³⁵ Véase, *por ejemplo*, Dúplica de la Demandante, párrafos 49-64.

haberle dado el tratamiento contable propio de un activo, y que no es un derecho a un reclamo monetario, porque no es un documento en que conste una deuda líquida, como un pagaré o una sentencia judicial. Alegó que conforme al derecho paraguayo el Contrato no es una concesión, pues constituye tan solo un derecho a recibir el pago de servicios realizados en el exterior, y no un derecho otorgado conforme al derecho público. Con respecto a la oficina de enlace, la Demandada alegó que el contrato no imponía la obligación de establecerla, y que su creación fue un hecho incidental al cumplimiento del Contrato.

82. No es objeto de disputa el hecho de que el Contrato fue celebrado mutuamente por SGS y el Ministerio de Hacienda del Paraguay, que en cumplimiento de ese contrato SGS realizó inspecciones pre-embarque y certificaciones de importaciones al Paraguay, y que el Contrato disponía que el Paraguay pagaría a SGS esos servicios. Además la Demandada no cuestiona el hecho de que SGS estableció en el Paraguay una oficina de magnitud considerable, encargada de manejar ciertos aspectos de los servicios de inspección y certificación de SGS, lo que representó para esta un gasto significativo.
83. El Tribunal considera probado que el Contrato mismo, junto con los servicios prestados en su virtud y las oficinas establecidas en el Paraguay, constituyen una inversión protegida conforme al Artículo 1(2) del TBI. Conforme a la definición general del TBI, son “activos”. Aunque el Contrato y los derechos de SGS en virtud de éste sean intangibles, son de propiedad de SGS y poseen un valor económico que adquiere SGS. Análogamente, la oficina de enlace es una manifestación tangible de las actividades de SGS en el marco del Contrato. El Tribunal no considera persuasivo el argumento del Paraguay de que la caracterización de algo como un “activo” a los efectos de la definición de “inversión” del TBI deba referirse al tratamiento contable dado por la Demandante a la inversión que reclama—*es decir* la cuestión de si el Contrato se registra como activo en los libros de SGS³⁶. Por el contrario, la categorización como tal de un activo (ya tangible o intangible) debe considerarse de forma más amplia, en relación con su valor económico, en lugar de limitarse a los confines, potencialmente artificiales, del tratamiento contable.

³⁶ Véase Réplica de la Demandada, párrafo 47.

84. El Tribunal también está convencido de que el Contrato y los derechos conexos están comprendidos dentro de los ejemplos “particulares” contenidos en el Artículo 1(2), que menciona la Demandante. El Contrato y su ejecución por las partes dan lugar a “reclamos monetarios y derechos a cualquier tipo de prestación de valor económico” (Artículo 1(2)(c)). La Demandante, naturalmente, tendrá que probar, en la fase siguiente del arbitraje, que sus reclamaciones concretas tienen fundamento, pero a los efectos de definir una “inversión” basta la determinación del Tribunal de que, según sus términos, el Contrato prevé el pago a cambio de los servicios prestados que puedan dar lugar a esas reclamaciones. Al Tribunal no le resulta convincente la afirmación de la Demandada de que sólo son activos consistentes en “reclamos monetarios” conforme al Artículo 1(2)(c) los pagarés, sentencias u otros documentos probatorios de deudas líquidas³⁷. En su sentido ordinario, el texto mismo del TBI no sugiere tales límites, y la conexión que aparece en el texto entre la expresión “reclamos monetarios” y la indudablemente amplia de “derechos a [una] prestación de valor económico”, que aparecen juntas en el Artículo 1(2)(c), indica que a ambas debe aplicarse un grado similar de amplitud y flexibilidad. A juicio del Tribunal el Artículo 1(2)(c) puede comprender adecuadamente activos consistentes en reclamos monetarios líquidos o ilíquidos.
85. Tomamos nota de que en el caso *SGS c. Pakistán* el tribunal no vaciló en calificar contratos de prestación de servicios de inspección pre-embarque de SGS y los derechos de SGS en el marco de los mismos como inversiones comprendidas en la disposición sobre “reclamos monetarios” del tratado Suiza-Pakistán, que es idéntica a la del TBI Suiza-Paraguay de que aquí se trata³⁸. El tribunal del caso *SGS c. Filipinas* no consideró la cuestión directamente, ya que Filipinas al parecer no objetaba la jurisdicción por ese motivo. Sin embargo, aplicó una definición de “inversión” sustancialmente idéntica a la del Artículo 1(2) del TBI Suiza-Paraguay—que contiene una disposición absolutamente idéntica en cuanto a “reclamos monetarios”—y concluyó que “SGS efectuó una inversión ...en el marco del Acuerdo CISS considerado en conjunto”³⁹. El tribunal del caso *BIVAC* no llegó a considerar la cuestión,

³⁷ Según el Black’s Law Dictionary “[una] deuda es líquida cuando existe certeza en cuanto al objeto de la deuda y a su monto”, en virtud de acuerdo de las partes o por obra de la ley. BLACK’S LAW DICTIONARY (sexta edición, 1990), pág. 930.

³⁸ Véase *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 135.

³⁹ *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 112.

ya que concluyó que el contrato de servicios de inspección pre-embarque de BIVAC le confería “derechos concedidos en virtud del derecho público”, que constituyen uno de los ejemplos de “inversión” comprendido en la definición del TBI Países Bajos-Paraguay de que se trataba en ese caso⁴⁰. [(Las citas de este párrafo son traducciones al español del Tribunal].)

86. El Tribunal tiene también la convicción de que el Contrato y los derechos de SGS en virtud del mismo están comprendidos en el ejemplo de activos cubiertos enunciado en el Artículo 1(2)(e) del TBI: “las concesiones, . . . así como cualquier otro derecho conferido por la ley, contractual u otorgado por decisión administrativa en aplicación de la ley”.
87. A estos efectos no tenemos por qué concluir que el Contrato es una concesión en el sentido en que ese término se define específicamente en el derecho paraguayo. Paraguay ha alegado que el Contrato es un contrato administrativo, que según sostiene se diferencia de una concesión en el marco del derecho paraguayo. No obstante, el TBI describe una categoría de activos más amplia, ya que incluye no sólo “concesiones”⁴¹, sino también “cualquier otro derecho conferido por la ley, contractual u otorgado por decisión administrativa en aplicación de la ley”. Por lo tanto, la Demandante alega únicamente que el Contrato “se asemejaba” a una concesión de derecho público, y se basa también en el hecho de que el Contrato comprende derechos otorgados “por decisión administrativa en aplicación de la ley”; en otros términos, que el Ministerio de Hacienda los otorgó conforme al Decreto Presidencial No. 12311, del 31 de enero de 1996 (DP C-6).
88. En este mismo orden de ideas parece claro que los servicios prestados por SGS eran de carácter público, o, como mínimo, que estaban íntimamente relacionados con el cumplimiento de funciones estatales. A falta de inspecciones y certificaciones realizadas por una entidad como SGS, sería función del Estado inspeccionar cargas, identificar y valorar los bienes y cobrar los derechos de Aduana y los impuestos sobre la importación preceptivos.

⁴⁰ Véase *BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 93.

⁴¹ A este respecto existe una diferencia entre el texto en inglés del TBI Suiza-Paraguay y los textos en español y en francés. Estos últimos se refieren simplemente a “concesiones”, en tanto que el texto en inglés—“concessions under public law”—agrega una cláusula. El TBI establece (en su párrafo final) que en caso de discrepancia entre los tres textos debe prevalecer el texto en inglés. En este caso, en cambio, el Tribunal no cree que ninguna cuestión significativa para su análisis se refiera a la (eventual) distinción entre concesión y concesión de derecho público.

En virtud del Decreto No. 12311 el Paraguay delegó a SGS algunas de esas tareas, a fin de “optimizar el volumen de las recaudaciones impositivas para obtener los niveles de ingresos” y “mejorar los mecanismos para el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias”⁴². Los servicios prestados por SGS en el marco del Contrato evidentemente formaban parte de las operaciones de importación del Estado, incluido el cobro de derechos e impuestos sobre la importación: la ley exigía las certificaciones emitidas por SGS (o por BIVAC en el marco de su respectivo contrato) relativas a inspecciones para el despacho aduanero de una carga por parte del Paraguay⁴³. Independientemente de que las certificaciones de SGS fueran o no definitivas y vinculantes, en el sentido de que el Paraguay sostiene que sus autoridades aduaneras seguían estando facultadas para reinspeccionar embarques anteriormente certificados por SGS⁴⁴, las certificaciones de SGS integraban manifiestamente los procedimientos de las autoridades paraguayas sobre despacho aduanero y cobro de derechos.

89. Como ya se señaló, el tribunal del caso *BIVAC* concluyó que el contrato --similar, si es que no idéntico-- celebrado por BIVAC con el Paraguay confería a BIVAC “derechos concedidos en virtud del derecho público” en los términos de uno de los ejemplos de activos cubiertos que figuraban en la definición de inversión del TBI Países Bajos-Paraguay⁴⁵. El ejemplo de activo mencionado en el Artículo 1(2)(e) del TBI Suiza-Paraguay tiene una redacción diferente de la definición contenida en el TBI Países Bajos-Paraguay, pero encierra a nuestro juicio un concepto suficientemente similar como para que valga la pena tener en cuenta la comparable conclusión del tribunal del caso *BIVAC*. Nuestra conclusión también es congruente con la del tribunal del caso *SGS c. Pakistán*, que caracterizó un contrato de servicios de inspección de SGS (aunque no se trata de un contrato puesto a nuestra consideración en el presente caso), señalando que “conf[ería] [a SGS] ciertas potestades que ordinariamente habrían sido ejercidas por el servicio de aduana paquistaní (la identificación y

⁴² Decreto Presidencial No. 12311, 31 de enero de 1996, Preámbulo (DP C-6) (“Decreto 12311”); véase también Preámbulo, Contrato (DP C-4). La Demandada reiteró esa finalidad del Contrato en su Memorial sobre Jurisdicción (escrito del 8 de abril de 2008), pág. 4 (el Ministerio celebró el Contrato “con el objeto de optimizar el volumen de las recaudaciones impositivas y mejorar los mecanismos para el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias referidas a las operaciones de importaciones sujetas a los Servicios de Inspección Pre-embarque”).

⁴³ Véase Decreto No. 12311, Artículo 2 (DP C-6); véase también Resolución No. 1171/96, Artículo 4 (DP RL-3B).

⁴⁴ Véase Réplica de la Demandada, párrafos 28, 30 (en que se cita la Resolución No. 1171/96, Artículo 21 (DP RL-3B)).

⁴⁵ Véase *BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 84-91.

valoración de bienes para el cobro de derechos)”⁴⁶. Dicho tribunal concluyó que “Pakistán otorgó efectivamente a SGS una concesión de derecho público”, y que en ese caso el contrato de SGS “constituía una concesión de derecho público comprendida holgadamente dentro de la definición de inversión del TBI [Suiza-Pakistán]”⁴⁷. [Las citas de este párrafo son traducciones al español del Tribunal]

90. En resumen, el Tribunal sostiene que el Contrato, los derechos conexos que este confiere a SGS y las operaciones realizadas por SGS al amparo del Contrato constituyen una “inversión” comprendida en la definición del Artículo 1(2) del TBI.

b. El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI

91. Habiendo concluido que los requisitos del TBI para que exista una “inversión” cubierta se cumplen y no constituyen un obstáculo para que el Tribunal ejerza su jurisdicción en el marco de las reclamaciones de la Demandante en virtud del TBI, la cuestión que debe abordar el tribunal a continuación consiste en establecer si alguna disposición del Convenio del CIADI impone un resultado diferente. La Demandante, conforme al Artículo 9(2) del TBI, optó por promover el arbitraje ante el CIADI de esas reclamaciones en virtud del Tratado, por lo cual no sólo debe cumplir los requisitos del TBI en materia de jurisdicción, sino también los requisitos del Convenio del CIADI en esa misma materia. La cuestión, a este respecto, consiste en establecer si esos requisitos difieren en función de la naturaleza de la “inversión” de la que deben surgir las reclamaciones de la Demandante, y en tal caso, cómo difieren.
92. El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI extiende la jurisdicción a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, pero no define el término “inversión”. En el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio del CIADI se explica específicamente: “[n]o se ha intentado definir el término ‘inversión’, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las Partes y el mecanismo mediante el cual los Estados Contratantes pueden dar a conocer de antemano, si así lo desean, las clases de

⁴⁶ *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 135.

⁴⁷ *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 135, 140 (realce omitido).

diferencias que estarán o no dispuestos a someter a la jurisdicción del Centro . . . ”⁴⁸. Tal como lo detalló el tribunal del caso *Mihaly c. Sri Lanka*, “la elaboración de la definición quedó librada a la práctica subsiguiente de los Estados, para preservar su integridad y flexibilidad y hacer posible un desarrollo progresivo del derecho internacional en materia de inversiones”⁴⁹ [traducción al español del Tribunal]. Por lo tanto el Tribunal coincide con la Demandante en que “ello se debió a la presunción de que los estados contratantes determinarían el alcance de las inversiones protegidas y excluidas en los respectivos instrumentos en los que prestaran su consentimiento”⁵⁰, como por ejemplo en el tratado bilateral de inversiones de que aquí se trata.

93. Sería exagerado sostener que *cualquier* definición de inversión acordada por los Estados en un TBI (o por un Estado y un inversionista en un contrato) deba considerarse como “inversión” a los efectos del Artículo 25(1). Por citar un ejemplo clásico, no cabría decir que un simple contrato de compraventa de bienes constituya por sí una inversión en la acepción que da al término el Artículo 25(1), aunque se defina como tal en un TBI o en el propio contrato. No obstante, las conclusiones que puedan extraerse de un ejemplo periférico como el referido no alteran el hecho de que en la mayoría de los casos—incluido, a juicio del Tribunal, el caso de que aquí se trata—será apropiado dejar librada a los Estados Partes del instrumento de consentimiento (*por ejemplo* el TBI) la determinación del contenido del término “inversión”. Los Estados partes de un TBI convienen en proteger ciertos tipos de actividades económicas, y cuando establecen que las diferencias entre inversionistas y Estados relativas a esa actividad deben resolverse, entre otros métodos, a través del arbitraje del CIADI, ello significa que creen que esa actividad constituye también una “inversión” en la acepción dada a ese término por el Convenio del CIADI. Debe darse la máxima importancia a ese juicio de Estados que son partes del TBI y Estados Contratantes del

⁴⁸ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, párrafo 27 (“Informe de los Directores Ejecutivos”).

⁴⁹ *Mihaly International Corp. c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/00/2, Laudo, 15 de marzo de 2002, párrafo 33.

⁵⁰ Memorial de Contestación de la Demandante, párrafo 37.

Convenio del CIADI⁵¹. Muy poderosas razones habría de tener un tribunal para negarse a tomar en consideración una definición de inversión adoptada de común acuerdo.

94. El tribunal del caso *BIVAC* abordó la cuestión en este sentido: “Desde el punto de vista formal, la cuestión puede plantearse en los términos siguientes: ¿la definición [de inversión] contenida en el TBI va más allá de lo que permite el Convenio?”⁵². Con respecto al TBI Países Bajos-Paraguay, el tribunal del caso *BIVAC* concluyó: “la respuesta es manifiestamente negativa. La definición contenida en el TBI sigue el enfoque adoptado en muchos otros tratados de ese género adoptados en todo el mundo. Paraguay tendría que alegar que su propio TBI es incompatible con los requisitos del Convenio del CIADI, y ha optado, razonablemente, por no seguir ese camino”⁵³.
95. Consideramos irrefutable ese enfoque. La opción del TBI de arbitraje del CIADI con respecto a las inversiones cubiertas por el Tratado puede razonablemente concebirse como el reconocimiento, por parte del Estado, de que considera todas esas inversiones como “inversiones del CIADI” también. Por lo tanto, si el Estado sostuviera en un arbitraje que una inversión que cumple la definición del TBI no constituye, sin embargo, una inversión en el marco del Convenio del CIADI, ello sería incompatible con su posición anterior en sentido contrario⁵⁴.
96. Por lo tanto, en relación con el TBI Suiza-Paraguay llegamos a la misma conclusión a la que arribó el tribunal del caso *BIVAC* con respecto al TBI Países Bajos-Paraguay. La definición de inversión del primero de esos tratados no respaldaría en modo alguno el argumento que la caracterizara como una aberración generadora del riesgo de abarcar una actividad económica claramente ajena al alcance deseado por el Convenio del CIADI en materia de inversiones. En consecuencia es razonable partir de la base de que si una inversión por la que se reclama cumple la definición de inversión dada por el TBI (como hemos sostenido sucede

⁵¹ Cf. *Rompertrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Decisión sobre excepciones preliminares de la Demandada y admisibilidad, 18 de abril de 2008, párrafos 81, 83 (en que se adopta un enfoque similar con respecto a los criterios de nacionalidad).

⁵² *BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 94.

⁵³ *BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 94.

⁵⁴ Cf. Devashish Krishan, *A Notion of ICSID Investment*, 6:1 TRANSNAT'L DISP. MGMT. (marzo de 2009), pág. 7 y n. 22.

en el caso que estamos considerando) también es congruente con la acepción dada por el Convenio del CIADI al término “inversión”.

97. Este es un tema sobre el cual han diferido los tribunales del CIADI. Algunos tribunales y comités *ad hoc* han comparado inversiones por las que se reclama —que bien pueden cumplir las definiciones jurisdiccionales de “inversión” que aparecen en el tratado o contrato pertinente—con un elenco independiente y abstracto, de los atributos que debe tener una inversión conforme al Convenio del CIADI. No obstante, ese elenco no aparece en parte alguna en el propio Convenio del CIADI. Sus elementos, que los tribunales han aplicado como acumulativos (en el sentido de que si falta alguno de ellos la supuesta inversión no está comprendida en la jurisdicción del CIADI), no figuran en el Artículo 25(1), por más que a través de esa comparación se trate de crear y aplicar una definición universal de “inversión” para el Convenio del CIADI⁵⁵, y ello pese a que los redactores y signatarios del Convenio decidieron que tal definición no debía formularse⁵⁶. A nuestro juicio, sin embargo, ningún criterio enunciado por un tribunal condiciona, restringe o prevalece sobre el sentido llano de la definición de inversión contenida en el TBI. Este Tribunal no tiene la potestad de imponer requisitos que se agreguen a los acordados por los Estados en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI y en el TBI.
98. Algunos de los elementos de dicho elenco podrían resultar útiles en caso de que a un tribunal le preocupara la posibilidad de que la definición contenida en un TBI o un contrato fuera tan amplia que pudiera abarcar transacciones manifiestamente ajenas a la idea de inversión en virtud de ninguna definición aceptable. Esos elementos podrían ser útiles para identificar tales aberraciones. De hecho, últimamente los tribunales y comités *ad hoc* han expresado su opinión de que esos elementos deben considerarse como medios no vinculantes y no

⁵⁵ Véase, por ejemplo, *Joy Mining Machinery Ltd. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2004, párrafo 53; *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo, 8 de mayo de 2008, párrafo 232; *Patrick Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo, 1 de noviembre de 2006, párrafos 29, 33.

⁵⁶ Véase Informe de los Directores Ejecutivos, párrafo 27 (“No se ha intentado definir el término ‘inversión’, teniendo en cuenta el requisito esencial del consentimiento de las partes...”). Los *travaux préparatoires* del Convenio del CIADI con respecto a esta cuestión se examinan en detalle en *Malaysian Historical Salvors Sdn. Bhd. c. Gobierno de Malasia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre la Solicitud de Anulación, 16 de abril de 2009, párrafos 63-71 (“*MHS c. Malasia*, Anulación”).

exclusivos de determinación (que no de definición) de inversiones que sean congruentes con el Convenio del CIADI⁵⁷.

99. Aun así, las Partes en el presente caso dedicaron un considerable volumen de argumentación a la cuestión de si la inversión reclamada por SGS es compatible con el elenco de criterios catalogados en el caso *Salini c. Marruecos*⁵⁸. La Demandada, adoptando la posición de que los criterios son de cumplimiento obligatorio, alegó que las inversiones aducidas por SGS no los cumplen, por lo cual este tribunal carece de jurisdicción conforme al Convenio del CIADI. La Demandante, aun sosteniendo que los criterios del caso *Salini* son atributos típicos, pero no exclusivos, de las inversiones previstas en el Convenio del CIADI, insistió en que todos ellos se cumplen. El Tribunal tiene la convicción de que la inversión de la Demandante cumple los criterios del caso *Salini*, sean estos aplicables o no. Dada la (a lo sumo) limitada medida en que esos criterios serían relevantes, el Tribunal no irá aquí más allá de exponer brevemente el fundamento de esa conclusión.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, párrafos 312-18; *MHS c. Malasia*, Anulación, párrafos 75-79; cf., *MCI Power Group, LC y New Turbine, Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007, párrafo 165; *RSM Production Corp. c. Granada*, Caso CIADI No. ARB/05/14, Laudo, 13 de marzo de 2009, párrafos 236-38. Los primeros tribunales que tuvieron que pronunciarse directamente sobre la excepción de que la demandante no tenía una “inversión” conforme al Convenio del CIADI no buscaron ni aplicaron definiciones. En *Fedax N.V. c. República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 11 de julio de 1997, el tribunal se limitó a examinar casos anteriores referentes a inversiones enmarcadas en el Convenio, antes de concluir que los pagarés que tenía ante sí también cumplían las condiciones pertinentes; en *Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, el tribunal rechazó la solicitud de la demandada de que aplicara una definición, señalando que si bien “los elementos de la definición sugerida ... tienden, como norma, a estar presentes en la mayoría de las inversiones, no constituyen un requisito previo formal para llegar a la conclusión de que una transacción constituya una inversión tal como ese concepto se entiende en virtud del Convenio” [traducción al español del Tribunal]. *Ídem*, párrafo 90. En Prof. Emmanuel Gaillard, *Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR THE 21ST CENTURY: ESSAYS IN HONOR OF CHRISTOPH SCHREUER (2009) (“Gaillard, *Identify or Define?*”) aparecen elementos adicionales sobre la distinción entre determinación y definición de inversión.

⁵⁸ Véase *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001 (“*Salini c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción”), párrafo 53. Contrariamente a lo que algunos han señalado, los elementos del “elenco *Salini*” sobre la existencia de una inversión—compromiso de capital o recursos; cierta duración; regularidad de obtención de ganancias y retorno; cierto grado de riesgo, y (a juicio de algunos tribunales) contribuciones al desarrollo del Estado receptor—no se consideraron anteriormente como *requisitos*. En la primera edición de 2001 de su COMENTARIO sobre el Convenio del CIADI, el Profesor Christoph Schreuer los describió tan sólo como características típicas de las inversiones: “[e]sos atributos no deben concebirse necesariamente como requisitos jurisdiccionales”. Christoph H. Schreuer, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* (primera edición, 2001), pág. 140; véase también, *idem* (segunda edición, 2009), pág. 128.

100. Los criterios en cuestión son: (i) compromiso de recursos o activos en el Estado receptor; (ii) cierta duración en el tiempo; (iii) cierto riesgo, y (iv) contribución al desarrollo económico del Estado receptor⁵⁹.
101. Con respecto al compromiso de recursos, no parece ser objeto de controversia el hecho de que la Demandante comprometió un volumen significativo de activos, monetarios y en especie, para el funcionamiento de sus oficinas de enlace en el Paraguay. Esas oficinas, a su vez, parecen haber cumplido un papel decisivo en el funcionamiento del proceso aduanero paraguayo; las inspecciones realizadas por SGS en el exterior condujeron a la expedición, por esas oficinas, en el Paraguay, de certificados finales, que a su vez eran obligatorios, conforme al derecho paraguayo, para el despacho aduanero de cargas en el Paraguay. A fin de distinguir esta actividad de la realizada por la oficina contractualmente preceptuada que el tribunal del caso *SGS c. Filipinas* consideró como una inversión suficiente en el territorio de las Filipinas, la Demandada ha alegado que en el presente caso el Contrato no exigía el establecimiento de una oficina de enlace. No nos resulta convincente el argumento de que esa distinción represente una diferencia; la clave es que las oficinas se establecieron en el Paraguay e integraban la estructura de prestación de servicios de inspección y certificación prevista en el Contrato.
102. El Tribunal toma nota asimismo del hecho de que en relación con las operaciones de inspección SGS comprometió necesariamente recursos económicos en provecho y beneficio directo del Paraguay en virtud del Contrato. No compartimos lo alegado por la Demandada de que el lugar en que se aplicaron esos recursos económicos necesariamente impida identificar a estos como “inversión”. Por lo menos en este contexto—contrato celebrado directamente con el Estado, cuyos beneficios obtiene el Estado—puede tenerse en cuenta la totalidad de los recursos comprometidos para ejecutar el Contrato. (La cuestión puede tener mayor relevancia con respecto al requisito de realización de una inversión “en el territorio” del Paraguay, que se examina en la sección siguiente, aunque también a ese respecto en definitiva no nos convence el argumento de que las actividades de la Demandante puedan dividirse y asignarse a lugares distintos).

⁵⁹ Véase *Salini c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 52.

103. La Demandante alegó también que aportó recursos de tiempo, recursos humanos y datos para capacitar a funcionarios aduaneros paraguayos y ayudar al Paraguay a modernizar su infraestructura aduanera. Sostuvo que la asistencia técnica preceptuada por el Contrato no se proporcionó (o, como mínimo, que la Demandante no probó que la hubiera proporcionado). En virtud de las conclusiones a las que arriba llegamos, no es necesario que resolvamos en este estadio la disputa fáctica en cuestión, ni nos basamos en la declaración de la Demandante de haber proporcionado asistencia técnica al Paraguay para llegar a nuestra conclusión de que SGS comprometió recursos en el Paraguay y para el Estado paraguayo.
104. En cuanto a duración, el Tribunal toma nota de que, muy al margen del hecho de que en el Contrato se prevé un plazo inicial de tres años y renovaciones automáticas salvo notificación de rescisión, no es objeto de controversia que la Demandante en efecto prestó servicios en virtud del Contrato por un período prolongado (casi tres años, según la Demandante). La Demandada objeta ese argumento señalando que el plazo de tres años previsto en el Contrato es en la práctica ilusorio, porque la Demandada tenía derecho a rescindir el Contrato según su conveniencia (y a rehusar renovarlo). Pero habida cuenta de la actividad real llevada a cabo por la Demandante durante un período prolongado está probado el elemento de la duración sin necesidad de un laborioso análisis de las disposiciones específicas del Contrato.
105. Con respecto al elemento de riesgo, aunque no es objeto de controversia que en virtud del Contrato la Demandante recibía una comisión mínima por cada inspección realizada, ese mínimo no hacía del Contrato una operación exenta de riesgo. El total de las comisiones pagaderas a la Demandante dependía del volumen y del valor de las importaciones efectuadas por el Paraguay, comisiones que podían superar o no el coste que representaba para la Demandante la prestación de los servicios. También existía riesgo para la Demandante como consecuencia de la competencia directa con BIVAC para la prestación de servicios de inspección para cargas destinadas al Paraguay. Si los importadores optaban por encomendar a BIVAC, y no a SGS, la realización de las inspecciones, el volumen de las inspecciones de SGS podría no ser suficiente para cubrir los costes de SGS⁶⁰. En consecuencia, el Tribunal tiene la convicción de que contrariamente a lo aducido por la

⁶⁰ Véase Dúplica de la Demandante, párrafos 30-31.

Demandada, la Demandante soporta los riesgos—de ganancias o pérdidas—de la “participación en el resultado de la inversión”⁶¹ [traducción al español del Tribunal].

106. Finalmente, con respecto al factor consistente en una contribución al desarrollo económico (o, alternativamente, a la economía) del Estado receptor⁶², el Tribunal advierte que ese elemento se cumple, dado el objeto del propio Contrato, tal como se expresa en el texto de su preámbulo, según el cual el Ministerio celebró el Contrato con el objetivo de optimizar el volumen de las recaudaciones impositivas y mejorar los mecanismos para el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, aspectos ambos que benefician al Estado, cuando menos porque representan una contribución a las arcas públicas. El análisis no depende, contrariamente a lo sostenido por la Demandada, de un cálculo aritmético, en el balance, acerca de si el Paraguay pagó a SGS más o menos de lo que había obtenido en concepto de aumento de ingresos tributarios. En la medida en que se trata de una cuestión de desarrollo, la propia Demandada caracterizó los servicios de SGS y BIVAC como constitutivos de una “medida de transición” que había de usarse hasta tanto el Estado llegara al punto en que “las autoridades aduaneras nacionales... puedan llevar a cabo estas tareas por sí [mismas]”⁶³, en otros términos, hasta que el Estado adquiriese suficiente capacidad. No es exagerado concebir la “medida de transición” (el Contrato) como instrumento que facilita y contribuye a ese proceso, no sólo por la asistencia técnica (cuya existencia y suficiencia es una cuestión en disputa entre las Partes), sino también por los propios servicios de inspección y certificación. En la medida en que la cuestión consiste en contribuir a la economía, la actividad económica de la Demandante en el Paraguay y en beneficio de ese país es prueba suficiente de esa contribución. [Las citas de este párrafo son traducciones al español del Tribunal]
107. El presente análisis ilustra la necesidad de especial cautela antes de recurrir, en especial, a este criterio. Si un tribunal considerase necesario detectar transacciones aberrantes ajenas a un

⁶¹ Réplica de la Demandada, párrafo 18. En consecuencia no es necesario que el Tribunal considere la cuestión de si, tal como sostiene la Demandante, la garantía de cumplimiento de US\$250.000 proporcionada al Ministerio también reflejaba el tipo de riesgo que recaía sobre SGS y que debiera tenerse en cuenta a los efectos del elemento de “riesgo” del caso *Salini*.

⁶² Véase *Phoenix Action*, Laudo, párrafo 85 (en que se alega que es imposible determinar una contribución “al desarrollo” del Estado receptor, por lo cual un requisito más apropiado es el de una contribución a la “economía” de dicho Estado).

⁶³ Réplica de la Demandada, párrafo 39.

concepto razonable de inversión, los primeros tres criterios—recursos, duración y riesgo—parecerían cumplir plenamente ese objetivo. El criterio de la contribución al desarrollo, en cambio, parecería reflejar las consecuencias de los tres primeros criterios, lo que aporta escaso contenido independiente de análisis⁶⁴. Al mismo tiempo invita a un tribunal a realizar una investigación *post hoc* de las estimaciones de negocios, económicas, financieras y/o de políticas que hayan promovido las actividades de la Demandante, lo que constituye una forma de investigación retrospectiva que no sería apropiada para orientar el análisis sobre la jurisdicción de un tribunal.

108. En resumen, el Tribunal no considera las características de las inversiones especificadas en el caso *Salini* como un elenco definitorio, ni cree necesario siquiera constatar la concurrencia de esos elementos aquí, a falta de indicios de que la definición de inversión contenida en el TBI sea excesivamente amplia. A pesar de ello, ha examinado los elementos del caso *Salini* a la luz de los amplios escritos presentados por las Partes sobre la cuestión. El Tribunal concluye que todos esos elementos están presentes en las inversiones por las que reclama la Demandante.

2. En el territorio

109. Como ya se señaló, el Artículo 2(1) del TBI especifica que el Tratado sólo se aplica a “inversiones en el territorio” del Estado receptor (aquí, el Paraguay)⁶⁵. La Demandada objeta que SGS cumplió el Contrato principalmente fuera del territorio del Paraguay, y que las reclamaciones de SGS guardan relación con la falta de pago de esos servicios prestados en el exterior, y no con ninguna lesión experimentada por los activos de SGS en el Paraguay. La Demandada sostiene, en consecuencia, que este Tribunal carece de jurisdicción para conocer sobre reclamaciones de la Demandante, que no corresponden a una inversión en el territorio del Paraguay.
110. El tema puede estar interrelacionado con la cuestión (arriba mencionada) de si la naturaleza de la inversión es tal que esté protegida conforme al TBI y sujeta a la aplicación de

⁶⁴ Al parecer el cuarto criterio (contribución al desarrollo económico del Estado receptor) fue propuesto originalmente como una alternativa más flexible a los tres primeros criterios. No obstante, el tribunal del caso *Salini* y los siguientes lo han agregado como cuarto requisito de la prueba definitoria. Véase Gaillard, *Identify or Define?*, págs. 405-06.

⁶⁵ Tratado, Artículo 2(1).

mecanismos de solución de diferencias en el marco del Convenio del CIADI. Si un tribunal encuentra ocasión de adentrarse en la consideración de los elementos del caso *Salini*, el primero de ellos se articula, habitualmente, en torno a contribución de recursos *en el Estado receptor*⁶⁶. Desde una perspectiva analítica, en cambio, es más apropiado abordar la cuestión por separado, tanto más cuanto que en el presente caso el propio TBI impone un requisito territorial que se agrega al de la “inversión” (en lugar de integrarlo).

111. La Demandada objeta, principalmente, que la actividad preponderante de la Demandante conforme al Contrato tuvo lugar fuera del territorio del Paraguay, en relación con las actividades de inspección que realizó en el exterior. La Demandada señala que el Contrato establece específicamente que su objeto consiste en “servicios ... a ser prestados en el exterior”⁶⁷. Aun reconociendo la existencia de oficinas de enlace de SGS en el Paraguay, la Demandada sostiene que el Contrato no imponía la obligación de utilizar oficinas dentro del territorio paraguayo, y que las actividades de esas oficinas tenían un carácter incidental o accesorio con respecto a la actividad principal de SGS, consistente en la realización de inspecciones en otros países. Además la Demandada sostiene que las reclamaciones de la Demandante giran en torno a la supuesta omisión de pago de los servicios realizados en el exterior, y no a actos y omisiones que afecten a las actividades de SGS en el interior del país (como ocurriría, por ejemplo, si SGS reclamara por una expropiación de la oficina de enlace en Asunción). Por lo tanto, a juicio de la Demandada, las reclamaciones de la Demandante no surgen de inversiones realizadas en el territorio del Paraguay.
112. La Demandante sostiene que prestó servicios al Paraguay e incurrió en gastos en ese país conforme al Contrato, entre otras cosas en relación con la oficina de enlace en Asunción y los empleados que allí trabajaban, y con la capacitación de funcionarios paraguayos y la creación de una base de datos aduaneros. Además, esos servicios estaban encaminados a aumentar los ingresos aduaneros del Paraguay, y sus efectos se hicieron sentir únicamente en el Paraguay. A juicio de la Demandante esas actividades realizadas en el territorio del Paraguay, especialmente unidas al hecho de que los beneficios de las actividades llevadas a

⁶⁶ La propia decisión del caso *Salini* hizo referencia exclusivamente a “contribuciones”. *Salini c. Marruecos*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 52-53.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, Preámbulo, disposición referente a la “Naturaleza y Objeto del Contrato”, Contrato, DP C-4).

cabo en el exterior se hacían sentir en el Paraguay, bastan para constituir inversiones “en el territorio” del Paraguay, cubiertas por el Tratado y sus mecanismos de protección.

113. A juicio del Tribunal el enfoque de la Demandada se basa en un parcelamiento de las inversiones y las actividades de SGS en el marco del Contrato que no resulta defendible. Al igual que el tribunal del caso *SGS c. Filipinas*⁶⁸, este Tribunal no considera congruente con los hechos presentados subdividir las actividades de la Demandante en servicios prestados en el exterior y servicios prestados en el Paraguay, y luego atribuir exclusivamente a la primera categoría las reclamaciones de la Demandante. Las inspecciones llevadas a cabo por SGS en el exterior no se realizaban con fines independientes, sino para que la compañía pudiera proporcionar en el Paraguay un certificado de inspección final en que pudieran basarse las autoridades paraguayas para introducir bienes en el territorio aduanero del Paraguay y evaluar y recaudar el ingreso aduanero consiguiente. Esas inspecciones, y la información resultante transmitida a las oficinas de enlace en el Paraguay, eran operaciones indispensables para la expedición de los certificados finales en el Paraguay⁶⁹ y por lo tanto para generar los beneficios del Contrato que el Estado paraguayo obtenía.
114. No es objeto de controversia que como parte de esas operaciones entrelazadas en el marco del Contrato, SGS mantuvo varias oficinas en el Paraguay, incluida, en especial, una oficina de escala considerable en Asunción, en que estaba empleado un número significativo de personas. Independientemente de que el Contrato requiriera o no, o meramente contemplara, el funcionamiento de esas oficinas en el Paraguay⁷⁰, es el caso que la Demandante en efecto las utilizó en el Paraguay en relación con el Contrato, y que para

⁶⁸ Véase *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 100-101.

⁶⁹ La Demandada pretendió basarse en la distinción señalada en el caso *SGS c. Filipinas*, en que el tribunal indicó que el resultado pudo haber sido diferente si los certificados se hubieran expedido en el exterior, y no en el Estado receptor correspondiente. Véase *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 102. La Demandada sostuvo que en este caso SGS preparó sus certificados fuera del Paraguay. La Demandante respondió con pruebas que muestran que si bien los certificados se prepararon provisionalmente en otras jurisdicciones, esos borradores fueron examinados en el Paraguay y los certificados definitivos, en español, se expidieron en el Paraguay, en las oficinas de enlace. Habiendo examinado esa prueba, el Tribunal tiene la convicción de que los certificados finales se expidieron en el Paraguay, aunque toma nota de que una conclusión contraria no lo habría obligado a inferir que SGS no hubiera realizado una inversión en el Paraguay.

⁷⁰ El Tribunal toma nota de que el Contrato prevé claramente que SGS establecería una oficina de enlace: la Cláusula 3.4 especifica que SGS recibiría en su oficina de enlace diversos documentos relacionados con inspecciones para cada embarque, y la Cláusula 3.5 establece que el Ministerio ayudaría a SGS a obtener, *por ejemplo*, los permisos de trabajo que requiriera la oficina de enlace. Véanse las Cláusulas 3.4 y 3.5, Contrato (DP C-4).

realizar dicho uso introdujo fondos y recursos en el territorio del Paraguay. Nada indica en el TBI que el concepto de inversión en el territorio del Estado se limite exclusivamente a las inversiones que un Estado *exija* que se realicen en su territorio; abarca toda inversión que reuniendo los requisitos pertinentes simplemente *esté* en ese territorio.

115. Además, como la inversión de la Demandante no puede dividirse del modo que sostiene el Paraguay, tampoco es admisible el argumento de que esta diferencia no surge directamente de una inversión realizada en el territorio del Paraguay. Los servicios prestados por SGS en el Paraguay no eran separables o complementarios, sino que formaban parte de los servicios que SGS tenía la expectativa de que se le pagaran en virtud del Contrato. Aunque fuera posible parcelar los servicios del modo que indica la Demandada, a la luz de los hechos presentados no es plausible sostener que la supuesta falta de pago por parte del Paraguay guarde relación exclusivamente con los servicios prestados por SGS en el exterior. SGS sostiene que sus facturas para los períodos posteriores a junio de 1996 (con una sola excepción) quedaron totalmente impagadas. Paraguay no ha alegado que hubiera pagado aquella parte de esas facturas que fuera atribuible a servicios prestados dentro de su territorio y al mismo tiempo dejara impagadas exclusivamente las partes atribuibles a servicios prestados en el exterior del Paraguay. Por lo tanto, el Tribunal considera que a los efectos de los requisitos sobre jurisdicción del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI las reclamaciones de la Demandante cumplen el requisito de constituir una “diferenci[a] de naturaleza jurídica que sur[ge] directamente de una inversión”.
116. El Tribunal opina además que la designación, en el Contrato, de los servicios de SGS como prestados en el exterior no altera el análisis. La Demandante alegó razonablemente que el texto del Contrato reflejaba el acuerdo de las partes según el cual SGS estaría exenta de impuestos en el Paraguay. Es evidente que el tratamiento impositivo interno al que la inversión de SGS se sometía no es un factor determinante de la ubicación territorial de la inversión a los efectos del TBI. Ambas cuestiones surgen en el marco de ordenamientos jurídicos claramente diferentes. El tribunal del caso *SGS c. Filipinas* explicó sucintamente que “[l]a cuestión del tratamiento impositivo de las inversiones es un asunto de derecho interno, con su propio régimen de normas acerca del lugar de percepción de un ingreso, lo que

constituye un régimen claramente diferente del previsto en el TBI”⁷¹ [traducción al español del Tribunal].

117. Tomamos nota de que nuestra conclusión es congruente con la de los tres tribunales que han examinado similares regímenes contractuales en el marco de diferencias planteadas en virtud de tratados de inversión. En el caso *SGS c. Pakistán* el tribunal sostuvo que una inversión basada en servicios de preinspección similares se encontraba “en el territorio del Estado receptor” porque había habido una “inyección de fondos en el territorio de Pakistán para el cumplimiento de los compromisos asumidos por SGS en virtud del Acuerdo IPE”⁷². Como se ha señalado, el tribunal del caso *SGS c. Filipinas* insistió, análogamente, en que las actividades de SGS debían considerarse como un proyecto integrado, y que se realizaban, en parte suficiente, en el Estado receptor⁷³. Finalmente, en el caso *BIVAC c. Paraguay* el tribunal tuvo asimismo “pocas dificultades” para concluir, con respecto a un contrato prácticamente idéntico al que tiene ante sí el Tribunal en este caso, que BIVAC había realizado una inversión en el territorio del Paraguay a efectos del similar requisito de realización “en el territorio” del TBI Países Bajos-Paraguay⁷⁴. [Las citas de este párrafo son traducciones al español del Tribunal]

3. Hechas de acuerdo con la ley

118. El Artículo 2(1) del TBI limita aún más el alcance de la aplicación del Tratado, a inversiones “hechas de acuerdo con su legislación [en este caso, la del Paraguay], incluyendo los procedimientos de admisión eventuales”⁷⁵. Aunque el enunciado fue variando a lo largo de sus sucesivas alegaciones, la Demandada sostuvo directamente en su Réplica que la inversión de la Demandante no se había realizado conforme a la legislación paraguaya.
119. La Demandada basó esta objeción en la aseveración de que, por tratarse de un contrato de prestación de servicios, el Contrato no podía registrarse como inversión conforme a la Ley No. 60/90 del Paraguay, que proporciona determinados incentivos a la inversión de capital

⁷¹ *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 107.

⁷² Véase *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 136.

⁷³ *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 101.

⁷⁴ *BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 104.

⁷⁵ Tratado, Artículo 2(1).

(incluido capital extranjero), por lo cual, según la Demandada, no puede constituir una inversión conforme al derecho paraguayo. La Demandante insistió en que aun en el supuesto de que el Contrato no estuviera comprendido dentro de la órbita de las inversiones elegibles a los efectos del registro y la obtención de beneficios conforme a la Ley No. 60/90, el requisito del TBI de que una inversión debiera “[hacerse] de acuerdo con la legislación [de la Parte Contratante]” guarda relación con la legalidad, y no con la definición de la inversión. La Demandada sostiene, en cambio, que no intenta basarse en su derecho interno para “definir” el término inversión, el cual admite debe definirse, en cambio, con relación al TBI, pero sí insiste en que la ley establece los límites dentro de los cuales las inversiones (incluidas las que puedan identificarse como tales conforme al TBI) puedan considerarse realizadas “de acuerdo con” el derecho paraguayo.

120. El Tribunal no considera persuasiva la distinción formulada por la Demandada. Ésta confunde la *definición* de inversión con la *legalidad* de una inversión. Según la Demandada, como las inversiones de SGS no pueden registrarse de acuerdo con la Ley No. 60/90, no están “de acuerdo” con el derecho paraguayo. No obstante, ese argumento se basa necesariamente en una definición: la Demandada razona que el Contrato de SGS no puede registrarse según lo indicado porque no cumple la definición de inversión sujeta a registro de acuerdo con el derecho interno (la cual, según sostiene, excluye los contratos de prestación de servicios). Con ello, la Demandada trata en realidad de sustituir la definición de inversión que aparece en el TBI por la definición contenida en la Ley No. 60/90, enfoque que no podemos considerar compatible con nuestra obligación de interpretar y aplicar el propio Tratado.
121. Nuestro cometido no consiste en establecer si la inversión de la Demandante puede o no registrarse y recibir o no incentivos en el marco de la Ley No. 60/90, sino en determinar si la inversión está “hecha de acuerdo” con la legislación paraguaya, tal como requiere el Tratado. La Demandada no sostiene que el Contrato, conforme al derecho paraguayo, fuera inválido, ilegal o incorrecto por cualquier otra razón. De hecho, una manifestación de ese tipo sería sorprendente, ya que el Contrato se celebró *conforme al* derecho paraguayo, específicamente, al Decreto No. 12311. La Demandada tampoco sostiene que las actividades realizadas por SGS en el marco del Contrato (como las inspecciones aduaneras o el uso de oficinas de enlace en el Paraguay) fueran ilegales conforme al derecho paraguayo. Por lo tanto, no se

alega que los activos que este Tribunal ha calificado como “inversiones” de SGS en el sentido dado a ese término por el TBI hayan violado el derecho paraguayo. La Demandada tampoco sostiene que la Ley No. 60/90 configure un procedimiento preceptivo o exclusivo para la admisión de inversiones extranjeras en el Paraguay; no alega que las inversiones efectuadas fuera de los parámetros de esa ley no estén permitidas en el Paraguay.

122. Tampoco incide en nuestro análisis el argumento de la Demandada de que el TBI Suiza-Paraguay contenga ese requisito de estar “de acuerdo con la legislación [del Estado receptor]”, lo que no ocurre con otros TBI suscritos por el Paraguay (por ejemplo con Francia, Alemania y los Países Bajos)⁷⁶. Según la Demandada, esa diferencia refuerza la necesidad de aplicar aquí el Artículo 2(1). Muy al margen de toda distinción que se aduzca entre diferentes tratados celebrados por el Paraguay, el hecho es, sin embargo, que la interpretación de este Tribunal, como corresponde, *efectivamente* hace aplicable aquí el Artículo 2(1), al exigir que una inversión no sea ilegal o carezca de validez en el momento en que se efectúe. La interpretación del Tribunal no confiere al Artículo 2(1) el efecto más genérico que la Demandada habría deseado que le atribuyéramos, pero esto no significa que la disposición de que se trata quede desprovista de *effet utile*.
123. A juicio del Tribunal, el objeto de la disposición “de acuerdo con la legislación [del Estado receptor]” del Artículo 2(1) consiste en privar de los beneficios del Tratado a inversiones que infrinjan el ordenamiento del Estado receptor vigente a la fecha en que se haya efectuado la inversión, situación cuya existencia no se aduce aquí⁷⁷. En consecuencia, se rechaza la excepción a la jurisdicción formulada por la Demandada con ese fundamento.

⁷⁶ Véase Réplica de la Demandada, párrafo 69.

⁷⁷ Esta situación, por lo tanto, difiere, por ejemplo, de la que tuvo ante sí el tribunal del caso *SGS c. Pakistán*. En ese caso, Pakistán puso en duda la licitud de los actos de SGS al celebrar el contrato de servicios de inspección, que eran objeto de procesos en Suiza y Pakistán; licitud que, si se descartara, podría ser el fundamento de excepciones a la jurisdicción del tribunal basadas en que SGS no hubiera invertido “conforme a las leyes y reglamentos” [traducción al español del Tribunal] de Pakistán, como requería el TBI Suiza-Pakistán. (El tribunal postergó la consideración del asunto, ya que a esa altura solo existían *potenciales* alegaciones de ilegalidad). Véase *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 141-43.

V. JURISDICCIÓN SOBRE LAS RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE TAL COMO SE FORMULAN

124. A continuación pasamos de la consideración de algunos de los límites específicos establecidos en materia de jurisdicción por el TBI y el Convenio del CIADI a excepciones sobre jurisdicción de la Demandada de naturaleza más amplia, y según las cuales la Demandante no habría enunciado reclamaciones basadas en el Tratado con respecto a las cuales este Tribunal tenga jurisdicción, o que sean admisibles.

A. Reclamaciones contractuales e impacto de la cláusula del Contrato sobre selección de foro

125. Sin embargo, antes de examinar las específicas disposiciones sustantivas del Tratado sobre las que la Demandante ha articulado sus reclamaciones, es apropiado, en primer término, considerar una cuestión que puede afectar a todas las reclamaciones: que la naturaleza contractual de las reclamaciones y, en consecuencia, la cláusula del Contrato sobre selección de foro, veten la jurisdicción de este Tribunal.

126. La Demandada ha objetado, en muchas variantes y formas, que este Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la diferencia en virtud de lo dispuesto por la Cláusula 9 del Contrato, que establece 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”. A juicio de la Demandada las reclamaciones de la Demandante son, fundamentalmente, reclamaciones por incumplimiento del Contrato, con respecto a lo cual la Cláusula 9 del Contrato confiere jurisdicción exclusiva a los tribunales del Paraguay.

127. La Demandante alega que la cláusula del Contrato sobre elección de foro no priva de jurisdicción al Tribunal, ya que aquella no ha formulado ninguna reclamación basada en el Contrato, sino que se ha limitado a plantear reclamaciones por incumplimiento del TBI. La Demandante reconoce que, como cuestión de hecho, los actos y omisiones que sirven de base a sus reclamaciones fundadas en el TBI pueden constituir también incumplimientos del Contrato por parte del Paraguay, pero subraya la distinción entre reclamaciones contractuales y reclamaciones basadas en tratados enumerada por tribunales anteriores, y alega que ambos

- tipos pueden coexistir y ser objeto de procedimientos de solución de controversias independientes.
128. A juicio del Tribunal la distinción entre reclamaciones basadas en tratados y reclamaciones basadas en contratos está muy consolidada, y lleva a rechazar la principal excepción de la Demandada en el presente caso. La Demandante ha formulado reclamaciones por incumplimiento del TBI Suiza-Paraguay: aduce que SGS sufrió un tratamiento injusto y contrario a la equidad, en violación del Artículo 4(2) del TBI; que experimentó dificultades para el uso y disfrute de su inversión, en virtud de medidas indebidas y discriminatorias de las autoridades del Paraguay, que violaron el Artículo 4(1) del TBI; y que la República del Paraguay no garantizó la permanente observancia de las obligaciones que había contraído con respecto a las inversiones de SGS, infringiendo así el Artículo 11 del TBI.
129. La Demandante no ha solicitado a este Tribunal que se pronuncie sobre reclamaciones efectuadas por SGS en virtud del Contrato, por incumplimiento de este último. Tomamos nota, de soslayo, que las disposiciones del Tratado sobre solución de controversias pueden considerarse lo suficientemente amplias como para que la Demandante hubiera formulado esa solicitud: en el Artículo 9 se prevé la solución de “controversias relativas a las inversiones entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante”, y como se infiere del análisis efectuado en la sección IV.A, *supra*, el Artículo 9(2) contiene el consentimiento del Paraguay al arbitraje internacional de una controversia de ese género. El texto relativo a los tipos de “controversias relativas a las inversiones” que un inversionista suizo puede plantear contra la República del Paraguay no está sujeto a condiciones o limitaciones. Según el sentido ordinario de su texto, la Cláusula 9 parecería conferir jurisdicción a este Tribunal para conocer de reclamaciones por violación de los derechos de la Demandante en virtud del Contrato—seguramente una controversia “relativa a” la inversión de la Demandante—si esta hubiese optado por traerlas a nuestra consideración. Pero la Demandante no lo ha hecho.
130. Naturalmente, resulta evidente que varias de las reclamaciones formuladas por la Demandante en virtud del Tratado obedecen al supuesto incumplimiento por la Demandada de su obligación de hacer frente al pago de servicios prestados por SGS en el marco del Contrato, lo cual puede (o no) constituir también un incumplimiento contractual, pero no

estamos llamados a pronunciarnos sobre esa cuestión como tal, sino a establecer si las actuaciones de la Demandada tales como su supuesta omisión de pago, conculcan los artículos del Tratado anteriormente mencionados. Al hacerlo, estamos actuando en sintonía con la muy consolidada jurisprudencia relativa a la distinción entre reclamaciones basadas en contratos y reclamaciones basadas en tratados.

131. En el caso *Vivendi I* el comité *ad hoc* describió atinadamente esta distinción:

[S]on cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencia a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato . . .⁷⁸.

El comité tomó nota con acierto de que “[u]n estado puede violar un tratado sin violar un contrato, y *vice versa*”⁷⁹. También es posible que el mismo acto del Estado viole tanto el tratado como un contrato, pero en el presente caso se nos pide que consideremos exclusivamente la primera cuestión.

132. Otras decisiones de tribunales de arbitraje sobre tratados de inversiones coinciden con lo expuesto. El tribunal del caso *SGS c. Pakistán* declaró: “[c]omo cuestión de principio general, el mismo conjunto de hechos puede dar lugar a diferentes reclamaciones basadas en ordenamientos jurídicos divergentes: el interno y el internacional”⁸⁰ [traducción al español del Tribunal]. Análogamente, en el caso *Impregilo c. Pakistán* el tribunal declaró: “contrariamente al enfoque de Pakistán en el presente caso, el hecho de que un incumplimiento pueda dar lugar a una reclamación basada en un contrato no impide que además – y separadamente – pueda dar lugar a una reclamación basada en un tratado. Aunque ambas coincidan perfectamente, siguen siendo analíticamente diferentes y requieren distintos procesos indagatorios”⁸¹ [traducción al español del Tribunal]. Y el tribunal del caso *Azurix* estableció claramente que las reclamaciones basadas en el cumplimiento de contratos

⁷⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002, párrafo 96 (“*Vivendi I*, Anulación”).

⁷⁹ *Vivendi I*, Anulación, párrafo 95.

⁸⁰ *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 147.

⁸¹ *Impregilo c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 258.

no están excluidas por ello de la esfera de los tratados: “Aunque la diferencia, tal como la presenta la Demandante, pueda requerir que se interpreten o analicen hechos relacionados con la ejecución del Contrato de Concesión, el Tribunal considera que, en la medida en que esas cuestiones sean relevantes, el incumplimiento de las obligaciones de la Demandada de conformidad con el APPRI, no pueden *per se*, transformar la diferencia en virtud de lo dispuesto en el APPRI en una diferencia contractual”⁸².

133. La Demandada ha insistido en que adoptar y aplicar aquí esta distinción entre reclamaciones basadas en tratados y reclamaciones basadas en contratos equivale a acceder, de forma inadecuada, a la mera “rotulación”, hecha por la Demandante, de sus reclamaciones. Según la Demandada, el Tribunal “no tiene por qué aceptar sin crítica alguna la caracterización, por parte de SGS, de su reclamación como violación del tratado”⁸³ [traducción al español del Tribunal]. La Demandada pretende que examinemos las reclamaciones de la Demandante y concluyamos en que consisten, en realidad, en reclamaciones contractuales que se hacen pasar como reclamaciones basadas en el TBI.
134. A juicio de la Demandada las razones por las cuales las reclamaciones han sido caracterizadas, como corresponde, como estrictamente contractuales, es que la Demandante ha alegado exclusivamente el incumplimiento de obligaciones contractuales (principalmente la obligación de efectuar el pago). La Demandada sostiene que el incumplimiento de un contrato por parte de un Estado no puede, sin más, dar lugar al incumplimiento de un TBI; la Demandante debe demostrar (y a juicio de la Demandada no ha demostrado) algo más: la interferencia de un poder soberano, *jure imperii*, actos que vayan más allá del comportamiento ordinario de una contraparte comercial.
135. El Tribunal toma nota, a este respecto, de la dificultad que supone trazar una línea entre el incumplimiento comercial ordinario de un contrato y actos de interferencia de un poder soberano o *jure imperii*, especialmente en el contexto de un contrato celebrado directamente con un órgano del Estado (en este caso, el Ministerio de Hacienda). Lógicamente, se puede caracterizar como “acto soberano” todo acto de un Estado soberano, incluidos los realizados

⁸² *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de diciembre de 2003, párrafo 76 (“*Azurix c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción”).

⁸³ Réplica de la Demandada, párrafo 79.

por un Estado para dejar de cumplir o rescindir contratos de los que sea parte. Por lo tanto es difícil establecer una base sobre la cual los actos del Estado, exclusivamente porque se producen en el contexto de un contrato o de una transacción comercial, de algún modo dejan de ser actos del Estado, con respecto a los cuales éste pueda ser considerado internacionalmente responsable.

136. De todos modos, y en este estadio, el Tribunal no tiene necesidad de decidir la cuestión, ni tampoco puede hacerlo, de si la Demandante ha probado un incumplimiento del Tratado. Como explicamos en la sección III.B, *supra*, el umbral, en la etapa relativa a la jurisdicción, consiste en establecer si los hechos alegados por la Demandante, si se probaren, podrían dar lugar a una reclamación en el marco del Tratado. La Demandante sostiene que ha alegado en suficiente medida la existencia de actos “soberanos” en relación con incumplimiento contractual. La Demandada niega ese aserto. La resolución de esa diferencia se reserva, como corresponde, para el momento en que ambas Partes hayan presentado todas sus pruebas y argumentos.
137. Volviendo a la cuestión de si la Demandante ha articulado adecuadamente reclamaciones en el marco del Tratado (y no del Contrato), este Tribunal, como el del caso *SGS c. Pakistán*, en general opina que “en esta fase relativa a la jurisdicción, es la Demandante la que tiene la carga de caracterizar las reclamaciones como lo crea apropiado”⁸⁴ [traducción al español del Tribunal]. Tal como observó el comité *ad hoc* en el caso *Vivendi I*, “[l]e estaba permitido a las demandantes sostener, y en efecto sostuvieron, que estos actos [violatorios del derecho administrativo o del contrato] tomados en su conjunto, o algunos de ellos, implicaron un incumplimiento de los Artículos 3 y/o 5 del TBI [Francia-Argentina]”⁸⁵. Análogamente, en el presente caso la Demandante es libre de sostener que los actos u omisiones de las autoridades paraguayas—violatorios (o no) del Contrato—también infringieron las disposiciones del TBI Suiza-Paraguay. La cuestión de si la Demandante ha logrado enunciar reclamaciones basadas en los referidos artículos que sean jurídica y fácticamente adecuadas a efectos de jurisdicción será abordada por este tribunal reclamación por reclamación, en la sección V.B, *infra*.

⁸⁴ *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 145.

⁸⁵ *Vivendi I*, Anulación, párrafo 112.

138. Dado que el Tribunal no hace suya la posición de la Demandada según la cual las reclamaciones de la Demandante son contractuales y no basadas en el tratado, la cláusula contractual sobre elección de foro no es pertinente. En otros términos, si la Demandante no hubiera formulado reclamaciones por incumplimiento del Tratado y sí sólo reclamaciones por incumplimiento del Contrato, nos veríamos confrontados con cuestiones diferentes, incluida la de la relación entre la Cláusula 9 del Contrato (que prevé que la resolución de controversias contractuales está a cargo de los tribunales de la Ciudad de Asunción) y el Artículo 9 del TBI (que prevé la resolución de “controversias relativas a las inversiones”). Aquí, en cambio, admitimos que la Demandante ha formulado reclamaciones basadas en el Tratado, por lo cual la cuestión que tenemos ante nosotros consiste simplemente en establecer si una cláusula contractual de elección de foro puede privar a este Tribunal de jurisdicción para conocer sobre reclamaciones por incumplimiento del Tratado. La respuesta es indudablemente negativa.
139. Sobre este punto, tanto el tribunal del caso *Vivendi I* como el comité de anulación de ese mismo caso fueron unánimes. Según el tribunal, una cláusula contractual de elección de foro “no desposee a este Tribunal de jurisdicción para conocer de este caso, porque dicha disposición no constituye ni pudo constituir una renuncia por parte de [la demandante] de sus derechos bajo el artículo 8 del TBI para plantear las reclamaciones actualmente pendientes en contra de la República Argentina”⁸⁶. “No se puede considerar que [la cláusula de elección de foro] del Contrato de Concesión impide que el inversor proceda bajo el Convenio del CIADI en contra de la República Argentina con una reclamación que le imputa a la República Argentina una violación del TBI Argentina-Francia”⁸⁷.
140. El comité *ad hoc*, por su parte, manifestó:

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 a causa de que esta pudo o debió haber sido conocida por un tribunal nacional. En tal caso, el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es el regido por el Convenio del

⁸⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 21 de noviembre de 2000, párrafo 53 (“*Vivendi I*, Laudo”).

⁸⁷ *Vivendi I*, Laudo, párrafo 54.

CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes sobre derecho interno.

Más aún, el Comité no entiende cómo, si hubiera habido un incumplimiento del TBI en el presente caso (una cuestión de derecho internacional), la existencia de la cláusula 16 (4) del Contrato de Concesión pudiera haber impedido su caracterización como tal. Un Estado no puede apoyarse en una cláusula de jurisdicción exclusiva para evitar la caracterización de su conducta como internacionalmente ilícita bajo un tratado⁸⁸.

141. Y asimismo explicó:

[C]uando la “base fundamental de la reclamación” es un tratado que sienta una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre la demandante y el Estado demandado o una de sus subdivisiones no puede operar como impedimento a la aplicación de la norma del tratado⁸⁹.

142. Como avance del análisis de las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 11 del Tratado, que realizaremos en la sección V.B.3, *infra*, tomamos nota de que a nuestro juicio esta regla se aplica con igual fuerza en el contexto de una cláusula de observancia de compromisos (“cláusula paraguas”). Se ha sostenido que si la violación de tal cláusula se toma como premisa de la inobservancia de un compromiso *contractual*, no puede decirse (en las palabras del comité de anulación del caso *Vivendi I*) que la “base fundamental de la reclamación’ es un tratado que sienta un criterio independiente por el cual ha de juzgarse la conducta de las partes”, ya que para ese tipo de reclamación basada en una cláusula paraguas el tratado no aplica ningún criterio jurídico independiente del contrato. No obstante, ese

⁸⁸ *Vivendi I*, Anulación, párrafos 102-03.

⁸⁹ *Vivendi I*, Anulación, párrafo 101. A la inversa, de acuerdo con el comité *ad hoc* del caso *Vivendi I*, “[e]n un caso donde la base esencial de una reclamación sometida a un tribunal internacional es el incumplimiento de un contrato, el tribunal dará efecto a cualquier cláusula válida de elección de foro en el contrato”, *Vivendi I*, Anulación, párrafo 98. El comité formuló esa declaración basándose en el caso *Woodruff*, en que se declinó la jurisdicción sobre la base de una dispensa contractual de derechos internacionales que permitían reclamar contra el Estado. Véase *Vivendi I*, Anulación, párrafos 97-99 (en que se cita el *Caso Woodruff*, IX Rep. of Int’l Arb. Awards 213 (1903) (Comisión mixta estadounidense-venezolana) (“Caso *Woodruff*”). Como hemos señalado, como la Demandante del presente caso formula reclamaciones basadas exclusivamente en el Tratado, no tenemos ocasión de abordar este aspecto del análisis del comité del caso *Vivendi I*.

argumento no tiene en cuenta que la obligación del Estado de cumplir sus compromisos, contractuales u otros, es el Tratado. Aunque la constatación del supuesto incumplimiento de la obligación basada en el tratado dependa de la prueba de incumplimiento de un contrato u otro compromiso relevante, la fuente de la obligación citada por la Demandante, y por tanto la fuente de la reclamación, sigue siendo el propio tratado⁹⁰.

B. ¿La Demandante ha formulado reclamaciones sobre las que el Tribunal posee jurisdicción?

143. Nos referiremos a continuación a la cuestión de si la Demandante ha planteado adecuadamente reclamaciones por violación de los Artículos 4(2), 4(1) y 11 del Tratado.

1. Tratamiento justo y equitativo

144. Conforme al Artículo 4(2) del Tratado, “[c]ada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”. La Demandante sostiene que la Demandada ha transgredido esta obligación contenida en el Tratado.

145. La Demandada opuso una excepción a la jurisdicción del Tribunal para conocer de esta reclamación sosteniendo que aun cuando se probara en cuanto al fondo del asunto, lo alegado por la Demandante no representa incumplimiento del principio de tratamiento justo y equitativo. Un aspecto medular de la excepción opuesta por la Demandada es la premisa de que para respaldar una reclamación por incumplimiento del Tratado la Demandante debe alegar actos u omisiones que vayan más allá de los que podría realizar la contraparte ordinaria de un contrato. La Demandada arguye que la reclamación de la Demandante se basa en alegaciones de incumplimiento de obligaciones de pago en virtud del Contrato, y que un simple incumplimiento de ese género no prueba una quiebra del principio de tratamiento justo y equitativo.

146. El Tribunal considera que los hechos alegados por la Demandante, si se prueban, pueden estar comprendidos dentro de la esfera de aplicación de la disposición del TBI sobre

⁹⁰ Véase también el análisis en la sección V.B.3, *infra*.

tratamiento justo y equitativo. Primero, a juicio del Tribunal el incumplimiento, por parte de un Estado, de una obligación contractual de pago puede implicar la transgresión de un requisito de tratamiento justo y equitativo, por ejemplo, quizá, cuando la falta de pago equivale a la repudiación del contrato, la frustración de su finalidad económica o una privación sustancial de su valor. La cuestión de si se requiere algo más que una negativa ilícita a pagar, y de ser así qué más se requiere, para que prospere una reclamación por infracción del principio de tratamiento justo y equitativo, corresponde a la etapa de consideración del fondo del asunto.

147. Segundo, se acepte o no la premisa de la Demandada de que el incumplimiento de una obligación contractual de pago por parte de un Estado no puede representar por sí mismo el incumplimiento de un tratado, en el presente caso la Demandante alega algo más que falta de pago. Ciertamente es que, fundamentalmente, la Demandante sostiene que la Demandada, de forma arbitraria e injusta, rehusó retribuir a SGS servicios prestados y enriqueció injustamente al Estado al permitirle disfrutar de los beneficios de los servicios de SGS durante casi cuatro años sin realizar el pago. La Demandante sostiene que la Demandada incumplió de este modo el Tratado, al frustrar expectativas legítimas de SGS.
148. Pero si bien la Demandante sostiene que SGS tenía derecho a esperar que el Paraguay cumpliera el Contrato y el derecho paraguayo, y que le fueran retribuidos los servicios prestados al Estado en virtud del Contrato, la reclamación basada en el Artículo 4(2) formulada por la Demandante no se basa exclusivamente en ello. Además de esta expectativa básica de cumplimiento del Contrato, la Demandante sostiene que también tenía legítimas expectativas específicas basadas en múltiples manifestaciones escritas y orales supuestamente efectuadas a SGS por el Paraguay, mediante las cuales, según la Demandante, el Estado reconoció la deuda que mantenía y prometió que cumpliría el Contrato y efectuaría el pago. Según la Demandante esas expectativas se vieron frustradas cuando el Paraguay faltó al cumplimiento de todos sus supuestos compromisos.
149. La Demandante sostiene también, en general, que la Demandada actuó de mala fe, caprichosa y arbitrariamente y en forma no transparente con respecto a SGS. Afirma, en especial, que la Demandada sometió a SGS a investigaciones administrativas ilegítimas, carentes, según la Demandante, de fundamento jurídico o fáctico, y tendientes a frustrar o

demorar pagos que debían efectuarse a SGS. Según la Demandante esas investigaciones administrativas internas carecieron de transparencia, fueron inoportunas e innecesarias y, también en este caso, incongruentes con diversos supuestos actos de reconocimiento, por parte de autoridades paraguayas, de la deuda frente a SGS, realizados mientras tenían lugar las investigaciones.

150. Naturalmente, nuestra reseña de esas alegaciones no refleja opinión alguna, de parte del Tribunal, acerca de su veracidad ni de si la Demandante podrá probarlas en la etapa relativa al fondo del asunto. La cuestión consiste, simplemente, en que la alegación de la Demandante de que el Paraguay la sometió a un tratamiento injusto o inicuo no se limita al mero impago en infracción del Contrato. Por lo tanto está ausente la premisa necesaria de la excepción opuesta por la Demandada: que la Demandante se haya limitado a alegar falta de pago. En consecuencia corresponde rechazar la excepción sobre jurisdicción opuesta por la Demandada con este fundamento.
151. Por las dos razones que anteceden el Tribunal considera probado que la Demandante ha cumplido —en esta etapa— los requisitos para presentar una reclamación por incumplimiento del Artículo 4(2) del TBI, así como que la reclamación de la Demandante sobre tratamiento justo y equitativo deberá estudiarse en la etapa relativa al fondo del asunto.

2. Medidas indebidas y discriminatorias

152. El Artículo 4(1) del Tratado impone a “[c]ada Parte Contratante...[la obligación de no obstaculizar], con medidas indebidas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, el crecimiento, la venta y, si fuera el caso, la liquidación de dichas inversiones”. La Demandante sostiene que la Demandada, a través de medidas indebidas y discriminatorias, obstaculizó el uso y disfrute, por parte de SGS, de las inversiones por esta realizadas, en violación del citado mecanismo de protección del Tratado.
153. Las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 4(1) reposan en muchas de las alegaciones fácticas del mismo contenido que se analizan en relación con el Artículo 4 (2), *supra*. No obstante, la Demandante centra la atención en lo que considera como el carácter

supuestamente injustificado de los actos y omisiones de la Demandada, es decir en el calificativo “indebidas” contenido en la disposición del Artículo 4(1) arriba citada⁹¹.

154. La Demandante sostiene, por lo tanto, que la supuesta decisión del Paraguay de no cumplir el Contrato fue injustificada e irrazonable, y que se adoptó con fines políticos y de mala fe. La Demandante sostiene que, análogamente, la continua negativa de la Demandada de pagar la deuda a SGS también careció de razonabilidad dados los supuestos actos repetidos de reconocimiento, por parte de las autoridades paraguayas, de la existencia y del monto de la deuda pendiente, y a la luz de los supuestos resultados de las propias investigaciones internas del Paraguay referentes al Contrato. En este orden de ideas la Demandante alega, por ejemplo, que el Ministerio de Hacienda rehusó deliberadamente el desembolso de sumas consignadas en el presupuesto nacional para la realización de pagos a SGS, y que esa medida prueba que la omisión por el Gobierno del pago a SGS se basó en razones políticas.
155. La Demandante alega también que el impago por la Demandada constituyó un incumplimiento del Artículo 4(1), porque violó el derecho interno paraguayo y el derecho internacional. Manifiesta asimismo que las investigaciones administrativas instadas por la Demandada carecieron de justificación fáctica o jurídica, y que la supuesta negativa de la Demandada a dar cumplimiento a las conclusiones de sus propios informes internos constituyó una transgresión intencionada del principio de proceso debido.
156. La Demandada objetó que la Demandante no adujo ninguna medida indebida o discriminatoria que perjudicara su inversión. No obstante, la mayoría de las excepciones formuladas por la Demandada en esta instancia se basaron en los hechos mismos, y no en una supuesta insuficiencia de alegaciones fácticas de la Demandante. Por ejemplo, la Demandada sostuvo que la supuesta deuda frente a SGS no fue reconocida y que los informes internos citados por la Demandante no son vinculantes conforme a la legislación paraguaya. Sobre esa base, la Demandada sostuvo que no carecía de razonabilidad que la Demandada se abstuviera de pagar las sumas reclamadas por SGS. Alegó, como ejemplo

⁹¹ Tanto la Demandante como la Demandada parecen coincidir en cuanto a la sinonimia de los adjetivos “indebidas y discriminatorias”, contenidos en el Artículo 4(1) y el de “arbitrarias”. De hecho, en el escrito de Dúplica de la Demandante incluso se usa el encabezamiento “Medidas indebidas y arbitrarias” para el análisis de su reclamación basada en el Artículo 4(1). El Tribunal no cuestiona ese enfoque, sino que se limita a señalar que la Demandante no ha presentado argumentos según los cuales los actos de la Demandada fueran discriminatorios en el sentido de que singularizaran a SGS como inversionista suizo (o por otra razón).

- adicional, que las investigaciones a SGS se justificaban por el coste que representaba el Contrato para el Paraguay y por la corrupción existente en el sector de las inspecciones pre-embarque.
157. Del mismo modo que la Demandante tendrá plenas posibilidades de presentar pruebas que respalden sus alegaciones fácticas, la Demandada las tendrá también para refutar esas alegaciones, todo lo cual se hará en la etapa de consideración del fondo del asunto. No obstante, las diferencias sobre los hechos no son fundamento adecuado para una excepción según la cual la Demandante no habría enunciado una reclamación suficiente conforme al Artículo 4(1) con respecto a la cual este Tribunal pueda ejercer jurisdicción. La cuestión de si las investigaciones realizadas por el Paraguay fueron justificadas o injustificadas, por ejemplo, es una cuestión propia de la etapa de consideración del fondo del asunto. En cambio a los efectos de asumir jurisdicción, la alegación de que esas investigaciones fueron injustificadas—y por ende supuestamente “indebidas”—basta para formular una reclamación procedente conforme al Artículo 4(1). En la medida en que la Demandada impugnó las reclamaciones de la Demandante sobre los hechos basadas en el Artículo 4(1), los argumentos de la Demandada no presentan obstáculos a la jurisdicción de este Tribunal.
158. Incluso las excepciones basadas en la suficiencia de las reclamaciones de la Demandante (y no en el rechazo de las alegaciones fácticas de la Demandante) están también ligadas con aseveraciones fácticas y jurídicas que deben resolverse en la etapa de consideración del fondo del asunto. La Demandada sostiene, por ejemplo, que la deuda reclamada por SGS no es líquida, por lo cual la Demandante no puede haber sufrido ningún detrimento, ya que el Paraguay no ha rechazado el pago tras una sentencia definitiva dictada en su contra. De hecho, esto hace necesario evaluar la cuestión de si el supuesto impago, por parte del Paraguay, es excusable, cuestión que evidentemente corresponde abordar en la etapa relativa al fondo del asunto.
159. Análogamente, tampoco excluye la jurisdicción del Tribunal la excepción opuesta por la Demandada en el sentido de que no haber incluido en el presupuesto nacional del Paraguay la supuesta deuda constituye tan sólo una omisión de pago, y no un acto *jure imperii*. Como se señaló, el Tribunal duda de si el incumplimiento, por parte de un Estado, de su obligación contractual de realizar un pago carece necesariamente de naturaleza *jure imperii*, o (expresado

en forma diferente) si se requiere una demostración adicional de *jure imperii*. Pero aunque hubiera de llegarse a la conclusión de que el *jure imperii* es necesario, la respuesta a la cuestión de si ese elemento concurría o no aquí dependería de investigaciones, por ejemplo con respecto a la naturaleza del proceso de presupuestación del Paraguay, que rebasan los límites de un análisis sobre jurisdicción. En esta etapa basta establecer que los supuestos episodios relativos al presupuesto podrían dar lugar (lo que quizá dependería de sus detalles) a una reclamación por tratamiento indebido o arbitrario.

160. La Demandada también sostuvo que la Demandante no puede alegar ninguna violación del principio de proceso debido, porque SGS nunca pretendió la tutela de los tribunales del Paraguay. Independientemente de que resulte o no persuasivo el argumento de que el principio de proceso debido sólo resulta aplicable en procedimientos judiciales, como sostuvo la Demandada⁹², este argumento sencillamente se basa en exceso en la utilización incidental, por parte de la Demandante, de la fórmula “proceso debido”. En esencia, la Demandante sostiene que el comportamiento de la Demandada—es decir la falta de pago pese a los supuestos informes gubernamentales internos que según la Demandante eran favorables a SGS—fue “indebido” o arbitrario. Sin perjuicio de que ese comportamiento pueda o no caracterizarse también como contrario al proceso debido, la cuestión que tiene ante sí el Tribunal consiste en establecer si puede caracterizarse como “indebid[o] o discriminatori[o]” en la acepción dada a esos términos por el Artículo 4(1), asunto que debe resolverse en la etapa relativa al fondo. En consecuencia, el argumento de la Demandada no constituye una base adecuada para declinar jurisdicción acerca de este aspecto de la reclamación de la Demandante basada en el Artículo 4(1).
161. En suma, consideramos que los hechos alegados por la Demandante, si se prueban, pueden estar comprendidos dentro de los límites de la prohibición del Artículo 4(1) sobre el menoscabo de una inversión a través de medidas indebidas y discriminatorias. Las reclamaciones de la Demandante sobre medidas indebidas y discriminatorias se considerarán al abordar el fondo del asunto.

⁹² Véase Réplica de la Demandada, párrafo 111.

3. Observancia de compromisos

162. El texto completo del Artículo 11 del Tratado es el siguiente: “[c]ada Parte Contratante respetará en todo momento las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”.
163. La Demandante sostiene que la Demandada no cumplió las obligaciones que había contraído en relación con la inversión de la Demandante, violando así el Artículo 11 del TBI. Específicamente, sostiene que el incumplimiento, por parte de la Demandada, de su obligación de pagar las sumas adeudadas a SGS en virtud del Contrato constituyó un incumplimiento de las obligaciones de la Demandada frente a la Demandante. La Demandante alega además que la falta de cumplimiento, por la Demandada, de su obligación de respetar supuestas promesas subsiguientes de cumplimiento del Contrato y de pagar las referidas deudas supone también quebrantar la obligación que le imponía el Tratado en su Artículo 11.
164. La Demandada objetó que la Demandante no alegó el incumplimiento del Artículo 11. Sostuvo que una disposición contenida en una “cláusula paraguas” de un TBI, como lo es el Artículo 11, “no puede elevar el mero incumplimiento de un contrato comercial a la categoría de violación de un tratado”⁹³ [traducción al español del Tribunal]. En su Réplica, la Demandada alegó que una cláusula paraguas sólo entra en juego si el Estado receptor incurre en abuso de poder o ejerce una indebida interferencia gubernamental para faltar al cumplimiento de un contrato o cualquier otro tipo de compromiso. A juicio de la Demandada, cualquier contraparte comercial ordinaria podría dejar de pagar con arreglo a un contrato, y la Demandante no ha alegado que el Paraguay haya cometido ningún otro acto ilícito que constituya abuso de poder público. Sobre esa base, la Demandada sostuvo que la Demandante no alegó una reclamación viable conforme al Artículo 11.
165. La Demandada adoptó argumentos adicionales en un escrito ulterior en que analiza la decisión del caso *BIVAC c. Paraguay* (emitida después que las Partes hubieran presentado sus escritos originales y después de la audiencia sobre la jurisdicción). Aunque mantuvo su argumento de que el Tribunal carece de jurisdicción para pronunciarse sobre la reclamación

⁹³ Réplica de la Demandada, párrafo 88.

relativa al Artículo 11 formulada por la Demandante en los términos en que esta la enuncia, la Demandada alegó, alternativamente, que el Tribunal debería aplicar el enfoque del tribunal del caso *BIVAC* y concluir que la reclamación basada en el Artículo 11 es inadmisibles a la luz de la cláusula del Contrato sobre elección de foro, que se inclina por los tribunales de la Ciudad de Asunción.

166. Como primer paso de nuestro análisis, volvemos a considerar las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 11. Como ya se señaló, la Demandante no ha pedido a este tribunal que se pronuncie directamente sobre ninguna reclamación de incumplimiento del Contrato como tal. Por el contrario, la Demandante nos ha planteado reclamaciones basadas en el Artículo 11 del Tratado, cuya premisa consiste en uno o más incumplimientos de los compromisos asumidos por el Estado frente a SGS, algunos de los cuales, ciertamente, figuran en el Contrato. Pero ello no altera el hecho de que, a los efectos de la distinción, largamente reconocida, entre reclamaciones basadas en contratos y reclamaciones basadas en tratados, que se analizó en la sección V, *supra*, tengamos ante nosotros reclamaciones basadas en el Artículo 11 del Tratado.
167. Sobre esa base, pocas dificultades tenemos para concluir que el Tribunal posee jurisdicción para conocer de las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 11, que impone al Estado la obligación de respetar en todo momento las obligaciones contraídas con respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte. El enunciado de esa obligación no contiene limitación alguna: evidentemente se aplica a todos los compromisos de ese género, establecidos por contrato o por ley; unilaterales o bilaterales, etc. No todas las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 11 tienen como premisa el incumplimiento del propio Contrato: la Demandante ha alegado también que las autoridades paraguayas ulteriormente asumieron diversas obligaciones orales y escritas -- que presuntamente no cumplieron-- de respetar el Contrato y efectuar el pago de las sumas adeudadas a SGS. Pero aun en lo que respecta a las reclamaciones basadas en el Artículo 11 que se basan directamente en el supuesto incumplimiento del Contrato por parte del Paraguay, no nos plantea dudas el que debemos tratar las obligaciones del Contrato como “obligaciones” en la acepción dada a ese término por el Artículo 11.

168. Dado la naturaleza incondicionada del tenor del Artículo 11 del Tratado, y su sentido ordinario, no percibimos base alguna para introducir en el Artículo 11 las limitaciones ajenas a su texto que la Demandada propuso en su Réplica. El Artículo 11 no excluye de su ámbito de aplicación los contratos comerciales del Estado. Tampoco establece que la permanente obligación de observancia de las obligaciones a las que se refiere sólo pueda infringirse a través de actos en los que no puede incurrir una contraparte comercial, consistentes en abuso del poder del Estado o ejercicio de una influencia gubernamental indebida. La invocación, por parte de la Demandada, del supuestamente “verdadero sentido” [traducción al español del Tribunal] de las cláusulas paraguas⁹⁴ no puede prevalecer frente al lenguaje llano de la cláusula paraguas que tenemos ante nosotros, en cuyo texto literal nada percibimos que nos lleve a creer que su contenido signifique algo distinto de lo que dice: que el Estado está obligado a respetar las obligaciones que haya contraído con respecto de las inversiones de los inversionistas del otro Estado parte.
169. El Tribunal reconoce necesariamente que con esa manifestación se aparta de la decisión del caso *SGS c. Pakistán*, en que se consideró una cláusula paraguas contenida en el TBI Suiza-Pakistán con un texto idéntico al del Artículo 11 del TBI Suiza-Paraguay⁹⁵. En el caso *SGS c. Pakistán*, la preocupación ante la posibilidad de que “el alcance de [la cláusula paraguas... pareciera] susceptible de una ampliación casi indefinida”, y que las consecuencias de una interpretación literal de la cláusula llevaran a incluir compromisos contractuales “de alcance sumamente amplio”, llevó al tribunal a decidir que no podía aplicarse el sentido ordinario de

⁹⁴ Réplica de la Demandada, párrafo 86.

⁹⁵ El tribunal del caso *SGS c. Filipinas* señaló que había llegado a un resultado diferente del tribunal del caso *SGS c. Pakistán* y dio plena eficacia a la cláusula paraguas, basándose, por lo menos en parte, en diferencias entre el texto de la cláusula paraguas del TBI Suiza-Filipinas y el texto, presuntamente menos directo o menos específico, de la cláusula paraguas del TBI Suiza-Pakistán. Véase *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 119. No obstante, el Gobierno suizo, en una nota sobre su interpretación del TBI Suiza-Pakistán que se hizo circular tras la decisión del caso *SGS c. Pakistán*, describió ese mismo texto—idéntico al que tiene ante sí este Tribunal—como orientado directamente a “asumir un compromiso frente a una inversión específica o un inversionista específico” (traducción al español del Tribunal). Véase “Interpretación del Artículo 11 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Suiza y Pakistán a la luz de la decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción del CIADI en el Caso No. ARB/01/13 SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán” [traducción al español del Tribunal]. Nota presentada bajo sobre en respuesta a la carta remitida por el Gobierno suizo al Secretario General Adjunto del CIADI, del 1 de octubre de 2003, 19 MEALEY’S INT’L ARB. REP. E-1, E-2 (feb. de 2004) (DP CLA-47) (“Nota del Gobierno Suizo”). Es evidente, por lo tanto, que por lo menos el Gobierno suizo no concibió dicho texto como general o no específico. Puesto que, con respecto a la jurisdicción, llegamos al mismo resultado que el tribunal del caso *SGS c. Filipinas*, sobre la base de un texto del tratado idéntico al que tuvo ante sí el tribunal del caso *SGS c. Pakistán*, este Tribunal no cree que el texto difiera significativamente, es decir que la redacción del Artículo 11 del Tratado sea tan general o exhortatoria que impida interpretarla como una obligación del Estado de cumplir, *inter alia*, sus compromisos contractuales.

la cláusula sin antes disponer de pruebas claras y convincentes de que esas consecuencias eran las deseadas por los signatarios del Estado parte⁹⁶. Nosotros, por el contrario, creemos que debe respetarse la interpretación ordinaria del Artículo 11, tal como requiere el Artículo 31(1) de la Convención de Viena. Sin volver a examinar los amplios comentarios jurídicos a que ha dado lugar el tema de las cláusulas paraguas desde la decisión del caso *SGS c. Pakistán*, tomamos nota de que se ha comprobado que por lo menos uno de los Estados parte efectivamente tenía la intención de que la disposición se interpretara en sentido literal: el Gobierno suizo dejó constancia en actas de su objeción a la decisión del caso *SGS c. Pakistán* y de su opinión en el sentido de que la violación de un compromiso contractual de ese género está cubierta por la cláusula paraguas y debería estar sujeta a los procedimientos de solución de diferencias del tratado⁹⁷. [Las citas de este párrafo son traducciones al español del Tribunal]

170. Al permitir que la cláusula paraguas abarque obligaciones de todo tipo del Estado receptor, incluidos los compromisos contractuales, coincidimos con los tribunales de los casos *SGS c. Filipinas* y *BIVAC c. Paraguay*, entre otros⁹⁸. Al igual que el tribunal del caso *BIVAC* concluimos que la cláusula paraguas que tenemos ante nosotros “impone una obligación internacional a las partes del TBI de cumplir obligaciones contractuales en relación con los inversionistas” y que esta interpretación es necesaria para dar finalidad y efecto a la cláusula paraguas⁹⁹.
171. Por lo tanto el Tribunal concluye que posee jurisdicción para conocer de las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 11, según las cuales el Paraguay no observó los compromisos que presuntamente había asumido frente a SGS en virtud del Contrato y de sus supuestas posteriores promesas orales y escritas de pagar a SGS la deuda reclamada. Y

⁹⁶ *SGS c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 166-67.

⁹⁷ Véase Nota del Gobierno Suizo, pág. E-2.

⁹⁸ Véase *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 114-28; *BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 134-42. Véase también *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, párrafos 51-62; *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, párrafos 317-25; *Eureko B.V. c. República de Polonia*, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005, párrafos 257-60.

⁹⁹ *BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 141. Llegamos a esa conclusión pese a que cabe sostener que el texto de la cláusula paraguas que tenemos ante nosotros no es tan amplio o explícito como el del TBI Países Bajos-Paraguay considerado en el caso *BIVAC*.

habiendo concluido que el Tribunal posee jurisdicción. naturalmente tenemos en cuenta la advertencia del comité de anulación del caso *Vivendi I* de que un “[t]ribunal, confrontado con tal reclamación y habiendo decidido válidamente que es competente, [está] obligado a considerarla y a decidirla”¹⁰⁰.

172. Es desde ese punto de vista desde el que debemos abordar la última alegación sometida a nuestra consideración por la Demandada: que este Tribunal debe hacer suyo el resto del análisis del tribunal del caso *BIVAC* y concluir que no es procedente que se pronuncie sobre las reclamaciones contractuales de la Demandante basadas en la cláusula paraguas—con respecto a las cuales posee jurisdicción—debido a que las partes del Contrato incluyeron una cláusula de elección de foro que orienta hacia los tribunales internos del Paraguay las controversias que se planteen en su marco. El tribunal del caso *BIVAC* aceptó que la cláusula paraguas del TBI Países Bajos-Paraguay hacía que las obligaciones contractuales de *BIVAC* quedaran comprendidas en el Tratado, lo que confería jurisdicción al tribunal, pero insistió en que, como consecuencia, debían hacerse efectivas en el contexto de ese tratado todas las obligaciones previstas en el contrato, incluida la contenida en su cláusula de elección de foro¹⁰¹. Sobre esa base el tribunal del caso *BIVAC* concluyó que las reclamaciones basadas en la cláusula paraguas eran inadmisibles y dejó abierta exclusivamente la cuestión de si debía dejar en suspenso un pronunciamiento al respecto o rechazarlas sin más trámite. Dados los amplios elementos fácticos comunes a los casos que tuvieron ante sí ambos tribunales, incluidos los contratos de servicios de inspección pre-embarque paraguayos que según se aduce eran sustancial, si es que no enteramente, idénticos, naturalmente hemos considerado con cuidado el análisis razonado de ese distinguido tribunal. No obstante, a juicio de este Tribunal una decisión que lo llevara a declinar jurisdicción sobre las reclamaciones de *SGS* basadas en el Artículo 11 en razón a que las mismas deberían dirigirse a los tribunales de Asunción situaría al Tribunal en riesgo de incumplir su mandato con arreglo al Tratado y al Convenio del CIADI.
173. Primero, las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 11 no se solapan con las basadas en el Contrato, y no todas las disposiciones del Contrato se ocupan de ellas. La

¹⁰⁰ *Vivendi I*, Anulación, párrafo 112.

¹⁰¹ *BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 142-58.

Demandante ha formulado reclamaciones basadas en el Artículo 11 invocando el incumplimiento no sólo de obligaciones de pago previstas en el Contrato, sino también el incumplimiento de supuestos compromisos ulteriores de representantes del Paraguay. Independientemente de que ambos tipos de reclamaciones pudieran estar comprendidas dentro de la ampliamente redactada cláusula de elección de foro del Contrato¹⁰², esta última no podrá juzgarse exclusivamente en virtud del Contrato. La cuestión de si los representantes paraguayos asumieron los compromisos alegados; si SGS puede invocar esos compromisos, y si se faltó al cumplimiento de éstos son todas cuestiones que debe decidir el Tribunal con referencia al Tratado y a las normas jurídicas aplicables especificadas con arreglo al mismo. En consecuencia, sería una afirmación excesivamente amplia la de que todas las reclamaciones basadas en una cláusula paraguas—y, en particular, todas las basadas en la cláusula paraguas que tenemos ante nosotros—pueden ser resueltas sobre bases contractuales por el foro del Contrato.

174. Segundo, aun en la medida en que algunas de las reclamaciones del Artículo 11 puedan solaparse con reclamaciones basadas en el Contrato, al Tribunal no le resulta convincente que ello represente un fundamento para declararlas inadmisibles. La Demandada se esforzó en alegar, de muchas formas, que la base fundamental de las reclamaciones de la Demandante—y en especial las basadas en la cláusula paraguas—es el Contrato; no el Tratado. Basándonos en esa premisa, como ya señalamos¹⁰³, podría sostenerse que al menos respecto de las reclamaciones basadas en el Contrato el incumplimiento del Artículo 11 no ha de evaluarse conforme a un criterio independiente, de derecho internacional, del Tratado, sino sobre la base del Contrato. No obstante, este es un argumento para declinar *jurisdicción*, no un argumento de inadmisibilidad, y este Tribunal ya ha rechazado ese argumento relativo a la jurisdicción.
175. Por las razones enunciadas en la sección V.A y en la primera parte de la sección V.B.3, este Tribunal—al igual que el del caso *BIVAC*—ha concluido que posee jurisdicción para conocer de las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 11. Y habiendo

¹⁰² “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”, Cláusula 9.1, Contrato (DP C-4).

¹⁰³ Véase análisis, párrafo 142, supra.

llegado a esa conclusión no percibimos base alguna para declarar que esas reclamaciones sean inadmisibles. Por el contrario, habiendo concluido que posee jurisdicción, tendrían que existir razones ciertamente muy sólidas para que el Tribunal rehusara ejercerla¹⁰⁴.

176. Tercero, como ya se señaló, una de las razones que llevan a interpretar el Artículo 11 en el sentido de que confiere jurisdicción para conocer de reclamaciones basadas en el Contrato consiste en dar finalidad y efecto a esa disposición. Los Estados partes del TBI se propusieron establecer ese mecanismo de protección del Tratado, más allá de los derechos que el inversionista pudiera negociar en su beneficio en un contrato o ejercer conforme a la legislación interna, y concedieron al inversionista la opción de hacerlo cumplir, entre otras cosas a través de un arbitraje como éste¹⁰⁵. Sería una incongruencia concluir sobre esa base que se posee jurisdicción, para luego rechazar por razones de admisibilidad la mayor parte de las reclamaciones basadas en el Artículo 11, ya que el efecto, también en este caso, consistiría en privar a la disposición de su finalidad y efecto básicos, del mismo modo que si el Tribunal hubiera simplemente declinado jurisdicción. Tal como lo expresó el Profesor Gaillard al evaluar el enfoque adoptado por el tribunal del caso *SGS c. Filipinas* (es decir asumir jurisdicción pero luego suspender la resolución de la reclamación por parte del tribunal),

[p]uesto que esa solución reconoce “en principio” el derecho de un inversionista de elegir un tribunal arbitral internacional para la solución de diferencias referentes a inversiones y, en la misma medida, requiere que el tribunal seleccionado suspenda los procedimientos en virtud de una cláusula de elección exclusiva de foro contenida en su contrato de inversiones, el resultado es que el tribunal del TBI termina ejerciendo jurisdicción sobre una cáscara vacía, privándose así de todo sentido al proceso de resolución de controversias del TBI¹⁰⁶. [Traducción al español del Tribunal]

¹⁰⁴ Véase *Vivendi I*, Anulación, párrafo 102 (“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 a causa de que esta pudo o debió haber sido conocida por un tribunal nacional. En tal caso, el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es el regido por el Convenio del CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes sobre derecho interno”).

¹⁰⁵ Véase, por ejemplo, *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, Declaración del Prof. Crivellaro párrafos 3, 5.

¹⁰⁶ Prof. Emmanuel Gaillard, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims—the SGS Cases Considered*, en INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL INVESTMENT TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 325, 334 (2005). Véase también Thomas W. Wälde, *Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration*, 5 J. WORLD INV. & TRADE 373, 393 (2004) (en que se analiza el caso *SGS*

177. Cuarto, preocupa a este Tribunal el hecho de que rechazar como inadmisibles las reclamaciones basadas en una cláusula paraguas como consecuencia de que una cláusula de elección de foro del Contrato resulta aplicable a los compromisos asumidos por las partes equivaldría, en la práctica, a aceptar la existencia de una renuncia implícita de derechos reconocidos en el TBI en todos los acuerdos sobre inversiones en que se especifique un mecanismo de resolución de controversias distinto del CIADI, resultado este que no podríamos asumir.
178. Según el razonamiento del tribunal del caso *BIVAC*, como el contrato de la demandante era posterior al TBI, debía dársele precedencia: “las Partes podrían haber incluido [en la cláusula de elección de foro] una disposición en el sentido de que las obligaciones que é impone regirían sin perjuicio de eventuales derechos enmarcados en el TBI, incluido el posible ejercicio de competencia por” un tribunal del tratado en el marco de la cláusula paraguas¹⁰⁷. Aunque la misma secuencia está en juego aquí—el TBI Suiza-Paraguay entró en vigor en 1992, en tanto que el Contrato se celebró en 1996—adoptaremos la presunción contraria. Dada la importancia de los derechos de los inversionistas en el marco del Tratado y de la “red de seguridad” que los mecanismos de protección del derecho internacional están destinados a proporcionar, independiente y complementariamente de los regímenes de derecho interno, no podría suponerse a la ligera que se ha renunciado a ellos. Suponiendo, sobre el papel, que las partes del Contrato de fecha más reciente pudieran haber excluido expresamente el derecho de recurrir a arbitraje en el marco del TBI vigente, al menos en cuanto a reclamaciones contractuales basadas en el Artículo 11¹⁰⁸, no lo hicieron, ni creemos

c. Filipinas, considerándolo “muy poco práctico”, por haber “reconoci[do] el efecto de la ‘cláusula paraguas’ de llevar una controversia contractual al nivel del derecho internacional pero en la práctica haberla desechado, dando pleno efecto a una cláusula de jurisdicción de un tribunal nacional”) [traducción al español del Tribunal].

¹⁰⁷ *BIVAC c. Paraguay*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 146.

¹⁰⁸ Un asunto importante consiste en determinar si personas privadas poseen la facultad de renunciar a derechos que les hubieran sido conferidos por un tratado entre dos Estados. Véase *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 154. Los tribunales de los casos *Azurix c. Argentina* y *Aguas del Tunari c. Bolivia* se abstuvieron de pronunciarse directamente sobre la cuestión, aunque el tribunal del caso *Aguas del Tunari* señaló que estaba dispuesto a dar eficacia a una renuncia clara y expresa a la jurisdicción del CIADI. Véase *Azurix c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 85; *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005 (“*Aguas del Tunari c. Bolivia*, Decisión sobre Jurisdicción”), párrafo 118. Este Tribunal adopta una posición similar a la de los tribunales de los casos *Azurix* y *Aguas del Tunari*: puesto que no daríamos eficacia a una supuesta renuncia meramente implícita, no es necesario que nos pronunciemos sobre la cuestión de si haríamos lo contrario ante una renuncia expresa.

que pueda interpretarse su silencio como manifestación de esa misma renuncia a derechos del Tratado.

179. A este respecto coincidimos con el tribunal del caso *Aguas del Tunari c. Bolivia*, que consideró la cuestión de si, y en qué circunstancias, podría entenderse que una cláusula contractual de elección de foro podría llegar a implicar una renuncia al derecho, previsto en un tratado, de invocar la jurisdicción del CIADI. El tribunal que conoció de ese caso trazó una distinción entre “1) un documento independiente [por ejemplo un contrato] de renuncia al derecho de invocar la jurisdicción del CIADI o de modificación de su alcance (cuando las partes han tenido la expresa intención de modificar la posibilidad de que el CIADI asuma jurisdicción), y 2) un documento independiente que contenga una cláusula de selección de foro con carácter exclusivo por la que se designa a un foro distinto del CIADI (donde la intención de las partes de alterar la posibilidad de recurrir a la jurisdicción del CIADI debe ser inferida)”¹⁰⁹. En cuanto a la segunda circunstancia—que también se da en el presente caso—el tribunal del caso *Aguas del Tunari* insistió en que la mera designación de un foro distinto del CIADI en un contrato, sin renuncia expresa a la jurisdicción del Centro, era insuficiente para que el tribunal se abstuviera de ejercer su jurisdicción en el marco del TBI:

El Tribunal no cree que el Convenio del CIADI le confiera la potestad de abstenerse de ejercer su competencia simplemente porque exista una cláusula de selección de foro en conflicto. Por el contrario, a juicio del Tribunal, un tribunal del CIADI tiene la obligación de ejercer su competencia en esos casos cuando no existe indicio alguno de que las partes hubieran tenido la intención específica de que la cláusula incompatible con la jurisdicción del Centro operara como renuncia a, o modificación de, un mecanismo existente de otorgamiento de jurisdicción al CIADI. Sólo debe considerarse que un documento independiente e incompatible obsta a la competencia de un tribunal del CIADI si está claramente destinado a modificar la jurisdicción otorgada por otra parte al CIADI¹¹⁰.

¹⁰⁹ *Aguas del Tunari c. Bolivia*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 115.

¹¹⁰ *Aguas del Tunari c. Bolivia*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 119. Ninguna reclamación de las formuladas en el caso *Aguas del Tunari* se basaba en una cláusula paraguas, pero el razonamiento de ese tribunal no indica en absoluto que su análisis hubiera de aplicarse en alguna medida en forma diferente a una supuesta renuncia implícita a reclamaciones basadas en la referida cláusula. El caso *Woodruff* no contradice nuestro análisis; la comisión que entendió en ese caso hizo hincapié en que su decisión denegatoria giraba en torno a la renuncia expresa y escrita del reclamante: “[C]omo la demandante, por su propia renuncia voluntaria, se ha privado de la posibilidad de invocar la jurisdicción de esta

180. Compartimos esa conclusión. En el presente caso nada muestra que las partes del Contrato hubieran tenido la clara intención de excluir la jurisdicción de un tribunal formado en el marco del Tratado para revisar las reclamaciones de SGS basadas en el Tratado. Debe considerarse que el Paraguay, como mínimo, conocía el contenido de su propio Tratado a la fecha en que su Ministerio de Hacienda celebró el Contrato; no intentó obtener o no obtuvo el consentimiento de SGS para que esta renunciara claramente a su derecho a acogerse separadamente al arbitraje de reclamaciones basadas en el Tratado (incluidas necesariamente las basadas en el Artículo 11 del Tratado). Cuando menos a falta de renuncia expresa, no debe permitirse que una cláusula contractual de elección de foro prive a un tribunal constituido en el marco de un tratado de jurisdicción para conocer de reclamaciones basadas en el Tratado.
181. Coincidimos también con el Profesor Crivellaro en su voto particular sobre el caso *SGS c. Filipinas*, donde alegaba que plantear la pregunta de si una cláusula de solución de controversias de un TBI debía prevalecer sobre una cláusula contractual de elección de foro (o viceversa, presumiblemente,) crea un conflicto innecesario. Tal como explicaba el Profesor Crivellaro, ambas disposiciones “sobreviven y coexisten”: ambas siguen siendo efectivas, con la única diferencia de que, desde la perspectiva del inversionista, la cláusula contractual deja de imponer un foro “exclusivo”¹¹¹. Como señaló el tribunal del caso *Bayindir c. Pakistán*, “el inversionista que goza de un derecho conforme al contrato y al tratado, posee el derecho autónomo de promover el recurso previsto en el tratado”¹¹². Esa opción no debe quedar vedada. [Las citas de este párrafo son traducciones al español del Tribunal]
182. Finalmente, ciertos aspectos adicionales del Tratado aconsejan impedir que la cláusula de elección de foro prevista en el Contrato aparte a este Tribunal de su obligación de pronunciarse sobre las reclamaciones basadas en el Tratado con respecto a las cuales posea jurisdicción (incluidas las basadas en el Artículo 11). Disposiciones del Tratado distintas del Artículo 11, como las de los apartados 1 y 6 del Artículo 9, prevén la posibilidad de que

Comisión, corresponde rechazar la reclamación, sin perjuicio del análisis sobre el fondo que al presentársela, pudiera hacer que el juez posea jurisdicción.” [traducción al español del Tribunal]. Caso *Woodruff*, pág. 223.

¹¹¹ Véase *SGS c. Filipinas*, Decisión sobre Jurisdicción, Declaración del Prof. Crivellaro párrafo 4.

¹¹² *Bayindir c. Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 167.

tribunales constituidos en el marco del Tratado decidan cuestiones contractuales; tampoco ellas deben perder su *effet utile* en virtud del rechazo, por razones de admisibilidad, de todas esas reclamaciones basadas en incumplimiento contractual.

183. Como se ha señalado, el tenor de las disposiciones del TBI sobre resolución de controversias (Artículo 9) no las limita a reclamaciones por incumplimiento del propio TBI. Cabe sostener que el Artículo 9(1) amplía el proceso de solución de controversias, haciéndolo aplicable a todo tipo de “controversias relativas a inversiones”, categoría que por su amplitud engloba controversias contractuales. Pero la preeminencia de una cláusula contractual de elección de foro reduciría significativamente el alcance del Artículo 9. Raro sería el contrato celebrado por un Estado que no contuviera una cláusula de resolución de controversias de algún tipo. Y teniendo ante nosotros un contrato que contiene una cláusula de ese género, cabría presumir que el razonamiento que llevó al tribunal del caso *BIVAC* a considerar inadmisibles reclamaciones contractuales basadas en una cláusula paraguas llevaría también a rechazar toda reclamación contractual contra un Estado directamente promovida en el marco de una disposición sobre resolución de controversias del tipo de “cualesquiera controversias”, como la del Artículo 9. Este enfoque sería incompatible, en la práctica, con el texto abierto del Artículo 9, reduciéndolo a un mecanismo exclusivamente destinado a resolver reclamaciones por incumplimiento del Tratado. Si esa hubiera sido la intención de las partes del Tratado, éstas presumiblemente lo habrían expresado en esos términos¹¹³. El

¹¹³ Por ejemplo, en dos tratados suscritos antes del TBI Suiza-Paraguay, Suiza limitó el alcance de los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estados a las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones en el marco del respectivo tratado. El TBI Suiza-Turquía (suscrito el 3 de marzo de 1988) establece: “a los efectos del presente Artículo [solución de controversias entre inversionistas y Estados], por controversia relativa a una inversión se entiende una controversia en que se alegue la inobservancia de derechos y obligaciones creados o conferidos por este Acuerdo”. TBI Suiza-Turquía, Artículo 8 (“Aux fins du présent article, on entend par différend relatif à un investissement, le différend dans lequel est allégué le non-respect de droits et obligations conférés ou créés par le présent Accord”). El TBI Suiza-Ghana (suscrito el 8 de octubre de 1991) prevé un mecanismo de solución de controversias entre inversionistas y Estados, para controversias “relativas a un compromiso [del Estado receptor] conforme al presente Acuerdo”. TBI Suiza-Ghana, Artículo 12 (“différends entre une Partie Contractante et un investisseur de l’autre Partie Contractante relatifs à un engagement pris par la première dans le présent Accord et concernant un investissement d’un investisseur de l’autre Partie Contractante sur le territoire de la première”). Véase también TBI Suiza-México, Apéndice II, Artículo 2(2) (un inversionista puede promover “una reclamación ... cuyo fundamento sea el que la otra Parte ha violado una obligación establecida en el presente Acuerdo”); TBI Suiza-Cuba, Artículo 10 (solución de controversias entre inversionistas y Estados para controversias “relatifs à une obligation qui incombe à cette dernière en vertu du présent Accord”); TBI Suiza-Suráfrica, Artículo 10 (idéntico). Paraguay, análogamente, celebró TBIs cuyas disposiciones sobre solución de controversias entre inversionistas y Estados se limitan a reclamaciones por incumplimiento del tratado. [Las citas precedentes de esta nota de pie son traducciones al español del Tribunal]. Véase TBI Paraguay-Venezuela, Artículo 9 (resolución de controversias entre inversionistas y Estado relativas a una “controversia entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante respecto del cumplimiento del presente Convenio en relación con una inversión

hecho de que las partes del Tratado hayan elegido una redacción que da un alcance más amplio a los artículos del TBI sobre resolución de controversias no debe pasarse tan fácilmente por alto.

184. En el Artículo 9(6) del Tratado también se prevé que los tribunales constituidos en virtud del Tratado se ocupen de resolver reclamaciones contractuales. Esa disposición establece el derecho que habrán de aplicar los tribunales del CIADI o de la CNUDMI para la resolución de controversias relativas a inversiones en virtud del Artículo 9:

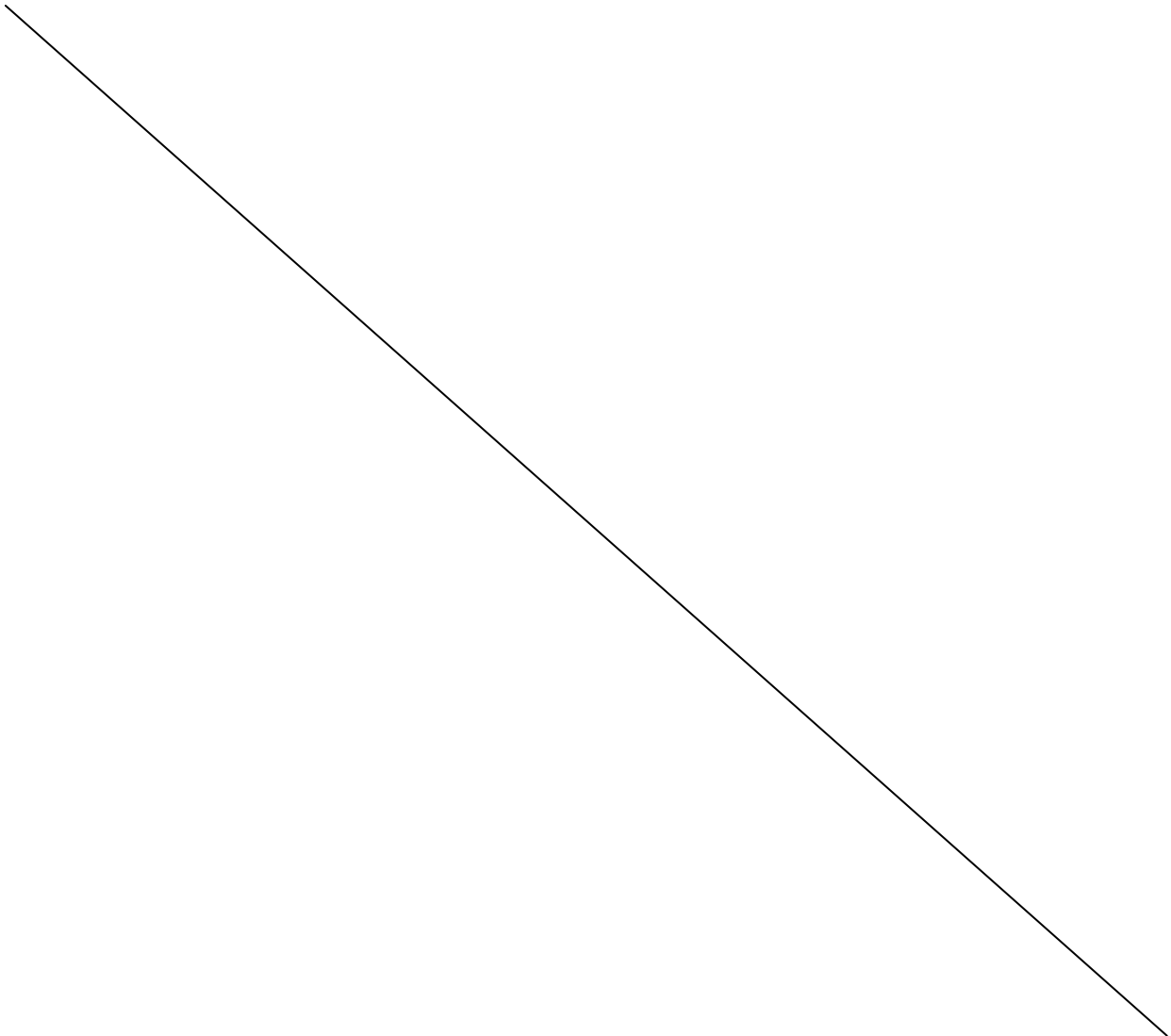
El tribunal arbitral podrá decidir sobre la base del presente Acuerdo [es decir el TBI] y de otros Acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes; de los términos de algún acuerdo específico que pueda ser concluido con relación a la inversión; de la ley del Estado Contratante que sea parte en la controversia, inclusive sus normas sobre conflicto de leyes; de aquellos principios y normas del Derecho Internacional que fuesen aplicables.

Es evidente que las partes del TBI Suiza-Paraguay no tenían dudas sobre la perspectiva de que las controversias enmarcadas en el Tratado requerirían la aplicación de “los términos de algún acuerdo específico que pueda ser concluido con relación a la inversión”; por ejemplo el Contrato de que aquí se trata. No obstante, una decisión que excluya como inadmisibles todas las reclamaciones contractuales basadas en una cláusula paraguas en el marco del Artículo 11, y reclamaciones contractuales directamente promovidas en virtud del Artículo 9 (a menos que el Contrato carezca enteramente de una cláusula de elección de foro) elimina un amplio espectro de reclamaciones a las que esta cláusula del Artículo 9(6) les resulta aplicable. Dado que el Artículo 9(6) es apto para interpretar y aplicar contratos en el marco de controversias, pocas razones existen para pensar que los Estados partes previeran que se utilizara en tan escasa medida.

185. Por todas las razones que anteceden el Tribunal concluye no sólo que posee jurisdicción, conforme al Artículo 11, para conocer de las reclamaciones de la Demandante tal como han sido planteadas, sino también que esas reclamaciones son admisibles. El Tribunal ejercerá su jurisdicción sobre las mismas al ocuparse del fondo del asunto.

de aquel”), TBI Paraguay-España, Artículo 11 (resolución de controversias entre inversionistas y Estados relativas a una “controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo”).

VI. COSTOS

186. Cada una de las partes solicitó al Tribunal que le adjudicara el reembolso de los costos y honorarios, incluidos los honorarios del CIADI y los honorarios de abogados, en caso de que su posición prevaleciera. Las partes confirmaron esas solicitudes en la audiencia sobre la jurisdicción.
187. El Tribunal toma nota de que la Demandada no ha cumplido las solicitudes del CIADI del 27 de abril y el 24 de agosto de 2009, de pago del anticipo de los costos que correspondiera a cada Parte. La Demandante, por su parte, ha pagado la totalidad del anticipo de los costos solicitado (incluida la proporción correspondiente a la Demandada).
188. No obstante, el Tribunal ha decidido diferir su decisión sobre los costos hasta la conclusión de los procedimientos, en consonancia con lo dispuesto por el Artículo 61 del Convenio del CIADI y la Regla 28 de las Reglas de Arbitraje.
- 

VII. DECISIÓN

189. Por las razones que anteceden el Tribunal se pronuncia en los términos siguientes:
- El Tribunal posee jurisdicción para pronunciarse sobre las reclamaciones de la Demandante conforme a lo dispuesto en los Artículos 4(1), 4(2) y 11 del Tratado. Se rechazan las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada.
 - El Tribunal difiere su decisión sobre los costos de las partes hasta la conclusión del procedimiento.
190. Se insta a las partes a que dialoguen mutuamente y procuren llegar a un acuerdo sobre un calendario para los procedimientos relativos al fondo del asunto, e informen al Tribunal a ese respecto dentro de los 30 días siguientes a la emisión de la presente Decisión.

[firmado]

[firmado]

Donald Francis Donovan
Árbitro

Pablo García Mexía
Árbitro

[firmado]

Stanimir A. Alexandrov
Presidente