

GACETA JUDICIAL



GACETA JUDICIAL

Director

Dr. José Raúl Torres Kirmser

Ministro

Año 2018 – Número 2

INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INTERCONTINENTAL
E D I T O R A

Asunción, Paraguay

© **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
GACETA JUDICIAL
Calle Alonso y Testanova, Asunción, Paraguay

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos, electrónicos, fotocopadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

GACETA JUDICIAL N° 2/2018
Primera edición 2018: 500 ejemplares

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (IJJ)
DR. JOSÉ RAÚL TORRES KIRMSER, MINISTRO ENCARGADO
ABG. CARMEN MONTAÑA CIBILS, DIRECTORA

COORDINACIÓN
DR. GIUSEPPE FOSSATI LÓPEZ
ABG. SILVANA GONZÁLEZ

EQUIPO DE ELABORACIÓN
ABG. NATALIA MUÑOZ CARMAN, INVESTIGADORA
ABG. NORA MURDOCH GUIRLAND, INVESTIGADORA
ABG. FANNY LÓPEZ RIVAROLA, INVESTIGADORA
PAULA MÉNDEZ F., ASISTENTE

Contactos: gacetajudicialesj@gmail.com – Tel.: (021) 420 570, interno 2790

© **INTERCONTINENTAL EDITORA S.A.**
Caballero 270. *Teléfonos:* 496 991 – 449 738
Fax: (+595 21) 448 721
Pág. web: www.libreriaintercontinental.com.py
E-mail: agatti@libreriaintercontinental.com.py

Hecho el depósito que marca la Ley N° 1.328/98

ISBN: 978-99967-916-1-1

CONTENIDO

Presentación de los coordinadores	9
--	---

DOCTRINA

Justice served: Cómo el Paraguay ganó (¡finalmente!) el caso “Gramont Berres”.....	13
--	----

Roberto Moreno Rodríguez A.

FALLOS INTERNACIONALES

CASO GRAMONT BERRES. Audiencia del viernes, 3 de septiembre del 2004. Cámara Civil. Sentencia en procedimiento ordinario.....	123
---	-----

CASO GRAMONT BERRES. Distrito de la Corte. Décima Sección. República y Cantón de Ginebra. BNP PARIBAS, LONDON BRANCH, Y LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, C/2595/2005 JTPI/17299/2010.	159
--	-----

CASO GRAMONT BERRES. ESTADOS UNIDOS, CORTE DE DISTRITO. DISTRITO DE COLUMBIA. Corte del Distrito de Columbia. Estados Unidos. SACE S.P.A. (Demandante) C/ REPÚBLICA DEL PARAGUAY (Demandada)”. 21/03/17. (Acción civil N° 1:15-cv-1042).	177
---	-----

LAUDO HAYES. Laudo Rutherford B. Hayes. Washington, D.C. 12 de noviembre de 1878.	213
--	-----

ÍNDICE POR TRIBUNALES

LAUDO ARBITRAL. CIADI. 10/02/12. “SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. (Demandante) y REPÚBLICA DEL PARAGUAY (Demandada)”. (CASO No. ARB/07/29).....	215
LAUDO ARBITRAL CIADI 22/03/2013. SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. Y LA REPUBLICA DEL PARAGUAY CASO CIADI No. ARB/07/29.....	287
LAUDO ARBITRAL. CIADI 19/05/2014. SGS SOCIETE GENERALE DE SURVEILLANCE S.A. y LA REPÚBLICA DE PARAGUAY Caso CIADI N° ARB/07/29. WASHINGTON, D.C. DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE ANULACIÓN.	317
LAUDO ARBITRAL. CIADI. 29/05/2009. BUREAU VERITAS, INSPECTION, VALUATION, ASSESSMENT AND CONTROL, BIVAC B.V. (Demandante) c. REPÚBLICA DEL PARAGUAY (Demandada). (CASO N° ARB/07/9).....	361
LAUDO ARBITRAL. CIADI. 26/07/01. “SEÑOR EUDORO ARMANDO OLGUÍN (Demandante) c/ REPÚBLICA DEL PARAGUAY (Demandada)”. (CASO No. ARB/98/5).....	447



Presentación de los coordinadores

A mediados del año 2017, dejó la coordinación de la Gaceta Judicial el Abg. Pablo Costantini, quien –bajo la siempre cercana dirección del Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser, Ministro responsable de la Gaceta Judicial– sentó las bases de un formato que se mantiene vigente, perfeccionado de a poco a través de los sucesivos números. La Gaceta Judicial se caracterizó así por ser una revista temática, de periodicidad trimestral, en la que se proponía una interesante selección de fallos sobre temas de actualidad.

A inicios del año 2018, asumió una nueva coordinación, integrada por la Abg. Silvana Gabriela González y el Magistrado Giuseppe Fossati López. El Prof. Dr. José Raúl Torres Kirmser y los nuevos coordinadores no dudaron en apostar, en conjunto, por la continuidad de un formato que caracterizó a la Gaceta Judicial como una publicación con identidad propia, ya que permite el análisis mesurado y a distancia de la jurisprudencia sobre temas selectos, lo que permite al estudioso y al interesado una visión conjunta del tratamiento forense que se brinda a los tópicos elegidos en cada número.

En esa perspectiva de continuidad, sí se ha decidido ampliar el espectro de temas abordados. El primer número del año 2018 apareció con una incursión en jurisprudencia sobre asuntos castrenses y policiales, con la intención abiertamente asumida de abarcar la totalidad de los fueros y de ir proponiendo una recopilación que –de manera gradual– permita ir descubriendo los variados ámbitos en los cuales los órganos jurisdiccionales de nuestro país despliegan su actuación, muchas veces silenciosa.

La segunda propuesta del año 2018 busca poner a consideración del lector la participación paraguaya en litigios internacionales. Además de una selección de los pronunciamientos recaídos en el conocido caso “Gramont Berres”, incluyendo el fallo dictado por la jueza federal del distrito de Columbia, Ketanji Brown Jackson; la publicación incluye sentencias dictadas por Tribunales Arbitrales en el marco de la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

ÍNDICE POR TRIBUNALES

Todo ello nos indica que esta coordinación se presenta en una línea de continuidad y consolidación del trabajo realizado con anterioridad. Agradeciendo la confianza que la Corte Suprema de Justicia ha depositado en nosotros, pretendemos honrarla a través del mantenimiento de los parámetros de calidad que siempre han caracterizado a la Gaceta Judicial. Corresponde a los lectores evaluar el cumplimiento de dicho objetivo.



Doctrina

Justice served: Cómo el Paraguay ganó (¡finalmente!) el caso “Gramont Berres”¹

*Roberto Moreno Rodríguez A. **

“Todos son corrompibles...”

Gustavo GRAMONT BERRES

¹ El presente ensayo constituye la semilla de una obra más extensa que pretenderá contar la historia completa de cómo el Paraguay pudo sobreponerse a años de injusticia y prevalecer en cortes norteamericanas, dejando en evidencia que todo el *affaire* GRAMONT BERRES no fue sino una sórdida trama en la que nuestro país fue embaucado. Por ello, pido disculpas al lector si el mismo no es completo, y le pido encarecidamente su paciencia respecto de la aparición de la obra referida, que verá la luz próximamente. Además, dados los exigentes tiempos editoriales, no tiene la claridad y revisión plena que hubiese deseado. De todas maneras, aún incompleto y bruto, debería –o al menos, eso espero– servir al lector como una guía para entender mejor el trasfondo de esta historia. Las páginas que siguen no hubiesen visto nunca la luz sin la (siempre generosa y diligentemente perseverante) iniciativa del Dr. Giuseppe FOSSATI LÓPEZ, quién además tuvo decisiva colaboración como eximio *Asesor Legal* de la *Procuraduría General de la República* para que esta historia de tribulaciones judiciales internacionales del Paraguay tenga un final feliz.

* Abogado, Universidad Católica de Asunción (Mejor Egresado de la Promoción 2000, distinción sobresaliente); Master en Derecho Comparado por la University of Oxford, egresado en el Cuadro de Honor de la Promoción con Distinción (2003, Magister Juris, First Class Honours – Distinction); Notario Público, Universidad Nacional de Asunción (2001, Mención de Honor); Cursos de Postgrado en Derecho

ROBERTO MORENO RODRÍGUEZ A.

*“Y para decirlo de una vez, concedido esto,
¿no es triste, vergonzosa y miserable la vida de los hombres corrompidos?”*

PLATÓN, *Gorgias*

“Thrice is he armed that hath his quarrel just”
SHAKESPEARE, *Henry VI*, Part II, Act 3, Scene 2

I

Un espectro se cierne permanentemente y hostiga a la idea del derecho y la justicia que el mismo promete: el espectro de CALICLES.

El primer y más agudo immoralista de la tradición occidental –para muchos incluso superior al harto más conocido NIETZSCHE–, desnuda en ese insuperable documento de la tradición occidental que es el *Gorgias* platónico, lo que esconde en el fondo todo ataque a la idea de la justicia: el triunfo

Privado en la Universidad de Salamanca (2002) y en la Universidad de Buenos Aires (2001). Profesor de Derecho Civil – Contratos (Universidad Católica de Asunción); Profesor Invitado al Curso de Doctorado en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica de Asunción); Profesor Invitado a la Universidad de Princeton, U.S.A. (2005); a la Universidad Austral (2005); y al Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2006-07). Profesor Invitado a la Escuela Judicial del Paraguay. Autor y coautor de diversas obras jurídicas: *Cómo repensar el derecho privado moderno*, Edit. La Ley Paraguaya, Asunción, 2010 (en co-autoría con Fernando Pantaleón Prieto, Fernando de Trazegnies, Carlos Soto Coaguila); *Comentario al Código Civil Paraguayo*, Edit. La Ley, Asunción, 2010 (Tomos VI-A y B, comentario a: contrato de donación; contrato de fianza; contrato de transacción; enriquecimiento sin causa; responsabilidad civil); *Arqueología de la responsabilidad Civil en el derecho paraguayo*, Edit. La Ley, Asunción, 2009; *¿Quién responde? 8 ensayos accidentales sobre la responsabilidad civil en el derecho paraguayo*, Edit. La Ley, Asunción, *Derecho Privado Paraguayo*, Edit. La Ley Paraguaya, Asunción 2009 (Coordinador); y decenas de monografías jurídicas publicadas en Argentina, Holanda, Chile, Brasil, Perú y otros países, y en el Paraguay; Árbitro, Tribunal Arbitral du Sport (TAS), con sede en Lausanne, Suiza; Árbitro, Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Servicios del Paraguay. Ex Procurador General de la República del Paraguay.

de los más fuertes, la opresión del débil². En contrapartida, el discurso inmoralista de CALICLES deja en claro la grandeza del derecho, que al institucionalizar a la justicia, da la posibilidad de que el débil se imponga sobre el más poderoso; claro está, siempre y cuando tenga *razón*. El derecho se yerque triunfante cuando logra que el “*might*” no sea “*right*”, que la pura fuerza no se imponga como lo correcto, que lo justo no sea la ley del más fuerte, sino el imperio de la razón.

Pues bien: la República del Paraguay pasó las de CALICLES durante años, décadas incluso, en la serie de causas judiciales, civiles y penales, relacionadas con el caso comúnmente conocido como “Gramont Berres”. Parecía que, a pesar de tener a la razón de su lado, y por ende, de tener la causa justa; ello no importaba, pues los rivales eran más poderosos. Claro, litigar contra un *pool* de bancos, incluyendo algunos de los más renombrados del mundo, no es fácil; mucho menos, hacerlo en la tierra bancaria por excelencia, Suiza. Entre bromas y veras, siempre he repetido que la justicia suiza es sin ninguna duda de las más sofisticadas y confiables del mundo; salvo, claro está, que uno litigue contra un banco, una industria chocolatera o de quesos.

² “La naturaleza demuestra, a mi juicio, que es justo que el que vale tenga más que otro que vale menos, y el más fuerte más que el más débil”; “la regla de lo justo es que el más fuerte mande al más débil y tenga más”; PLATÓN, “*Gorgias*”, en *Diálogos*, Editorial Porrúa, Méjico, 1979. Un brillante análisis de la relación entre CALICLES y NIETZSCHE, lo realizó el gran classicista griego E.R. DODDS, *Plato: Gorgias: A Revised Text with Introduction and Commentary*, Oxford: Clarendon Press, 1959; más breve pero más profunda es de ALLEN, *The Dialogues of Plato*, vol. I., Yale Univ. Press, New Haven, 1989. El extraordinario filósofo inglés contemporáneo Bernard WILLIAMS sostenía que el desafío que representaba CALICLES para la visión clásica de la justicia como valor superior y objetivo (posición representada por SÓCRATES en el diálogo) era tan profundo y radical, que a PLATÓN no le quedó otra alternativa que al final de la discusión cambiar la posición del mismo y convertirlo en un hedonista incoherente para poder despachar su formidable posición. Por ello, la larga sombra de CALICLES –i.e., del inmoralista–, seguiría amenazando a toda la tradición ética occidental. B. WILLIAMS, “*Plato against the Immoralist*” en *The Sense of the Past*, Princeton Univ. Press, 1997.

Nuestro país tuvo la mala fortuna de litigar contra bancos en tierras helvéticas, y como tal, primó no quién tenía razón, sino el más poderoso. La sombra de CALICLES persiguió así durante años al Paraguay, con varios reveses que pusieron su reputación misma como país en juego. “País tercermundista que no paga sus cuentas”, “república bananera que no cumple sentencias judiciales”, y otras falsedades calumniosas, durante años fueron espetadas injustamente al Paraguay por haber repudiado una deuda espuria, fruto de una oscura estafa que desnudaba –con corrupción, personajes siniestros, y hechos que implicaban directamente la traición al país– lo peor del régimen imperante en aquellos años.

Durante años, fuimos mal tratados en el célebre *Club de París*³ y otros circuitos financieros internacionales, y todo ello, por un crimen que no cometimos.

La sensación que teníamos algunos, sin embargo, era que si el Paraguay lograba tener su día ante un tribunal realmente imparcial, la razón que asistía a su causa haría que prevaleciera y se hiciera justicia, sin importar cuánto tiempo tardara. “*Thrice is he armed, who hath his quarrel just*”, como decía el genio de *Stratford-Upon-Avon*: aquél que va a una batalla con la justicia de su lado está armado tres veces⁴. Lo único que se requería era una corte que diera oportunidad al Paraguay de presentar su caso, de contar la verdadera historia, y no un tribunal como el suizo, en el cual, más allá de las racionalizaciones y cortinas de humo argumentativas, “*might was right*”, la fuerza (en este caso, la lógica económico-bancaria) se imponía brutalmente en fallos que hoy –afortunadamente– han sido desnudados como “irrazonables”.

Y no hay que olvidar que el peor descalificativo en el universo jurídico, el mayor insulto, es ese, “irrazonable”. Por algo, la más augusta tradición

³ Ya desde las primeras Comunicaciones referidas al *affaire* GRAMONT BERRRES, la sombra siniestra del “Club de París” era latigada sobre la conciencia del Paraguay; ver por ej. nota del 9 de marzo de 1990 enviada por la Cancillería italiana (que además contiene una amenaza del gobierno italiano de no apoyar otras operaciones que podría desarrollar en nuestro país, como la del “prime cotton” en Areguá).

⁴ SHAKESPEARE, *Henry VI*, Part II, Act 3, Scene 2.

filosófica ve al derecho siempre relacionado con la razón (*quaedam rationis ordinatio*), a lo *razonable*⁵: el derecho que se aleja de la razón es sólo *fiat*, sólo *potere*, es pura fuerza bruta, por más que se la disfrace con ornamentados argumentos. Un derecho irrazonable, contrario o ajeno a la razón, es el sueño de CALICLES y sus seguidores, y fue la pesadilla de nuestro país en el caso GRAMONT BERRES durante años.

Ya no más.

II

“*Manifestly unreasonable*”.

Manifiestamente irrazonables.

Con tal calificativo –i.e., con el peor insulto jurídico– una brillante y valiente jueza federal norteamericana fulminó el fondo del razonamiento de los fallos de la justicia suiza que, embebidos en el espíritu de CALICLES, condenaron al Paraguay injustamente a pagar una deuda espuria, fruto de una estafa grosera, cuyos contornos no resistirían al análisis de un niño de cinco años.

De esta manera, se cumplió nuevamente el *dictum* inmortal de Manuel GONDRA, al recordar el fallo de un juez norteamericano que puso fin a una disputa diplomática entre los Estados Unidos de América y el Paraguay en el año 1860 –que incluso tuvo la posibilidad de una incursión de la poderosa *U.S. Navy* en nuestro territorio–, y en el cual afirmaba que: “*la decisión*

⁵ La definición clásica de la ley como razonabilidad, desde luego, es la de Tomás DE AQUINO, aunque tiene raíces en la tradición greco-romana; un *restatement* moderno e insuperable de John FINNIS, *Natural Law and Natural Right*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1980; desde otra tradición, pero igualmente inmerso en la visión del derecho como propio de la razón, Joseph RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford Univ. Press, 1975.

*de ese juez... enseñaba que había algo más fuerte que la escuadra americana: la justicia americana*⁶.

Fue justamente la justicia norteamericana, como ya lo hizo en ese lejano 1860, y como también lo hizo en el año 1878 a través del laudo arbitral del Presidente Rutherford B. HAYES, la que finalmente dio la razón a ese país pequeño pero altivo que es el Paraguay, y puso fin a la ignominiosa saga judicial que rodeó al caso “Gramont Berres” y que dejó la imagen jurídica de nuestro país tan maltrecha durante años.

Justice has been served: se hizo justicia.

III

And yet... las palabras que preceden, para muchos pueden estar teñidas de un sentimentalismo más propio de una novela romántica que una publicación jurídica, y por ello, exageran la realidad de los hechos. En efecto, no faltará el aguafiestas que intente convencernos que el fallo de la jueza Ketanji BROWN JACKSON –así se llama la heroína de esta historia, la rectificadora de la injusticia– que dio la razón a la República del Paraguay después de años y que aquí se reproduce, no resuelve absolutamente nada con relación al fondo del litigio, y que apenas se ocupa de un punto extraordinariamente técnico del derecho norteamericano, referido a la aplicación y alcance de un *Federal statute* (i.e., *Ley Federal*) y que meramente dispone que los fallos de la justicia suiza no pueden ser ejecutados en un solo país, esto es, en los Estados Unidos de América.

Sin dudas, es posible afirmar esto; así como también es posible afirmar que el famoso fallo *Dred v. Scott* se limitó a examinar apenas la cuestión

⁶ El discurso lo pronunció en 1919, en Washington D.C., ante la *Pan American Society*, y es una (¿la?) obra maestra de la oratoria paraguaya, llena de la erudición e incomparable pluma de este irrepetible intelectual paraguayo (la referencia al verso de *Henry VI* de SHAKESPEARE también proviene de esta imponente pieza): la incluye *in totum* Benigno RIQUELME en su elocuente biografía de GONDRA, *Cumbre en Soledad*, Edit. Ayacucho, 1951, pág. 134 y ss.

de la capacidad procesal para incoar una acción en cortes norteamericanas⁷ y que por ello sus *obiter dictum* no tuvieron otras consecuencias; o que el caso *Roe v. Wade* solamente se refiere al ejercicio del derecho de privacidad y tampoco tuvo otras ramificaciones⁸. Esto es, afirmar que la sentencia en el caso *SACE v. Republic of Paraguay* no tiene mayores consecuencias para nuestro país, y para rectificar el fondo de la injusticia contra él cometida por los tribunales helvéticos, no es tanto ver el vaso medio lleno o medio vacío, sino es simplemente no ver el vaso.

Para entender la razón por la cual la sentencia de la jueza BROWN JACKSON no sólo resolvió una cuestión técnica de derecho norteamericano, sino que hizo justicia luego de años con el Paraguay y liberó a nuestro país de una pesada cadena jurídica que pesaba sobre sus hombros, es necesario hacer una referencia bien breve al trasfondo del caso y, sobre todo, a lo resuelto por las cortes suizas. Ello permitirá vislumbrar, con claridad, la razón por la cual el pequeño país que estaba armado con la razón, pudo finalmente triunfar sobre los poderosos rivales que tuvo, y dejar así atrás una historia truculenta, que cabe desear nunca más se vuelva a repetir.

IV

El caso conocido comúnmente como “Gramont Berres”, en “homenaje” a su principal protagonista, constituye una historia digna del séptimo arte.

En efecto, es una historia literalmente cinematográfica, con todos los condimentos de un *thriller*: un personaje oscuro, siniestro, verdadero *con*

⁷ Como lo puso técnicamente el (infame) Chief Justice TANEY: “*the privilege of suing in a court of the United States in the cases specified in the Constitution*”; era ésa la cuestión central debatida en *Dred v. Scott*; sin embargo, el verdadero trasfondo era el destino y futuro de la “peculiar institution”, esto es, de la esclavitud misma.

⁸ Las ramificaciones de este fallo, que ya tiene más de 45 años, continúan hasta la fecha; basta con ver el hervidero que causa cada vacancia en la Corte Suprema de Justicia de ese país (la última, caracterizada como “guerra”, la nominación de KAVANAUGH: <https://www.nytimes.com/2018/07/10/us/politics/democrats-brett-kavanaugh-supreme-court.html>) ante la posibilidad de lograr una mayoría que desarticule el precedente de *Roe*.

artist (vulgo: estafador profesional); un alias altamente atractivo para titular a la película (“Gustavo GRAMONT BERRES”, nombre falso, altisonante, casi un conde europeo); conexiones con los hombres más encumbrados de un régimen dictatorial, incluyendo parentesco (político) con el propio Gral. STROESSNER (se casó con una sobrina del mismo); la perpetración de una red de estafa verdaderamente globalizada, en la que aparecieron personas de las más diversas nacionalidades, como suiza, italiana, paraguaya, y que involucró a entidades bancarias –algunas de las más renombradas del mundo incluso– aseguradoras de capital estatal –el caso de la *SACE*– fábricas de productos industriales, abogados paraguayos y suizos, funcionarios públicos; la elaboración de un esquema altamente sofisticado de documentación para perpetrar la estafa, incluyendo documentos públicos paraguayos, resoluciones administrativas y decretos, sellos falsificados, contratos de préstamo sindicado, de garantía, pólizas de seguro, opiniones legales, entre otros; la caída del régimen y consecuente repudiación por parte del nuevo gobierno de las actuaciones anteriores; y un largo etcétera.

Como puede inferirse de este recuento hasta esquelético, sólo el trasfondo fáctico del caso da material para escribir una novela policíaca, y tomaría más espacio del que aquí está disponible. En su lugar, haré una descripción más bien somera de la operación jurídica que plasmó la estafa y que fue, a la postre, la que dio inicio a la litigación judicial en la Confederación Helvética, con la consecuente condena de Paraguay, y que terminaría años después cruzando el océano y cayendo al despacho de la jueza federal Ketanji BROWN JACKSON⁹.

⁹ No hubiese sido posible efectuar un recuento adecuado de los hechos, y la referencia a los documentos relacionados al caso –incluyendo las sentencias– si no se hubiese contado, a iniciativa del Dr. Benigno LÓPEZ, con el completo y exhaustivo memorándum elaborado por la firma HUGHES, HUBBARD & REED, al cual se hará referencia más abajo en forma proficua, y también en el texto principal (“*Potential Challenges to Paraguay’s Liabilities for the Gramont Loan Guarantees*”, del 26 de julio de 2013, citado en adelante como HHR). El mismo fue de inestimable ayuda tanto para la *Procuraduría General de la República*, en la comprensión del caso, su problemática y la estrategia adoptada, y también para la eventual defensa de la República del Paraguay. Particular agradecimiento debo a los *partners* Nicholas

V

Gustavo GRAMONT BERRES era el nombre –artístico si se quiere– que había adoptado Benjamín LEVI AZVARRADEL, nacido en Argentina (Pehuajó) en el año 1930. Antes había tomado la ciudadanía uruguaya y asimismo el alias de Alejandro CATEK, y tenía un rosario de antecedentes criminales detrás de todas estas *dramatis personae*: hurto, defraudación y estafa reiteradas, así como también solicitud de captura emanadas de la autoridad judicial uruguaya por violación y estupro¹⁰. Una joyita, como se dice.

Lo que no puede negarse es que tenía ciertas características y atributos personales atractivos que le servían para ubicarse bien: así, se casó con Gloria MORÍNIGO ESCALANTE, una sobrina de STROESSNER, y rápidamente escaló en el entorno del jerarca. La esposa, seguramente a instancias de GRAMONT, fue nombrada en el año 1972 como “Vice-Cónsul de la República del Paraguay” en la ciudad de Ginebra, y “Agregado de Prensa y Adicto a la Embajada del Paraguay” en Madrid. Posteriormente, el propio GRAMONT consiguió su nombramiento en el año 1979 como Cónsul del Paraguay en el consulado de Suiza, y su esposa quedó como Vice-Cónsul¹¹.

Luego, por Decreto N° 38.312 del 28 de febrero de 1983, GRAMONT fue nombrado por STROESSNER como “Encargado de Negocios a.i. ante la Confederación Helvética, con rango de Ministro Consejero” (interino) y por Decreto No. 39.808 del 27 de mayo de 1983 a su vez designó como “Embajador en Misión Especial al Cónsul de Paraguay en Ginebra (Suiza)”, esto es, a

SWERDLOFF y James BOYKIN, amigos de nuestro país, quiénes acercaron la enorme cantidad de documentos sin hesitación al primer requerimiento, mediante el gentil contacto del Dr. Benigno LÓPEZ, quién luego del Canciller Luis María RAMÍREZ BOETTNER fue el único funcionario paraguayo que se preocupó, y ocupó, verdaderamente, del caso y a quién la patria debe sincero agradecimiento. Por otro lado, se aclara que todas las traducciones a los documentos que se citan en adelante, del inglés, francés e italiano, son del autor de estas líneas.

¹⁰ Lo consigna la Sentencia del 25 de junio de 1992 que condenó a GRAMONT por los delitos de robo, falsificación y utilización de instrumentos públicos falsos (Pasaportes).

¹¹ Decreto 10.148 del 2 de octubre de 1979, crea el Consulado y designa a los dos como funcionarios del mismo.

GRAMONT, estableciéndose en la citada orden presidencial que el funcionario “recibirá las instrucciones pertinentes acerca de las gestiones que le encomiende el Gobierno e informará de las mismas al Ministerio de Relaciones Exteriores”.

Todas estas designaciones son relevantes, pues en la mente oscura de GRAMONT y sus secuaces, fueron utilizadas en una telaraña manifiestamente ilegal para pretender obligar a la República del Paraguay.

Lo cierto y lo concreto es que, como la propia Cancillería suiza informó a pedido de la Embajada Paraguaya en Berna, al momento de su designación como “Embajador en Misión Especial” no existía una Embajada Paraguaya en Suiza (¡!), GRAMONT nunca estuvo acreditado como Embajador ante la Confederación Helvética, y lo que es más, apenas estuvo registrado como Cónsul, desde el año 1979 hasta 1989¹².

En suma, GRAMONT durante la década del ochenta tenía sólo una función legítima ante la Confederación Helvética: Cónsul. Como se verá, este es un dato no menor, que fue sin embargo ignorado y/o tratado en forma deliberadamente ambigua por la justicia suiza, pero que a la postre no escapó a la mirada de la justicia norteamericana, que puso de manifiesto el absurdo de pretender otorgar a un mero Cónsul las prerrogativas que presumía tener GRAMONT.

VI

A pesar de ello, GRAMONT, además de una facilidad innata para moverse como pez en el agua en ambientes europeos –todo *con artist* debe tener cierto encanto, y él mismo se definió sin sonrojarse como un hombre “de mundo, encantador, carismático”¹³– y poseía una artística creatividad para utilizar sus pomposas designaciones para fines *non sanctos*. Para ello contaría con la ayuda inestimable de un “*Monsieur*” François-Xavier NICOLLETI, gerente de un opaco banco suizo denominado *Overland Trust Bank* (OTB), que vendría a jugar un papel principal en la estafa perpetrada contra el Estado paraguayo. Si nos guiamos por las declaraciones de GRAMONT –

¹² Nota del 16 de noviembre de 1995 remitida por la Cancillería suiza.

¹³ Entrevista con GRAMONT de fecha 1 de noviembre de 1998: “That’s what I was. A charming Ambassador in every country in the world”.

DOCTRINA

un hombre que tenía como mínimo tres nombres distintos y sobre cuya honorabilidad como mínimo debemos presumir en contra— NICOLLETI fue el verdadero cerebro de la operación.

Lo más probable, aunque quizás nunca se sepa a ciencia cierta, es que se trató de un “duo dinámico” bien coordinado.

¿Cómo fue tramada la estafa?

Pues bien: la transacción fue bien compleja —una verdadera operación financiera internacional—, pues supuso la intervención de un sindicato o *pool* de bancos (más de diez terminaron interviniendo) europeos; así como también la aparición y activa actuación de un *agent bank* o banco agente del sindicato, que fue el ya referido OTB suizo, liderado por NICOLLETI; la emisión de pagarés (*financing notes*), y también de la “garantía” otorgada por la República del Paraguay y los documentos que sustentaban la misma (firmada por el Cónsul GRAMONT); la firma de contratos de construcción y suministro con firmas italianas; la negociación y emisión de las pólizas de cumplimiento de contrato por la firma italiana *Sezione Speciale per l'Assicurazione del Credito all'Esportazione* (SACE); y obviamente, las dos firmas privadas paraguayas, propiedad de GRAMONT y su esposa, que serían las supuestas beneficiarias últimas del préstamo y la provisión de los equipos.

El mero y más escueto bosquejo —como el que se acaba de realizar— permite vislumbrar que no fue una operación sencilla, ni que pudiera ser diseñada y ejecutada en cuestión de días; de hecho, fue lenta pero seguramente llevada adelante, cerrando todos los detalles para que se termine ejecutando la misma, por un monto extraordinario incluso para nuestros días, de más de USD 80 millones (hace 30 años la suma era obviamente todavía más considerable).

En lo que sigue haré el resumen más apretado posible de los documentos firmados para que el lector tenga una idea al menos general del entramado negocial armado para timar a nuestro país.

VII

La estafa fue perpetrada a través de dos sociedades anónimas paraguayas, que adquirirían maquinarias de empresas italianas —esto es lo que explica la aparición de SACE como aseguradora del Estado a exportadoras

privadas de la península itálica— y para cuya compra se recurrió a los préstamos bancarios del sindicato de bancos suizos y europeos.

La primera sociedad se denominaba *Rosi Sociedad Anónima Inmobiliaria Comercial Agrícola Ganadera Sociedad Anónima* (“*Rosi*”), y fue constituida en el año 1979, unos meses después del nombramiento de GRAMONT como cónsul. No obstante, al momento de su constitución no aparecían como accionistas o directores ni GRAMONT ni su esposa, por lo que no es claro si existía una vinculación o no en el origen. Lo que sí queda claro es que para mayo del año 1986 el propio GRAMONT fue elegido Presidente y su esposa Gloria MORÍNIGO como Vicepresidente, y ambos eran accionistas mayoritarios de la empresa, con más del 86% del total del paquete accionario. *Rosi* era al momento de su constitución la típica sociedad de objeto social amplio (inmobiliaria, actividades industriales, agrícolas, etc.), pero al momento de diseñarse la estafa, se ocuparía de construir una planta procesadora de frutas que se encontraría en La Colmena, departamento de Paraguari. En este punto, aparece el ya citado NICOLETTI, director del banco OTB y figura clave en la estafa, quién toma contacto con GRAMONT y lo relaciona con una empresa italiana, *Macchine Alimentari Transporti S.r.l.* (“MAT”), que se encargaría de construir y entregar la planta de procesamiento de frutas a *Rosi*.

Como *Rosi* no tenía el dinero ni capital para pagar las maquinarias a MAT —el capital social apenas llegaba a USD 30.000, y terminaría participando por una operación de ¡USD 80 millones con ese capital!— los fondos serían proveídos por el sindicato de bancos, bajo coordinación del banco agente, que era OTB. Ahora bien: los bancos obviamente necesitaban de una garantía para el repago del préstamo de *Rosi*, ante su carencia de bienes y casi inexistente capital, y aquí aparece justamente el elemento criminal de la operación. Efectivamente, GRAMONT invocó autoridad suficiente para obligar a la República del Paraguay que sería garante del préstamo de *Rosi*. Pero ni siquiera esta garantía soberana fue suficiente para que los bancos presten el dinero — algo que, entre paréntesis y desde ya, debe llamar la atención sobre la poca seriedad de la misma. Es por esta razón que aparece *SACE* en la película, ya que se trataba de una sociedad creada por el Estado italiano para promover las exportaciones de empresas particulares italianas, sirviendo de garante y otorgando seguros de cumplimiento de contrato para facilitar las operaciones financieras extranjeras de industriales

italianos. OTB contactó con SACE y se ocupó de asegurar que la aseguradora italiana cubra el riesgo de incumplimiento tanto de *Rosi* como de su “garante”, la República del Paraguay.

De esta manera, la operación se diseñó para que los bancos tengan no sólo la “garantía” del Estado paraguayo, sino a su vez la garantía de SACE para el caso de no cumplimiento de dicha garantía soberana. No está del todo claro si SACE hubiera otorgado la garantía de no haber existido previamente la “garantía” del Estado paraguayo, pero todo parece indicar que efectivamente era una condición de su otorgamiento¹⁴.

La cronología y cantidad de documentos firmados no es sencilla, por lo que me limitaré a hacer un breve recuento:

- *Construction and supply agreement con MAT*: El 23 de mayo de 1986, MAT, representada por su presidente Vittorio SERRI, celebra un contrato con Rosi, representada por Gloria MORÍNIGO, su Vicepresidente, de “Construction and Supply” (construcción y suministro), en virtud al cual MAT se obligaba a construir e instalar la planta de procesamiento de frutas cítricas, piña y de las latas que contendrían las frutas procesadas, por un total de USD 25.000.000. Resulta importante señalar que los Estatutos de *Rosi* exigían claramente la firma conjunta con su Presidente, en este caso GRAMONT¹⁵, lo que hubiese delatado la estafa – pues el Presidente de la empresa era la misma persona que invocaba la representación de Paraguay, i.e., el “garante” de la operación para su propia empresa¹⁶. El contrato fue redactado en la oficina de NICOLETTI¹⁷, quién al ser consultado afirmó que no era su responsabilidad determinar si la Sra. MORÍNIGO tenía poderes

¹⁴ Informe HHR, ob. cit., pág. 17.

¹⁵ Artículo 18 de los Estatutos Sociales de Rosi.

¹⁶ El domicilio denunciado por Rosi era –*surprise!*– la casa del matrimonio GRAMONT en Asunción.

¹⁷ Informe HHR, ob. cit. pág. 21.

suficiente para poder obligar a *Rosi*, pues eso era responsabilidad “del garante” (!) (i.e., Paraguay)¹⁸.

- *Notes Financing Agreement (NFA)*: Unos días después, se celebró el *Notes Financing Agreement (NFA)*, que tenía por objeto el financiamiento del proyecto *Rosi* con el sindicato de bancos. Nuevamente, sólo lo firmó la Vicepresidente, Gloria MORÍNIGO; NICOLETTI posteriormente testificó que ya sabía a estas alturas que se trataba de la esposa de GRAMONT, a pesar de lo cual siguió adelante sin problemas¹⁹. El NFA tenía un sello “República del Paraguay” que era obviamente una falsificación; fue copiado utilizando una vulgar “fotocopiadora”.²⁰ Las notas financieras (pagarés) emitidas por *Rosi* serían adquiridas luego por los bancos para otorgar el financiamiento al proyecto. Cada nota tenía una supuesta “garantía” otorgada por la República del Paraguay, firmada en inglés (idioma que no manejaba) por Gustavo GRAMONT BERRES, manifestando que “la República del Paraguay garantiza irrevocable e incondicionalmente el pago de este pagaré a su vencimiento”. El NFA tenía una cláusula de sumisión de controversias a las cortes de Suiza.
- *Legal opinion*: Asimismo, en junio de 1986, el abogado Marciano RODRÍGUEZ BAEZ emitió una “opinión legal” (*legal opinión*) que estaba prevista como condición precedente al desembolso, la cual fue preparada y redactada por OTB²¹. El hermano de RODRÍGUEZ BAEZ, Brígido, había sido años funcionario del Ministerio de Hacienda, y era accionista minoritario y empleado de *Rosi*. Mayor conflicto de interés, imposible. La opinión legal de BAEZ afirmaba que el contrato y la garantía no violaban la Constitución paraguaya ni ninguna otra ley o norma jurídica. No emitía opinión alguna sobre si GRAMONT tenía autoridad para

¹⁸ Informe HHR, ob. cit. pág. 24.

¹⁹ Idem. anterior.

²⁰ Declaración de NICOLETTI, Informe HHR, ob. cit. pág. 25.

²¹ Transcripción de la audiencia llevada a cabo en la corte suiza de Primera Instancia del 12 de setiembre de 2001.

actuar en nombre de la República del Paraguay y constituirlo en garante²².

- *Rosi Guarantee Agreement*: Unos días después, ya en junio de 1986, se firmó un contrato de garantía (“*Rosi Guarantee Agreement*”) que tenía por objetivo plasmar la garantía irrevocable e incondicional de Paraguay a los compromisos efectuados por Rosi en el NFA. GRAMONT firmó dicho contrato invocando su carácter de “Embajador en Misión Especial” a la Confederación Helvética, a pesar de que nunca fue acreditado como embajador y que de hecho Paraguay no tenía embajada en Suiza en el año 1986. Se incluyó en cada página un sello, manifiestamente falso, que se refería a la “Embajada de la República del Paraguay en Suiza”.
- *Supplementary Agency Agreement*: En agosto de 1986 los bancos que originariamente prestaron el dinero celebraron un contrato suplementario de agencia con OTB (*Supplementary Agency Agreement*) que contenía los siguientes compromisos financieros:
 - o *Banque Bruxelles Lambert*: SF (Francos suizos) 5.000.000
 - o *Bank Europaischer Genossenschaftsbanken*: SF 10.000.000
 - o *Banque Paribas*: SF 10.000.000
 - o *Union de Banques Arabes et Francaises*: SF 15.000.000
- *Póliza SACE*: Unos días después, SACE emitió la póliza de seguro que sería la garantía para el caso de incumplimiento de Rosi y/o la República del Paraguay como garante de la operación. De acuerdo a una investigación criminal italiana llevada adelante unos años después de la operación, la póliza fue otorgada por SACE en última instancia no por lo atractivo de la operación, sino por una *coima* pagada a su Presidente. En efecto, el

²² En julio de 1986 la firma legal suiza *Velo & Associati* también emitió una opinión legal, pero referida exclusivamente a la perspectiva del derecho suizo, sin hacer mención al problema de la autoridad de GRAMONT BERRES para obligar al Paraguay.

26 de agosto de 1986 el Presidente de la SACE, Roberto RUBERTI, llamó a GRAMONT BERRES y SERRI (Presidente de MAT), quiénes se encontraban en la casa de un tal Carlo BAELI, a confirmarles que la póliza estaba aprobada. BAELI había pagado unos días antes a RUBERTI una coima de L (liras italianas) 56.000.000, lo que sería poco más de USD 90.000 en nuestros días²³.

En este punto quedaron perfeccionados los documentos de la transacción referida a *Rosi*. Contrato de construcción y suministro de la planta; contrato de financiamiento; opinión legal; contrato de garantía; y póliza de SACE.

Inmediatamente después, sin embargo, las partes celebraron una serie de adendas contractuales para aumentar el costo del proyecto y las sumas a ser desembolsadas. Así:

- Adenda al contrato de construcción: En setiembre de 1986 se firma la adenda al Contrato de Construcción con MAT con lo que se incrementó el costo por SF 6.700.000; concomitantemente, en diciembre de 1986, se adendó el NFA para cubrir dicho nuevo monto; lo propio sucedió con el contrato de garantía, en el que se incrementó la garantía otorgada por la República del Paraguay de SF 40.000.000 a SF 46.700.000; en abril de 1987 la SACE emitió una adenda a la póliza para también plasmar tal aumento.
- Acuerdo con Banco Sanpaolo-Lariano: En mayo de 1987, OTB firmó un acuerdo de participación con el Banco Sanpaolo-Lariano S.A., que se unió así a los otros cuatro bancos y se encargó del financiamiento íntegro del aumento de SF 6.700.000.
- Nueva adenda al contrato de construcción: En junio de 1988, MAT y *Rosi* celebraron una nueva adenda al contrato de construcción y suministro, por la suma de L 4.2 billones, aproximadamente USD 2.800.000 de aquella época, que luego fue financiada por la *Cassa di Risparmio di Torino* en un contrato de fecha 27 de febrero de 1991.

²³ Informe HHR, ob. cit. pág. 34.

DOCTRINA

Con estos documentos se completó la operación con relación al proyecto *Rosi*.

En una entrevista realizada en *Tacumbú* en el año 1991, GRAMONT afirmó que recibió una coima de USD 6.000.000 de parte de SERRI, el presidente de MAT, por la realización de la operación, y que parte la mitad de dicho dinero (USD 3.000.000) fue para Gustavo STROESSNER. A pesar de ello, debe tomarse con pinzas tal declaración, no sólo porque no existen pruebas al respecto, sino por sobre todo por la escasa credibilidad que merece el entrevistado, que además efectuó ciertas afirmaciones más bien inverosímiles (por ejemplo, que Gustavo STROESSNER lo amenazó de muerte, pero que el Gral. Andrés RODRÍGUEZ lo iba a defender, algo que parece más bien fruto de la fértil imaginación de un *con artist* –preso–que además quería congraciarse con el en aquél entonces Presidente, que algo con demasiada verosimilitud).

VIII

Además del negocio relacionado a *Rosi*, y seguramente ante el éxito de la misma, los cerebros de la operación –GRAMONT y NICOLLETTI– llevaron adelante una operación casi idéntica con otra sociedad anónima paraguaya: *Compañía Agroforestal Lapachos de San Isidro Sociedad Anónima Agrícola Ganadera Inmobiliaria y Comercial S.A. (“Lapachos”)*.

Lapachos fue constituida en 1981, y cinco de sus constituyentes fueron los mismos de *Rosi*; sin embargo, y como en el caso de *Rosi*, ni GRAMONT ni su esposa aparecen en el acta constitutiva. A diferencia del caso de *Rosi*, en el caso de *Lapachos* no existen pruebas de que el mismo hubiera sido accionista al momento de perpetrarse las estafas, pero todo indica que GRAMONT tenía el control efectivo y real de la sociedad²⁴.

La estructura de la transacción fue casi un espejo a la de *Rosi*: la diferencia principal es que en el caso de *Lapachos* se firmaría un contrato con la empresa italiana *Pierrel Hospital* para la construcción y suministro de

²⁴ Según su declaración en los procedimientos criminales suizos, GRAMONT era accionista al momento de los préstamos, pero cedió sus acciones a un CACERES VIERA y Antonio Tomás CAMPERCHIOLI. Informe HHR, ob. cit. pág. 46.

una planta que produciría soluciones intravenosas médicas. Pero en el resto, se trataron de transacciones gemelas.

En resumen, la estructura fue la siguiente:

- Construction contract: Se firmó un contrato de construcción (*Lapachos Construction Contract*), que tenía un precio de DM (marcos alemanes) 50.000.000 (aproximadamente USD 34.000.000 de aquél entonces). Lo firmó su Presidente, Silvia CÁCERES DE FOIS, a pesar de que el estatuto preveía la firma de dos directores.
- NFA: Se celebró igualmente un *Notes Financing Agreement* (NFA) por el monto de DM 42.000.000, con cláusula de jurisdicción de Suiza. El NFA de *Lapachos* tenía el mismo sello falsificado que tenía el de *Rosi*, ya mencionado más arriba. Los pagarés emitidos en julio de 1987 en ejecución del NFA tenían la firma de Gustavo Gramont Berres y el mismo sello falsificado de la (inexistente) Embajada Paraguaya en Suiza.
- Legal opinion: Igualmente, en marzo de 1987, Marciano RODRÍGUEZ BAEZ emitió una opinión legal referida a la validez del NFA de *Lapachos*, casi idéntica a la que había firmado para la operación de *Rosi*.
- Supplementary Agency Agreement: También se celebró un contrato suplementario de agencia ("*Supplementary Agency Agreement*"), en junio de 1987, por el cual se asignaba como agente a OTB y los bancos fijaban sus compromisos respectivos:
 - o *Banco Di Roma International*: DM 5.000.000
 - o *Credit des Bergues*: DM 10.000.000
 - o *Dg Bank*: DM 6.000.000
 - o *ITAB Bank*: DM 7.000.000
 - o *Mecfint (Jersey) Limited*: DM 5.000.000
 - o *Overland Trust Banque* (OTB): DM 4.000.000
 - o *Sanpaolo-Lariano Bank*: DM 5.000.000²⁵

²⁵ Este fue el único banco que participó en las dos operaciones.

DOCTRINA

- Guarantee Agreement: Asimismo, en setiembre de 1987 se firmó el contrato de garantía con *Lapachos* (*Lapachos Guarantee Agreement*), que establecía nuevamente la garantía incondicional e irrevocable de la República del Paraguay a todas las obligaciones de la empresa *Lapachos*. Nuevamente, se regía por la ley suiza y se remitía a la jurisdicción de las cortes suizas, con la aceptación expresa de dichos tribunales por la República.
- La póliza de SACE: Por último, y tratándose de una empresa italiana, nuevamente SACE emitió una póliza de fiel cumplimiento por parte de *Lapachos* y la República del Paraguay, la cual fue emitida en octubre de 1987.

Así quedaron perfeccionados también los documentos de la transacción referida a *Lapachos*: contrato de construcción y suministro de la planta; contrato de financiamiento; opinión legal; contrato de garantía; y póliza de SACE.

Al igual que lo que sucedió en el caso de *Rosi*, en forma inmediata, el proyecto tuvo un incremento de DM 12.800.000, lo que fue plasmado por una serie de documentos celebrados en el curso del año 1988.

Así:

- Adenda Pierrel: En febrero de 1988 se firma la adenda al contrato de construcción con *Pierrel Hospital* con lo que se incrementó el costo por DM 12.800.000 y más DM 1.500.000 por trabajos de instalación de equipos en la sede de *Lapachos*; el mismo día se adendó el NFA para cubrir dicho nuevo monto; lo propio sucedió con el contrato de garantía, que fue adendado en marzo de 1988, por GRAMONT en nombre de la República del Paraguay, para incrementar la garantía de DM 42 millones a DM 54.8 millones; posteriormente, la SACE emitió una adenda a la póliza para también plasmar tal aumento.
- En setiembre de 1988, OTB firmó un acuerdo de participación con el Banco Sanpaolo-Lariano S.A., que fue el que asumió el compromiso de financiar completamente el incremento de DM 12.800.000.

Posteriormente, la integración del sindicato de bancos para la operación *Lapachos* sería modificado por el camino: entraron dos nuevos prestamistas, la *Banca Popolare di Milano* y el *Republic National Bank of New*

York, por un lado; y, por el otro, tres de los prestamistas originales de *Lapachos* salieron del sindicato de bancos: *Credit des Bergues*, *ITAB Bank* y el OTB, como surge al momento de la presentación de la demanda por cobro a *Lapachos*, *SACE* y la República del Paraguay ante los tribunales suizos.

IX

Antes de ver cuál fue la suerte de la operación –sin riesgo de sorprender al lector, diremos desde ya que ni *Rosi* ni *Lapachos* intentaron o disimularon jamás que pagarían los préstamos efectuados, con lo cual el reclamo terminó cayendo rápidamente sobre Paraguay– debemos detenernos aunque sea brevemente en dos documentos públicos adicionales utilizados en la operación, pues los mismos aparecerán más adelante en las sentencias suizas.

En efecto, además de los Decretos que lo nombraban “Cónsul” (del año 1979) y “Embajador en Misión Especial” (del año 1983), ya citados más arriba, cabe mencionar en este punto un par de documentos adicionales emanados del Ministerio de Hacienda, particularmente porque los mismos fueron invocados en el razonamiento de los fallos de los tribunales suizos – aunque, una vez más, otorgándoles una extensión y valor que en absoluto tenían.

En este sentido, los jueces suizos le dieron extraordinaria importancia a una nota emanada el 22 de mayo de 1986 por el en aquél entonces Ministro de Hacienda, Gral. César BARRIENTOS, dirigida a “quienes tengan interés” (sic), en la cual se manifestaba que

El Embajador Dr. Gustavo Gramont Berres se constituye en un representante autorizado del Gobierno del Paraguay, con facultades amplias no solo para promover gestiones, sino asumir y suscribir documentos y operaciones que se hallen vinculadas a la ejecución de los programas y proyectos de desarrollo del país y de interés para el Gobierno Nacional.

Asimismo, la nota encarecía a “las personas, instituciones y organismo nacionales e internacionales” a prestar “en nombre del Gobierno del Paraguay”

Su más firme y amplia cooperación que le posibiliten el buen desarrollo de su gestión y al mismo tiempo, obtener el éxito deseado en su misión de servir a su país y a su Gobierno.

Como se verá, a esta nota, que no hace referencia alguna a ninguna operación o documento que podría firmar GRAMONT, la justicia suiza le daría una importancia exorbitante, al punto de terminar obligando a pagar al Paraguay una deuda contraída por GRAMONT no tanto en nombre de su “Gobierno”, sino de su propio bolsillo, i.e., sus propias empresas.

El tiempo también demostraría que varios funcionarios de Hacienda estuvieron involucrados en esta operación –incluso uno de ellos, RODRÍGUEZ BÁEZ, apareciendo luego como representante legal de *Rosi*– con lo cual tan desafortunada nota bien pudo haber sido fruto de maquinaciones de los mismos.

El otro documento emanado del Ministerio de Hacienda que sería utilizado por tribunales helvéticos para condenar al Paraguay injustamente, es la *Resolución* N° 1205 del 10 de octubre de 1986, también firmada por el Ministro BARRIENTOS, y a la cual puede sumarse la ya antedicha suspicacia de colaboración con GRAMONT.

La *Resolución* N° 1205 se intitula “Por la cual se encarga a la representación diplomática del Paraguay en Ginebra, Suiza, efectuar tratativas tendientes a la obtención de recursos destinados al financiamiento de proyectos de inversiones para el desarrollo económico del país”. La interjección necesaria, y primera, es que tal “representación diplomática” no existía.

El *Considerando* de dicha resolución contiene una serie de aseveraciones absolutamente genéricas y hasta inconducentes, aunque refiere a la “inmediata suscripción, en representación de los organismos nacionales de que se trate” de documentos para “movilizar recursos provenientes del ahorro externo” (sic). Más importantes resultan los primeros dos puntos del *Resuelve*:

Art. 1°: Encargar al Excelentísimo Embajador del Paraguay, en Misión Especial y sede en Ginebra, Suiza, Dr. Don Gustavo Gramont Berres... la gestión, presentación y tratativas de operaciones financieras destinadas al financiamiento de proyectos de inversiones para el desarrollo socio-económico del país.

Art. 2º: Facúltase, asimismo, al mencionado Representante Diplomático, con sede en Ginebra, Suiza, a suscribir por el Ministerio de Hacienda de la República del Paraguay y/o de su Gobierno la documentación necesaria que requiere las operaciones autorizadas por el artículo anterior de la presente Resolución.

Varias cosas son llamativas: uno, la generalidad de los encargos y autorizaciones, ya que en ningún momento se menciona qué proyectos u operaciones debería llevar adelante. Tal especificidad es todavía más necesaria a la hora de encargar la firma de documentos, como bien lo notaría treinta años después la magistrada norteamericana que atendería el caso. También llama la atención que se refiera a un representante “diplomático”, en tanto y en cuanto dicha representación no existía – recuérdese: GRAMONT era apenas “Cónsul”.

Todavía más importante es que esta Resolución N° 1205 fue emitida *meses después* que se hubieran firmado los documentos principales de la operación de *Rosi*, con lo cual extrañamente podrían haber creado en los bancos la “confianza” en la representación que invocaba nuestro personaje. Y más: el último punto de la resolución, que nunca fue cumplido, claramente exigía que

Art. 3º: La Representación Diplomática mencionada en el artículo primero de esta Resolución, mantendrá estrecho contacto y permanente coordinación con el Ministerio de Hacienda, al que informará esencial y secuencialmente de las gestiones encomendadas por esta Resolución.

Vale la pena insistir: tales informaciones, permanente contacto y coordinación nunca ocurrió, al punto que la primera noticia oficial de los negocios efectuados por GRAMONT se tendría recién varios años después, una vez caído el régimen de STROESSNER.

X

En efecto: en febrero de 1989 fue derrocado el régimen de STROESSNER. Poco tiempo después, GRAMONT BERRES y su esposa fueron cesados

formalmente de los cargos que ocupaban²⁶. ¿En qué momento “saltó la liebre” ante el cambio de régimen?

Existen tres versiones distintas sobre el momento en el cual el nuevo gobierno toma conocimiento oficialmente del problema referido a la estafa “GRAMONT BERRES”.

Una versión apunta a la nota remitida el 9 de junio de 1989 por el representante de *Rosi* al Ministro de Industria y Comercio, Antonio ZUCCO-LILLO: Brígido RODRÍGUEZ BAEZ. Sí, el ex funcionario del Ministerio de Hacienda y hermano del abogado que firmó las opiniones legales sobre los documentos financieros, firma la nota en nombre de *Rosi*. En dicha nota RODRÍGUEZ BAEZ hace referencia a los documentos que le habían solicitado funcionarios del Ministerio para analizar a profundidad los mismos, pero lamentaba que no podía entregarlos por estar cubierto por una cláusula de “confidencialidad” –lo cual es como mínimo sorprendente, si se considera que la República que solicitaba los documentos era el supuesto “garante” de dichos contratos– y además informaba que los accionistas mayoritarios (GRAMONT y señora) habían transferido su paquete accionario del 90% a “un grupo internacional”.

Otra versión nos la da el gran diplomático paraguayo Luis María RAMÍREZ BOETTNER en sus invalorable memorias –documento crucial de la diplomacia paraguaya– y uno de los verdaderos héroes de nuestro país en el sucio *affaire* de GRAMONT BERRES. Según RAMÍREZ BOETTNER, fue el gobierno de Italia el que hizo las primeras reclamaciones –lo que demuestra, dicho sea de paso y aunque sea absurdo negarlo, el carácter público de la SACE– quién realizó las primeras reclamaciones para el pago, si bien SACE no había pagado suma alguna:

Continuamente los embajadores de Italia, primero Sergio Grimaldi y posteriormente Antonio Cavaterra, reclamaban el pago al Gobierno del Paraguay, en forma insistente y autoritaria, como lo demuestran

²⁶ Por un Decreto firmado unos días después del golpe de estado, en febrero de 1989.

*las duras notas, sobre todo del primero citado, que cursaron al Ministerio de Relaciones Exteriores*²⁷.

En la tercera versión, y quizás la más importante a efectos legales, el 17 de enero de 1990 el propio banco OTB –ya sin NICOLETTI, que había salido del banco, seguramente luego de haber logrado su objetivo– en su carácter de banco agente (i.e. en nombre del resto de los bancos) remite una carta a *Rosi*, denominado “deudor”, y a la República del Paraguay, a la que llama “garante”, en la cual reclama formalmente el pago de la primera cuota del préstamo, de poco más de USD 6.000.000, dentro de los siguientes 55 días.

Más allá de estas especulaciones, lo cierto y lo concreto es que el entonces canciller, Luis María ARGAÑA, solicitó dos opiniones jurídicas sobre el origen y legalidad de las obligaciones reclamadas.

La primera, pública, fue a Miguel MAIDANA ZAYAS, a la sazón *Abogado del Tesoro*, en la cual claramente dictaminaba, como sin dudas correspondía a todas luces, que no se habían cumplidos las normas constitucionales y legales para obligar al Estado paraguayo, especialmente por carecer de la aprobación legislativa²⁸. La segunda opinión fue a un abogado privado, Guillermo PERONI, de conocida trayectoria y prestigio en el ámbito jurídico-financiero internacional. El mismo igualmente se expidió “descalificando totalmente cualquier reclamación que pudiese hacerse al Gobierno del Paraguay” ante las notorias inconsistencias legales de la supuesta garantía, y además agregó que “nunca el Gobierno del Paraguay” había hecho una operación ni remotamente parecida²⁹.

²⁷ Luis María RAMÍREZ BOETTNER, *Memorias*, Intercontinental Edit. Asunción, 2010, pág. 198.

²⁸ Dictamen del 7 de febrero de 1990.

²⁹ RAMÍREZ BOETTNER, *Memorias*, ob. cit. pág. 199. Este hecho fue resaltado por la Sentencia del Juez del Crimen de Asunción que será citada más abajo: “*en los últimos 22 años entre la Constitución del año 1967 y su fin en 1992, como la actual administración ha determinado la total independencia del crédito público del crédito privado. Salvo este caso de autos no existen antecedentes comparables en los cuales*

DOCTRINA

El 2 de febrero de 1990, el Canciller ARGAÑA remitió una nota formal al Ministro de Relaciones Exteriores de Italia en la cual comunicaba formalmente que “no se han reunido los requisitos constitucionales y legales para que el Estado paraguayo tenga comprometida su garantía” y que tuviera ello en cuenta el gobierno de ese país para evitar ser sorprendido en su “buena fe”. Asimismo, el 10 de julio de 1990 el Ministro de Hacienda, Enzo DEBERNARDI, remitió una nota al OTB con la transcripción del dictamen del *Abogado del Tesoro*, y el 11 de setiembre del mismo año se remitieron a los bancos por vía “fax” notas señalando que como los requisitos constitucionales y legales no se habían cumplido, la garantía del Paraguay no era vinculante y por tanto no correspondía el reclamo contra el país³⁰.

Con ello quedó formalizado el repudio por parte de la República del Paraguay de la deuda –espuria– reclamada por los bancos y se inició el largo y multinacional rosario de procesos judiciales referidos al *affaire* GRAMONT BERRES.

XI

Se trató de una saga épica y multinacional de procesos judiciales, pues de las transacciones realizadas por *Rosi y Lapachos* de la mano de los dos “cerebros”, NICOLETTI y GRAMONT, se dieron a través de los años procesos judiciales en tierras helvéticas –civiles y criminales– también en cortes italianas –nuevamente, civiles y criminales– en tribunales paraguayos – ante jueces del crimen y de lo contencioso-administrativo– y en última instancia, ante los juzgados federales de los Estados Unidos de América.

El *affaire* da, realmente, mucha tela para guion cinematográfico, como se ve.

Si bien resulta imposible hacer un recuento exhaustivo de lo acontecido en cada proceso relacionado al caso, es imposible eximirse siquiera de unas referencias escuetas respecto de los mismos, para poder entender mejor la decisión de la jueza BROWN JACKSON que puso fin a años de injusticias en contra de nuestro país.

alguna institución financiera haya pretendido mentadas garantías o que hubiera siquiera ofrecido alguna garantía del Estado para deudas privadas”.

³⁰ Ver Informe HHR ob. cit. pág. 337.

Particularmente, las actuaciones ante tribunales suizos civiles son directamente relevantes e inexcusables –porque en esas cortes triunfó CALICLES ante el más pequeño y fueron esos fallos los que se intentaron ejecutar en los Estados Unidos– pero las actuaciones en Italia también son pertinentes, particularmente porque, como se verá, en esos procedimientos la propia *SACE* alegó que la operación era un fraude. Sí, la *SACE*, que luego intentaría cobrar al Paraguay por la transacción que ella misma entendió cabalmente fue un burdo fraude – y sí, la misma *SACE* cuyo Presidente estuvo preso por el soborno recibido para otorgar las pólizas de fiel cumplimiento. También los procesos en el Paraguay tienen sus consecuencias, ya que el propio GRAMONT BERRES estuvo preso años por el fraude perpetrado, y estas actuaciones criminales debieron de haber sido suficientes para el proceso civil en la Confederación Helvética.

Pero, como se sabe, se impuso la ley del más fuerte.

En consecuencia, seguidamente se hará (i) un muy breve repaso de los procesos llevados adelante en el Paraguay, primero, (ii) en Italia después, para (iii) detenernos luego más pausadamente en los procesos civiles que se siguieron contra la *SACE* y la República del Paraguay en Suiza. Eso permitirá sentar bien los cimientos del terreno para poder entender la sentencia de la jueza JACKSON y la razón por la cual la misma tiene implicancias jurídicas –y políticas– mucho más profundas de lo que a primera vista parece.

XII

El 15 de marzo de 1990, esto es, unos días después de la contestación del canciller ARGANA a la República de Italia más arriba referida, el Fiscal General del Estado, Dr. Diógenes MARTÍNEZ, presentó una denuncia criminal contra GRAMONT BERRES, por la comisión de los delitos de alteración de instrumentos públicos y estafa. La denuncia contiene un relatorio de los hechos y una clara explicación de la necesidad de la autorización del Congreso Nacional para la contratación de empréstitos, según el art. 149 de la Constitución Nacional de 1967. El Fiscal General pidió asimismo la orden de captura de GRAMONT, que se encontraba en el extranjero, solicitando para ello la ayuda de la *Interpol*.

Este proceso concluyó con la Sentencia Definitiva del 30 de diciembre de 1992, dictada por el Juez del Crimen de Primera Instancia Nelson MORA, en la cual se condenó a GRAMONT BERRES a 16 años y 3 meses de pena privativa de libertad, por la comisión de los siguientes delitos: falsificación de documentos, uso fraudulento de sellos falsos, falsedad de identidad, pero no así por la tentativa de estafa, pues el Juez consideró que el Paraguay no debía nada pues la garantía era claramente ilegal (este razonamiento sería claramente falseado al ser condenado el Paraguay en las cortes suizas). La Sentencia criminal hizo hincapié en la obvia falsificación de los sellos utilizados por GRAMONT al firmar los documentos, ya que hasta el año 1990 no hubo Embajada del Paraguay en Suiza.

Esta Sentencia de Primera Instancia fue apelada y el *Tribunal de Apelación en lo Criminal* redujo la pena por Acuerdo y Sentencia del 8 de noviembre de 1996, bajando la pena a 9 años de penitenciaría. Apelada nuevamente ante la *Sala Penal de la Corte Suprema*, la misma decidió reducir nuevamente la pena a 7 años, que fueron cumplidos por GRAMONT en *Tacumbú*. Salió libre en el año 1998, momento en el cual fue extraditado a Suiza para responder ante la justicia del crimen de ese país.

No pueden quedar dudas que le salió bastante barata la trapisonada.

También fue procesado en otra causa penal, ahora con su esposa, por una denuncia posterior presentada por el Fiscal General del Estado Luis ESCOBAR FAELLA, que lo acusó de los delitos de robo, falsificación y utilización de instrumentos públicos (más específicamente, los pasaportes diplomáticos que habían creado y utilizado). Fue en esta causa en la que fue detenido GRAMONT en Estados Unidos y extraditado finalmente al Paraguay³¹. Por esta causa fue condenado a 7 años de penitenciaría, que al ser menor que la anterior y al no existir posibilidad de acumulación de las penas, concurrió mediante el concurso de la otra pena ya mencionada y más extensa.

³¹ De acuerdo a la sentencia dictada en este proceso, fue puesto a disposición del Juzgado el 23 de setiembre de 1991 por la Policía Nacional; GRAMONT renunció al proceso de extradición mientras se tramitaba el mismo y se sometió luego voluntariamente a la justicia paraguaya, tras ser apresado en los Estados Unidos (esto fue tomado, a su vez, como un atenuante en su condena).

La Sentencia, apelada, fue confirmada posteriormente por el *Tribunal de Apelación en lo Criminal*, de Asunción³².

Muchos años después, una vez confirmada la sentencia del *Tribunal Federal Suizo* contra la República del Paraguay en el año 2005, la *Procuraduría General de la República* inició una demanda contencioso-administrativa ante el *Tribunal de Cuentas*, con el objeto de obtener una sentencia declarativa de la falsedad de los instrumentos otorgados por GRAMONT para obligar supuestamente al Paraguay.

XIII

Los procesos judiciales que se llevaron adelante en Italia como consecuencia de los negocios “emprendidos” por el dúo GRAMONT-NICOLETTI tienen una importante relación para nuestro país, por dos razones principales: en primer lugar, porque la defensa de la SACE en ese país para no pagar la póliza ante el reclamo fue justamente que se trataba de un fraude y que las garantías eran inválidas; y en segundo lugar, porque se toma noticia del arresto del Presidente de la SACE al momento de otorgarse la garantía, RUBERTI, con la imputación de haber recibido un soborno para poder dar luz verde al operativo.

En el año 1994 el Fiscal General de la República de Italia inició acciones criminales contra varias personas por el *affaire* de *Rosi y Lapachos*, entre ellos Roberto RUBERTI, principal directivo de la empresa, y GRAMONT y NICOLLETTI, y el Tribunal de Roma emitió una medida cautelar de arresto del primero de ellos en marzo de ese año. Al efecto, bastó la declaración del propio presidente de MAT, Vittorio SERRI, que claramente explicó el *modus operandi*, incluyendo el insistente apuro de GRAMONT para sacar toda la operación adelante, espetando ante una pregunta dubitativa de SERRI de si podría salir adelante el negocio, la frase –que lo pinta de arriba abajo mejor que cualquier biografía– “todos son corrompibles”³³.

³² Acuerdo y Sentencia No. 19 del 28 de julio de 1995; la esposa de GRAMONT fue declarada rebelde y nunca compareció a la causa.

³³ Orden de Arresto del Tribunal de Roma, 9 marzo de 1994.

DOCTRINA

En esta orden de arresto se consigna igualmente el soborno de Carlo BAELI a RUBERTI mediante la entrega de bonos valuados en L 66.000.000 ya adelantado más arriba. El juzgado romano también decretó la detención de GRAMONT y NICOLETTI, la cual sin embargo nunca se concretó.

Un tiempo después, sin embargo, la causa fue sobreseída; aparentemente por una cuestión de prescripción de la acción³⁴, aunque tampoco cabe desestimar la posibilidad de lo escandaloso del asunto, habida cuenta que al *SACE* era una sociedad íntegramente propiedad del gobierno italiano. Quizás nunca lo sepamos.

Por otro lado, resultan pertinentes las actuaciones italianas en el marco del procedimiento de quiebra de MAT, que fue declarada en quiebra en marzo del año 1991 por el juzgado competente de Parma, Italia. Durante el transcurso del proceso de liquidación de la sociedad, el síndico de quiebras designado al respecto inició un procedimiento en contra de *SACE*, por el cobro de la póliza ante el incumplimiento por parte de *Rosi* (el reclamo específicamente era por dos pagarés impagos que totalizaban la suma de L 4.200.000.000).

Pues bien: la *SACE* opuso como defensa principal el hecho que las garantías no eran operativas, y por tanto, la póliza no podía ser ejecutada. Esto es, la defensa de la *SACE* se reducía a señalar que al ser inválidas las garantías otorgadas por GRAMONT en nombre del Estado paraguayo, caía su póliza como consecuencia.

La jueza italiana que atendió el caso estuvo de acuerdo; señaló que la póliza fue emitida “sobre la presuposición que los dos pagarés emitidos por *Rosi* estaban garantizados por la República del Paraguay”³⁵. La jueza consideró el rechazo por nota del año 1990 de la República del Paraguay de la deuda, lo que confirmaba su tesis que al no ser válida la garantía –condición de efectividad para la póliza– el reclamo en contra de la *SACE* no podía prosperar. Desde el punto de vista técnico, la jueza determinó que la invalidez de la garantía no suponía un vicio en el iter formativo del contrato

³⁴ Es lo que afirma la Sentencia Suiza de 2010, en su apartado 30, y también el Informe HHR, ob. cit. pág. 80.

³⁵ Sentencia del Tribunal Civil de Roma, Sesión VI, a cargo de la jueza Laura AVVISATI.

de seguro, sino de su “operatividad”, con lo cual el contrato era válido pero la obligación no era exigible. El resultado era el mismo: *SACE* había ganado el juicio.

Al mismo tiempo, y para no caer en una incoherencia jurídica insostenible, ordenó a la *SACE* a devolver a *MAT* el valor proporcional de la prima pagada, estimada en la suma de L 19.472.865 más sus intereses.

MAT apeló la sentencia; el *Tribunal de Apelación de Roma, Segunda Sección*, señaló con mayor contundencia aún que el Gobierno del Paraguay repudió tempestivamente la garantía, antes del vencimiento de los pagarés, y expresamente mencionó que el Decreto 39.808 que había designado a *GRAMONT* como “Embajador en Misión Especial” solamente tenía manifestaciones genéricas y no contenía ninguna designación expresa del negocio que finalmente ejecutó con *Rosi*. Esto es, para la justicia italiana era bastante obvio –como para cualquier transeúnte despistado, menos, como veremos, para la poderosa justicia suiza– que *GRAMONT* no tenía autoridad jurídica para obligar al Paraguay.

No obstante, el Tribunal de Apelación acogió parcialmente el recurso de *MAT*, al considerar que la póliza no era meramente inoperativa, sino que era nula, con lo cual cabía la restitución *in integrum* de lo pagado más sus intereses, que alcanzaba la suma de L 67.765.570, e impuso las costas por su orden, habida cuenta de la “peculiaridad y complejidad objetiva del asunto”³⁶.

Aunque parezca difícil de creer, posteriormente la *SACE* reclamaría al Paraguay por el pago de la “garantía” otorgada por el “Embajador” *GRAMONT*, a pesar de que había ganado un juicio en dos instancias alegando que esa garantía era inválida. Si no ilegal, no puede dejar de decirse que moralmente se trataba de una conducta muy comprometida, por decir lo menos.

XIV

En Suiza, lugar central del debate jurídico desde luego, existieron procesos civiles y criminales relacionados a la saga *GRAMONT BERRES*. Como los procesos civiles son el punto central, primeramente se hará una muy

³⁶ Sentencia del Tribunal de Apelación, Segunda Sección, del 15 de julio de 2002.

breve referencia al procedimiento criminal para luego detenernos con mayor concentración en el proceso civil.

En 1997, siendo Embajador del Paraguay en Suiza el Dr. RAMÍREZ BOETTNER –mayor antípoda moral e intelectual al anterior “Embajador” GRAMONT es imposible de encontrar–el Paraguay introdujo una denuncia penal ante la Fiscalía del Cantón de Ginebra contra GRAMONT. El mismo fue extraditado de Paraguay a Suiza en enero de 1998, esto es, al cumplir con su condena en *Tacumbú* fue directo a Suiza.

No obstante, estas investigaciones criminales no avanzaron mucho, pues el Fiscal a cargo señaló que si GRAMONT hubiera sido encontrado culpable por los delitos de estafa y producción de documentos falsos, la pena que cumplió en Paraguay sería mayor a la que podría ser condenado en Suiza, con lo cual la persecución penal helvética carecía de interés y fue abandonada.³⁷

Nuevamente, no es del todo descabellado albergar la sospecha de que la razón subyacente estaba en otro sitio: esto es, que esta investigación penal hubiera hecho trizas, o cuanto mínimo haber generado un escándalo jurídico mayor, con relación a lo que eventualmente decidiera (y decidió) la justicia civil de Suiza, en una serie de fallos que no pueden ser tildados sino de verdaderas *stultifera juris*, como se verá a continuación.

XV

El proceso civil en tierras helvéticas comenzó en febrero de 1995, cuando el sindicato de bancos inició una demanda conjunta por las deudas tanto del proyecto *Rosi* como *Lapachos* (acumulando las pretensiones) en contra de la República del Paraguay y *SACE*. Es decir, los obligados principales, *Rosi* y *Lapachos* no fueron demandados – lo que tiene sentido si se considera que eran empresas con un capital mínimo y absolutamente insolventes (¡aunque ello no explica por qué, en una primera instancia, le prestaron tanto dinero!).

En resumen, por el proyecto *Rosi* los bancos demandaron la suma de SF 33.357.140, en base a las siguientes participaciones:

³⁷ Sentencia Suiza Primera Instancia 2005 apartado 19.

- *Banque Bruxelles Lambert*: SF 3.569.213,90
- *DG Bank*: SF 7.138.427,90
- *Banque Paribas*: SF 7.138.427
- *Union de Banques Arabes et Francaises*: 10.707.641
- *Sanpaolo Lariano Bank*: SF 4.803.428,10 y además la suma de L 5.192.764.000

Por el proyecto *Lapachos*, por otro lado, se reclamó la suma de DM 31.320.000, compuesta de la siguiente manera:

- *Banca di Roma International*: DM 9.715.464
- *DG Bank*: DM 3.429.554
- *Mecfint (Jersey) Limited*: DM 5.715.900
- *Sanpaolo Lariano Bank*: DM 6.514.560
- *Banca Popolare Milano*: DM 2.286.360
- *Republic National Bank of New York*: DM 3.658.176

La demanda también reclamaba intereses moratorios y asimismo se reservaba el derecho de reclamar las cuotas no vencidas en la medida que hubieran cayendo los plazos, razón por la cual la condena final será bastante superior a estas cifras, como se verá más abajo.

El abogado de los bancos fue un peso pesado de la abogacía y derecho suizo: Pierre LALIVE.

Maitre LALIVE no sólo era una leyenda en tribunales suizos, y un respetado académico del derecho (su especialidad era el derecho internacional privado), sino también una de las figuras más importantes y reconocidas en los años de consolidación del moderno arbitraje comercial internacional³⁸. Esto demuestra, dicho sea de paso y no es un tema meramente anecdótico, que los bancos entraron a jugar con los tapones en punta, como se dice en la jerga futbolera; es decir, no se anduvieron con vueltas y decidieron desde el vamos atacar con toda la fuerza posible.

³⁸ Un “gigante”, lo considera con no demasiada exageración la *International Council for Commercial Arbitration* In <http://www.arbitration-icca.org/news/2014/82/tribute-to-professor-dr-pierre-lalive-1923-2014.html>; el *Global Arbitration Law Review* por su parte lo llama “fundador” del arbitraje internacional: <https://globalarbitrationreview.com/article/1033233/pierre-lalive-1923-2014>.

Un dato que resulta no meramente anecdótico es el retiro del Banco *Paribas* de la demanda civil, como resultado de las gestiones que había realizado el en aquél entonces Canciller RAMÍREZ BOETTNER.

Relata en sus *Memorias* el ilustre diplomático paraguayo el incidente diplomático:

Acompañando al Presidente de la República, don Juan Carlos Wasmosy en un viaje especial a Francia, en la entrevista que nos concedió el Presidente de la República francesa, Jacques Chirac, el presidente Wasmosy le expresó que yo le explicaría un pedido que hacía en nombre de la República del Paraguay y en una breve exposición transmití al presidente Chirac la demanda judicial en Ginebra que sufría el país por la falsa garantía que se había otorgado en nombre del Paraguay y que el líder de los Bancos era el Banco francés Paribas, que si bien era un banco privado, le pedíamos su intercesión para que se retiraran de la demanda. A esto el Presidente Chirac, sin titubear, le contestó a nuestro Presidente: “Un banco francés no puede estar en un fraude y les pediré que se retiren”³⁹.

Se trata de un caso no demasiado común en el cual una gestión diplomática tiene un impacto casi inmediato: poco tiempo después, efectivamente, sin expresar causa alguna, *Paribas* se retiró de la demanda iniciada en tribunales suizos⁴⁰. De acuerdo a RAMÍREZ BOETTNER,

Esto lo hacía sin duda alguna porque ya habían dudado de la legalidad de esta operación de la sucursal de ellos en Londres, y es por eso que los bancos hasta ahora se opusieron a que testimonien por exhorto el que era gerente en esa época de la sucursal de Londres⁴¹.

³⁹ RAMÍREZ BOETTNER, *Memorias...*, ob. cit. pág. 210.

⁴⁰ Lo hizo el 31 de enero de 1996, conforme lo comenta la sentencia suiza del 2005, apartado numero 21.

⁴¹ Idem. Como relata posteriormente RAMÍREZ BOETTNER, *Memorias...*, ob. cit. pág. 215, al realizarse la toma de pruebas en el proceso criminal suizo se demostró que el propio Banco *Paribas* en 1991 había puesto en duda la veracidad del informe

A pesar de esta hipótesis, que a la postre vendría a ser asaz optimista, en realidad años después *Paribas* volvería a introducir una demanda contra la República del Paraguay, olvidando su propia actuación anterior. Sin dudas que las sentencias favorables obtenidas por los otros bancos, sumado al abandono de la causa penal en Suiza, y por último, la falta de gestiones diplomáticas posteriores patrióticas y firmes como la de RAMÍREZ BOETTNER, hicieron que el banco francés pusiera sus intereses financieros por sobre cualquier otra consideración. Por ello, terminó demandando nuevamente al Paraguay en el año 2005, como veremos más adelante.

Este último hecho explica que hubieran existido dos procesos civiles en Suiza en contra del Paraguay, y dos sentencias condenatorias que luego la *SACE* intentó ejecutar en los estrados tribunales de Estados Unidos de América.

XVI

Vayamos al primer proceso civil, excluido el reclamo puntual de *Paribas*, pues fue el principal y en el cual se discutieron a fondo las cuestiones relacionadas a la “garantía” otorgada por GRAMONT.

Este proceso estuvo dividido en dos etapas o fases bien distintas: en la primera, la discusión se centró en cuestiones jurisdiccionales o de forma –i.e., previas– en tanto que en la segunda el tribunal suizo consideró las alegaciones sustantivas –i.e., de mérito– que iban al fondo del reclamo de los bancos. En ambos casos, la litigación tuvo tres instancias: fallo de primera instancia, seguido por apelación y finalmente el recurso ante el *Tribunal Fédéral* suizo. Esto es, existieron seis resoluciones en total.

La razón de la división en dos fases del proceso tiene su explicación en el hecho que la defensa del Paraguay –encargada a dos abogados suizos,

del abogado paraguayo Marciano RODRÍGUEZ BAEZ de que se hubiesen cumplido todos los requisitos constitucionales y legales para constituir una obligación exigible al Estado paraguayo, y en consecuencia, la misma legalidad de la operación, a pesar de que dicho abogado había dado un informe certificando que se habían cumplido todos los trámites legales para obligar legalmente a la República del Paraguay.

Marc BONNANT y Frédéric MARTI⁴²– se centró principalmente en una excepción de “inmunidad de jurisdicción”, por una parte, y de incompetencia *ratione loci*, y la defensa de la SACE igualmente opuso una excepción de incompetencia basándose también en la lógica de la *ratione loci*.

La excepción de inmunidad de jurisdicción opuesta por el Paraguay se basaba, obviamente, en la doctrina del derecho internacional público según la cual los estados soberanos tienen inmunidad ante las cortes extranjeras –*par in parem non habet imperium*– y no pueden ser demandados en la misma salvo que hubieran expresamente renunciado a tal inmunidad⁴³. En resumidas cuentas, el Paraguay alegó que al ser un estado soberano, no podía ser citado y demandado en las cortes de la Confederación Helvética.

En cuanto a la incompetencia *ratione loci* el Paraguay alegó que debía ser demandado en todo caso ante los tribunales nacionales paraguayos, ya que la prórroga de jurisdicción a las cortes suizas contenidas en los docu-

⁴² Si bien BONNANT, al haber sido Presidente del Colegio de Abogados de Ginebra, era el abogado principal del Estudio, la defensa del Paraguay estuvo mayormente a cargo del otro socio, MARTI, como lo aclara el Canciller RAMÍREZ BOETTNER en *Memorias*, ob. cit. pág. 212.

⁴³ Tradicionalmente, y siguiendo la lógica de la igualdad entre estados soberanos (en la frase en latín, “*par in parem non habet imperium*”, esto es, entre soberanos en pie de igualdad no puede existir ejercicio de imperio del uno sobre el otro) el derecho internacional público acogió la doctrina absoluta de la inmunidad soberana, según la cual en ningún y sin importar la naturaleza del acto el estado no podía ser demandado en las cortes de otro país: ver, e.g. Malcolm SHAW, *International Law*, Cambridge Univ. Press, 2008, pág. 701 y ss. No obstante, la surgente actividad comercial desarrollada por los estados soberanos a fines del siglo diecinueve y sobre todo en el veinte, llevó a la adopción de la doctrina “restrictiva” o “relativa” de la inmunidad soberana, que distingue entre los actos de gobierno o *jure imperii* y los actos de una naturaleza comercial o *jure gestionis*, estos últimos exentos de la inmunidad soberana. En la actualidad, como informa BROWNLIE, hay una fuerte tendencia hacia la posición restrictiva, si bien la absoluta tiene todavía algunos adherentes y no puede decirse por ello que alguna de las posiciones sea derecho internacional público consuetudinario. Ver BROWNLIE, *Principles of International Public Law*, OUP, Oxford, pág. 327 y ss.

mentos de las operaciones era inválida ante la inexistencia de una autoridad jurídica de GRAMONT de otorgar la garantía y mucho menos renunciar a la jurisdicción de tribunales locales.

La excepción de la *SACE*, a su vez, se fundaba en la cláusula contenida en las pólizas emitidas en relación a las transacciones de *Rosi y Lapa-chos*, las cuales claramente establecían la jurisdicción de los tribunales civiles de Roma, Italia.

Las tres excepciones fueron rechazadas por el *Tribunal de Primera Instancia* del Cantón de Ginebra, a cargo del juez BAECHLER.

En cuanto a la excepción de inmunidad de jurisdicción, el juez sostuvo que el Tribunal Federal suizo ya había consagrado en sus fallos la visión restringida de la inmunidad de jurisdicción, según la cual cuando el Estado actúa como una persona privada –los actos *jure gestionis*– los mismos son susceptibles de la jurisdicción extranjera, en tanto que cuando actúan como persona de derecho público –los actos *jure imperium*– sí tienen su privilegio de inmunidad jurisdiccional⁴⁴. Pues bien, según el juez BAECHLER, resulta con claridad que la naturaleza de los actos en cuestión eran operaciones comerciales, realizados en su carácter de *jure gestionis*, pues se referían a garantías para empresas privadas. Seguidamente, en cuanto a las alegaciones del Paraguay de que las garantías otorgadas por GRAMONT BERRES eran inválidas, el juez razonó que

Esta alegación se refiere al fondo de la cuestión y no a la cuestión de la inmunidad...será en el procedimiento sobre el fondo en donde se

⁴⁴ Ver Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, Ginebra, 1.a. fallo no. 394 del *Tribunal Fédéral* suizo ahí citado. Suiza se encuentra entre los países que hace tiempo han adoptado la visión restrictiva o relativa de la inmunidad soberana, al igual que los Estados Unidos, el Reino Unido, Australia, Canadá, Sudáfrica, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Italia, Holanda, España, Nueva Zelanda, Chile, México, Noruega, entre otros; ver BROWNLIE, *Principles...*, ob. cit. pág. 328.

*podrá examinar si los documentos suscriptos por el Embajador Gramont Berres deben/pueden ser imputados a la República del Paraguay*⁴⁵.

En cuanto a la objeción de competencia *ratione loci*, el juez elaboró el dato que las garantías otorgadas por el Paraguay (i.e. por GRAMONT) contenían una clara y no-ambigua remisión al foro suizo –“*dénuée d’ambiguïté*”– y se trataba de una opción válida, conforme la ley suiza y también la *Convención de Lugano*, un instrumento internacional referido a la competencia territorial del cual Suiza es parte⁴⁶. En base a ello, rechazó la excepción de incompetencia opuesta por la defensa paraguaya.

Por último, en cuanto a la excepción de incompetencia *ratione loci* opuesta por la *SACE*, en base a la cláusula de jurisdicción de tribunales de Roma incluida en las pólizas, el juez BAECHLER también la rechazó. Su argumento era que, si bien la póliza firmada con OTB en su carácter de banco agente contenía la remisión a las cortes romanas, no era menos ciertos que debía distinguirse la situación de OTB con la del resto de los bancos –los verdaderos beneficiarios de la póliza–, a quiénes no debía extenderse la cláusula contractual⁴⁷. Pero, además, razonó que aún para el caso que se entienda que la cláusula de la póliza debía extenderse a los bancos –algo que debe rechazarse– tal prórroga no excluye el foro previsto en el art. 8 de la *Convención de Lugano*, de la cual era parte Italia y también Suiza, y que permite la interposición de la demanda, en este caso, tanto en Suiza como en Italia. En otras palabras, en aplicación de las reglas de tal *Convención*, los bancos podían elegir si demandar en el foro italiano o en el suizo, y la excepción, por tanto, no podía prosperar.

Si bien se trataba de una derrota procesal para nuestro país, la realidad es que el juez BAECHLER pateó la pelota jurídica para adelante, en términos coloquiales, ya que la cuestión principal sin dudas giraba en torno a la validez o no de las garantías que había otorgado GRAMONT, lo que recién se analizaría en la fase de méritos.

⁴⁵ Idem. en el 1.c.

⁴⁶ Idem. en el 2.

⁴⁷ Idem. en el 3.c.

Ahora bien: tanto la República del Paraguay como la *SACE* apelaron esta decisión de primera instancia, la cual fue objeto de atención por la *Cour de Justice* en su *Chambre Civile* del Cantón de Ginebra, que se expidió el 14 de noviembre de 1997.

La *Cour*⁴⁸ confirmó el fallo apelado en cuanto a las dos defensas del Paraguay; en cuanto a la excepción de la *SACE*, la *Cour* confirmó la resolución parcialmente, esto es, sólo respecto de uno de los bancos, haciendo lugar a la defensa con relación a los demás bancos del sindicato.

Al analizar la excepción de inmunidad de jurisdicción, la *Cour* distinguió también las dos posibles concepciones de la inmunidad –la amplia y la restringida– y señaló que la tendencia es hacia la restricción del privilegio derivado de la inmunidad, tal cual está codificada en la *Convención Europea sobre la Inmunidad Soberana*, citando también la jurisprudencia suiza, que confirma esta tendencia al señalar que el privilegio de la inmunidad solamente se concede para actos *jure imperii*, no así para los actos en los que actúa el Estado como un individuo privado, esto es, para los actos *jure gestionis*. En el presente caso, los contratos de garantías firmados en representación de la República del Paraguay por GRAMONT eran de “naturaleza propia del derecho privado”, ya que son compromisos financieros con bancos y otros individuos. Tratándose de actos comerciales o privados, esto es, de mero *jure gestionis*, no se aplica en consecuencia la doctrina de inmunidad de jurisdicción. Por último, razonó la *Cour*

*La República de Paraguay expresamente renunció a su inmunidad de jurisdicción, y dicha renuncia debe ser considerada como válida a los efectos de la admisibilidad de la demanda, debido a que la existencia real de los poderes de representación de Gramont Berres serán examinadas en la etapa de examen del fondo de la cuestión*⁴⁹.

Nuevamente, si bien la *Cour* falló en contra de la defensa principal de Paraguay, va de suyo que el punto neurálgico de la cuestión –i.e., la cuestión de la validez de los poderes de representación de GRAMONT– no fue resuelto por la misma, ya que se limitó a “considerar como válida a efectos de la

⁴⁸ Integrada por los jueces Jean-Pierre PAGAN (Presidente), Pierre WEBER y Axel TUCHSMID.

⁴⁹ Fallo de la *Cour*, en el apartado 2.

admisibilidad de la demanda” pero su validez sería objeto de análisis en la segunda etapa del juicio, la que se refiere a los méritos.

Este punto fue enfatizado con mucha mayor profundidad por la *Cour* al analizar la excepción de incompetencia *ratione loci* que había opuesto el Paraguay negando que sea el foro suizo el que debiera entender en la cuestión.

En efecto: con relación a la incompetencia *ratione loci*, la *Cour* razonó que

La validez de la elección del foro en favor de los tribunales suizos depende igualmente de la existencia y de la validez del acuerdo entre las partes. En el presente caso, la validez de la elección de foro depende de la representación válida de una de las partes, pues cada garantía simultáneamente contiene la elección del foro. Sin embargo, cuando la cuestión de los poderes de representación se presenta no solamente sobre la decisión de la competencia, sino también del fundamento de la pretensión litigiosa, se convierte en doblemente pertinente. En el presente caso, no hay lugar para establecer la existencia de los poderes de representación al nivel de la competencia, sino que es necesario presumir su existencia, para el examen de la competencia. En otras palabras, cuando la cuestión de la admisibilidad se superpone con la del fondo de la demanda, las cuestiones pertinentes deben ser examinadas en una sola oportunidad, en el momento en el que el tribunal se debe pronunciar sobre el fondo, no en el momento en que debe pronunciarse sobre la admisibilidad... esta manera de proceder puede no ser metodológicamente satisfactoria, cuando una demanda es considerada inicialmente admisible pero luego en la fase de méritos es declarada inadmisibile, pero tiene la ventaja de permitir que el demandado pueda oponer al accionante la exceptio rei judicatae a una segunda, cuestión materialmente idéntica, introducida luego en un foro alternativo⁵⁰.

En el razonamiento de la *Cour*, entonces, resultaba necesario asumir la existencia de los poderes de GRAMONT porque ello era beneficioso para el

⁵⁰ Idem. punto aa).

Paraguay, ya que le permitiría eventualmente defenderse mejor y tener un fallo con autoridad de cosa juzgada ante otro eventual reclamo. Si bien la presunción de validez le perjudicaba en cuanto a la excepción previa, a la larga ello beneficiaría al Paraguay. Así:

*En la presente causa, hay lugar a presumir, en interés de la República del Paraguay, la existencia de los poderes de representación de Gramont Berres. En otras palabras, durante el examen de la competencia de los tribunales de Ginebra, hay lugar a presumir la existencia y la validez del acuerdo referido, en particular, a la elección del foro*⁵¹.

Esto, que podría hasta parecer un triunfo para la causa paraguaya – el tribunal suizo se esfuerza en hacer entender que su razonamiento es para beneficiar al Paraguay, no para perjudicarlo– terminaría siendo de una ironía dolorosa al llegar la cuestión al *Tribunal Federal*; parecería ser, en efecto, casi un juego perverso de la justicia suiza, como veremos más abajo.

Por último, en cuanto a la excepción de incompetencia *ratione loci* que opuso la *SACE*, alegando que la cuestión debería ser entendida por tribunales romanos, la *Cour* determinó que la *Convención de Lugano* era claramente aplicable, habida cuenta de que tanto Suiza como Italia eran parte de la misma, y que, en aplicación del art. 8 de la citada Convención, la demanda podía ser introducida en el lugar del domicilio del asegurado. Seguidamente, la *Cour* manifestó que si bien OTB firmó las pólizas y dicho banco tenía su domicilio en Ginebra, en puridad actuó como representante de los demás bancos asegurados, y que respecto de los demás bancos beneficiarios de la póliza, solo el *Banque Bruxelles Lambert* tenía su domicilio en Ginebra, en tanto que el resto de los bancos del sindicato tenían su domicilio en otras sedes. Por tanto, concluyó la *Cour*

*Salvo para el caso de Banque Bruxelles Lambert (Switzerland) S.A., los demás demandantes no tienen la posibilidad de iniciar una acción contra SACE ante los tribunales de Ginebra. Su demanda es en consecuencia declarada inadmisibles*⁵².

⁵¹ Idem. anterior.

⁵² Idem. punto b).

Tanto el Paraguay como la SACE, por su parte y cada uno por sus distintas razones, recurrieron esta decisión contra el *Tribunal Fédéral* de Suiza, buscando revertir la misma.

Con el diario del día de mañana, sin embargo, cabe afirmar que fue la peor decisión que se pudo haber tomado, ya que la sentencia que dictaría el *Tribunal Fédéral* suizo prácticamente daría el golpe de gracia a las posibilidades del Paraguay en tierras helvéticas.

El *Tribunal Fédéral*, compuesto en su cámara civil con los jueces WALTER, BOURGKNECHT, KLETT, NYFFELER y JACOT-GUILLARMOD, se expidió el 5 de octubre de 1998. Cabe apuntar que el *Tribunal Federal* es una corte de jurisdicción restringida y, por ejemplo, no puede entender en cuestiones fácticas, debiendo remitirse a las argumentaciones fácticas realizadas en las instancias inferiores, y que sólo podría tener competencia si existieron violaciones a las normas federales sobre la prueba⁵³. Este punto es relevante, ya que buena parte del *brief* presentado por el Paraguay ante el *Tribunal* se refería a la producción de evidencia sobre los procedimientos criminales de GRAMONT en Paraguay, para reforzar la visión de que las garantías eran fraudulentas y la remisión a las cortes suizas inválida. Esto fue ofrecido como prueba nueva ante el *Tribunal*.

Pero, como el Paraguay no alegó que la *Cour* hubiera violado disposiciones federales de prueba –al contrario, afirmó en su escrito expresamente que “no criticaba los hechos tales cuales fueron presentados por la *Cour*”– el *Tribunal Fédéral* determinó que la apelación en este punto, al estar basada en hechos no considerados por el juzgado inferior, era inadmisibile. Por tanto, todos los hechos agregados por el Paraguay ante el *Tribunal Fédéral* –particularmente, las probanzas de los procedimientos criminales de GRA-

⁵³ Dice este Art. 63: “1 Le tribunal ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties. Il n’est pas lié par les motifs qu’elles invoquent. 2 Il fonde son arrêt sur les faits tels qu’ils ont été constatés par la dernière autorité cantonale, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n’aient été violées. Est en outre réservée la rectification d’office de constatations reposant manifestement sur une inadvertance.”

MONT— fueron considerados como “puramente alegatorios” (*largement appellatoire*); esto es, simples alegaciones y no probanzas a ser estudiadas por el *Tribunal*.

En este punto, y si bien el conocimiento del derecho procesal suizo por parte de quién escribe estas líneas es nulo, parecería ser que la defensa del Paraguay no consideró las reglas básicas de competencia del *Tribunal Fédéral*, ya que todo indica que el *Tribunal* aprovechó ello para desechar las pruebas que hubieran sido claves para su posición. Es decir, la limitación de la competencia del *Tribunal* con relación a los hechos es bastante clara, por lo que la presentación de las pruebas debería de haber o cuestionado la actuación de la *Cour* o bien de alguna manera justificar la misma, pues lo contrario implicaba que el *Tribunal Fédéral* podría fácilmente salirse de la misma, como de hecho lo hizo.

Luego de desechar esta evidencia, el *Tribunal* pasó a considerar la otra objeción del Paraguay: que la decisión tanto de la *Cour* como del juez de primera instancia sobre la “doble relevancia” de la cuestión de la validez de los poderes de GRAMONT —esto es, tanto en fase de jurisdicción como de fondo— era errónea y debía ser reformada, habida cuenta de que dicha cuestión debía tratarse *ab initio*, al tratar la fase jurisdiccional. Paraguay argumentó que la cuestión de la “doble relevancia” sólo tiene sentido en casos comunes —en los que la *res judicata* sobre el fondo de la cuestión habilitaría al demandado a presentar la defensa en forma irrefutable en otros foros, como afirmó la *Cour*— pero no así en los casos de inmunidad de jurisdicción invocados por estados soberanos. En estos casos, de acuerdo al alegato paraguayo, la objeción procedimental debe ser resuelta en la primera fase del proceso, aún cuando también tenga relevancia en cuanto al fondo de la cuestión, pues “no resulta aceptable que se exija a un Estado soberano seguir un proceso ante una corte cuya jurisdicción se encuentra objetada”.

En este punto, el *Tribunal Fédéral* concordó plenamente con la posición del Paraguay. Así, afirmó que

Cuando un Estado demandado afirma la inmunidad de jurisdicción, parecería ser que esta cuestión debería ser decidida al principio del litigio; efectivamente, parecería ser difícilmente compatible con el principio de inmunidad obligar a un Estado a proceder sobre los mé-

*ritos en cuanto pretende, invocando su soberanía, evitar toda y cualquier otra corte en otro Estado. Como bien afirma el accionante (i.e. Paraguay) la posibilidad de posponer las cuestiones de doble relevancia es excepcionalmente admitida, siempre en intereses del demandado... y sin embargo, los intereses del Estado que afirma su inmunidad de jurisdicción, requieren, por el contrario, que la cuestión sea resuelta antes que cualquier otra*⁵⁴.

Seguidamente, el *Tribunal* razonó que la *Cour* efectivamente presumió la validez de los poderes para obligar al Paraguay y firmar las garantías, pero que lo hizo solamente “para admitir la validez de la cláusula de elección de foro contenida en las garantías”. Sin embargo, el *Tribunal* concluyó que ello era un error, ya que la cuestión de la inmunidad o no se limitaba al hecho de si el acto en cuestión era o no *jure gestionis*, esto es, de naturaleza privada o comercial. En otras palabras, el hecho de que se trataba de un acto comercial del Estado paraguayo era suficiente para desechar la defensa de la inmunidad de jurisdicción, y era innecesario por ello asumir la validez de los poderes referidos a la renuncia de la inmunidad. Al ser la operación comercial, era irrelevante que existiera o no una renuncia a la misma, ya que para el derecho suizo el acto comercial del estado implica la inexistencia de la doctrina de la inmunidad de jurisdicción⁵⁵.

El *Tribunal* recordó que, desde un viejo fallo del año 1918, ya se había dejado el precedente de que el derecho suizo adoptaba la visión restrictiva de la inmunidad soberana, limitándola específicamente para casos de actos *jure imperii*, no así para los actos de tinte privado, o *jure gestionis*. Típicos ejemplos de lo primero son las actividades militares, expropiaciones, nacionalizaciones, etc., en tanto que los empréstitos, alquileres, contratos de servicios, y compromisos financieros como préstamos o garantías, son típicos ejemplos de *jure gestionis*, y claramente no se encuentran cubiertos por la doctrina de la inmunidad⁵⁶.

⁵⁴ Fallo del *Tribunal* del 5 de octubre de 1998, punto 3.b.

⁵⁵ Idem. 3.c.

⁵⁶ Idem. 4.a.

Pues bien, a la luz de tales criterios, para el *Tribunal Fédéral* resultaba claro que el presente caso caía fuera de la visión restringida de la inmunidad soberana, ya que los documentos y actos llevados adelante eran de una clara naturaleza comercial, algo que el Paraguay “no contradujo seriamente” en todo el curso del procedimiento. Por el contrario, el Estado paraguayo actuó “obviamente igual a una persona privada (*jure gestionis*), en el contexto de una transacción típicamente comercial”. Esto implicaba que efectivamente, los actos no se enmarcaban dentro de la doctrina de la inmunidad de jurisdicción, y por tanto, la defensa paraguaya carecía de asidero alguno. Como dijo el *Tribunal*, “cuando el Estado no puede afirmar la inmunidad de jurisdicción, no existe razón alguna para analizar si el mismo renunció válidamente a la misma o no”⁵⁷.

En otras palabras, al ser el acto comercial no existe inmunidad soberana alguna, razón por la cual la investigación de si la renuncia a la inmunidad contenida en los documentos firmados por GRAMONT era absolutamente irrelevante.

No obstante, el *Tribunal* seguidamente afirmó que la cuestión de la “validez de los poderes de representación de Gramont Berres... retiene su relevancia al momento de juzgar la validez de la extensión del foro en favor de los tribunales suizos”. Y luego afirmó la frase que selló el destino del Paraguay en el pleito: “esta cuestión puede ser resuelta en este estadio procesal del procedimiento”⁵⁸.

En otras palabras, el *Tribunal* modificó profundamente el razonamiento y proceder de los dos tribunales inferiores: las dos instancias inferiores presumieron su validez, pero dejaron la decisión definitiva para la fase de méritos. El *Tribunal Fédéral*, sin embargo, resolvió la cuestión en esta etapa jurisdiccional, pero al mismo tiempo de haber descartado expresamente las pruebas producidas por el Paraguay que servirían para demostrar la invalidez de los poderes invocados por GRAMONT.

Alea jacta est, obviamente: sin esa evidencia, resultaba imposible que el Paraguay se defienda.

⁵⁷ Idem. 4.b.

⁵⁸ Idem. 4.c.

Seguidamente, y con inusitada velocidad y flaqueza argumentativa, el *Tribunal Fédéral* dispuso de la cuestión, afirmando la validez de los poderes de GRAMONT BERRES para obligar a la República del Paraguay, en base a los siguientes argumentos.

En primer lugar, el *Tribunal* dejó establecido que si bien Paraguay alegaba que los documentos utilizados por GRAMONT eran falsificaciones y que el mismo había sido condenado por la justicia criminal, no era menos cierto que el Paraguay no controvertió que GRAMONT BERRES fue “Consul en Ginebra del 6 de noviembre de 1979 hasta el 7 de febrero de 1989”. Ello surge del informe de la Cancillería suiza, ya mencionado arriba, en el cual también se consignaba que no había Embajada Paraguaya en Berna y que GRAMONT nunca estuvo acreditado como Embajador en Suiza.

Seguidamente, hizo hincapié en que las relaciones diplomáticas y consulares se basan en relaciones de “confianza”, y que el país que envía diplomáticos debe asegurarse que los diplomáticos que envía a otros países no se excedan del marco de sus deberes en el Estado recipiente. Afirma el *Tribunal* que existe un “alto grado de confianza recíproca” en las relaciones diplomáticas entre Estados.

En tercer lugar, sostuvo que las relaciones consulares entre Suiza y Paraguay fueron establecidas por mutuo consentimiento, en base a la *Convención de Viena sobre relaciones Consulares de 1963*, y que las formalidades para el reconocimiento de Gramont como cónsul en Suiza se cumplieron debidamente.

De ello, se sigue –y este es el *crux* de su sentencia en este punto– según el *Tribunal Fédéral*

Que las entidades económicas que trataron con Gustavo Gramont Berres tenían el legítimo derecho a creer que el cónsul estaba debidamente apoderado para tratar con ellos. Desde el punto de vista del derecho consular, incluso el nombramiento del 27 de mayo de 1983 a Gramont Berres como Embajador Especial por el Presidente de Paraguay, y los detalles dados por el Ministro de Hacienda el 22 de mayo de 1986, sobre la naturaleza de los deberes conferidos al mismo, no eran de una naturaleza tal que pudieran conllevar, a priori, una sospecha a los ojos de los contactos europeos de Gramont Berres, así como

el art. 17 de la Convención de Viena sobre relaciones Consulares establece que en ciertas circunstancias, un funcionario consultar puede, en un Estado en el que el Estado remitente no cuenta con una misión diplomática, puede estar autorizado a llevar adelante ciertos actos diplomáticos.

Y aquí la conclusión del *Tribunal*, para sellar la suerte del Paraguay:

*Resulta de ello que el Estado demandado debe asumir los poderes al menos aparentes creados a favor de la persona a quién ahora considera un falsus procurator.*⁵⁹

“Aunque usted no lo crea”, esto es todo.

Es decir, el *Tribunal Fédéral* suizo, a pesar de que GRAMONT nunca estuvo acreditado como Embajador en Suiza, a pesar de que no existía Embajada paraguaya abierta en Suiza, a pesar de que las “garantías” tenían un sello que decía “Embajada Paraguaya de Suiza”, a pesar de que los bancos no efectuaron ninguna investigación siquiera ínfima para determinar si los proyectos eran viables, a pesar de que el capital social de la empresa apenas alcanzaba USD 30.000, a pesar de que la esposa de GRAMONT firmaba en nombre de la empresa deudora y que GRAMONT era el Presidente de la empresa (*Rosi*), a pesar de que la operación financiera no era la propia de un diplomático (mucho menos, un cónsul), a pesar de la evidencia producida por el Paraguay –descartada como meramente “alegatoria” unos párrafos más arriba– es decir a pesar de todo esto el Paraguay debía “asumir” una obligación por los poderes “al menos aparentes” de GRAMONT.

“Manifiestamente irrazonable”; no queda otro insulto mayor a esta *stultifera juris*.

Lo peor, lo más irónico o insultante, es que la prueba de que GRAMONT incluso había estado preso por haber falsificado los documentos había sido convenientemente desechada por el propio *Tribunal* unas oraciones antes.

“*How convenient*”, diría un caballero inglés.

En otras palabras: tanto el juzgado de primera instancia como la *Cour* de apelación entendieron, porque ello supuestamente convenía al Paraguay,

⁵⁹ *Idem.*, 4.c.

que la cuestión de los poderes de GRAMONT debía analizarse en la fase de méritos, y que se asumía su validez a efectos del problema de jurisdicción; el *Tribunal Fédéral*, por otro lado, y por convenir (¡ay ironía maliciosa!) al Paraguay, entendió que la cuestión de los poderes debía resolverse de entrada, pero sin las pruebas aportadas por el Paraguay, y asumiendo los poderes “al menos aparentes” de un cónsul que obligó a un país –contra las claras disposiciones constitucionales y legales que podían ser fácilmente consultadas– a una deuda multimillonaria de una empresa de la cual era accionista mayoritario y garantizando un contrato firmado por su esposa con un sello de una Embajada que ¡el propio Tribunal afirmó no existía al momento de firmarse la garantía!

Esto, señores, no es justicia, no es razonabilidad; esto es puro *fiat*, fuerza, la ley del más fuerte, la ley de los bancos en un país reconocido por ser sede de la industria bancaria.

En cuanto a la cuestión de los bancos contra SACE, el *Tribunal Fédéral* destacó la diferencia jurídica existente entre el “tomador” de la póliza, y los “beneficiarios”, ya que el tomador obviamente en este caso era OTB, el banco agente, en cuanto que el resto de los bancos eran beneficiarios. La distinción, para el *Tribunal*, era altamente relevante, pues en su interpretación del art. 8 del *Convenio de Lugano*, el foro del tomador no está disponible sólo para el tomador en sí –que en este caso sería OTB– sino también para todos los beneficiarios que pudieran tener derecho a actuar contra el asegurador. En consecuencia, razonó que la

extensión del foro en favor de las cortes italianas efectuada en 1986 por OTB con relación a sí mismo, no tiene el efecto de prevenir que los accionantes (bancos), los beneficiarios, puedan actuar contra el asegurador en el foro previsto en el art. 8 de la Convención de Lugano, en otras palabras, en Ginebra, el lugar en el cual el tomador (OTB) se encuentra domiciliado... en otras palabras, en este caso, el domicilio de OTB en Ginebra causa que las cortes de Ginebra tengan jurisdicción para entender en toda acción contra SACE.⁶⁰

En síntesis: el *Tribunal Fédéral* aceptó todos y cada uno de los argumentos de los bancos para permitir que tanto el Paraguay como SACE sean

⁶⁰ Idem. 8.c.

demandados en las cortes civiles de Ginebra, y resolvió la mayor defensa del Paraguay de un plumazo, que era la cuestión de los poderes –inexistentes– de GRAMONT para obligar al Paraguay.

La tarea de tener algún éxito en la fase de méritos era absolutamente cuesta arriba, por no decir imposible; pero el Paraguay tendría un argumento sumamente fuerte –que, de hecho, demuestra que todo esto fue una gran estafa– ya que los bancos no podrían probar los desembolsos de las sumas reclamadas.

Esto, como veremos ahora, incluso convenció a los juzgados inferiores suizos.

Pero no a los superiores, dedicados no tanto a hacer justicia, sino a dar la razón a los más poderosos, a los bancos.

XVII

Efectivamente: al tramitarse la cuestión de fondo, y emitir el juzgado de primera instancia su decisión el 20 de noviembre de 2003, comenzó diciendo precisamente que el “punto central del litigio”, esto es “la validez de los poderes de representación conferidos por el Paraguay” a GRAMONT BERRRES, “ya ha sido examinado por el Tribunal Federal en su fallo del 20 de agosto de 1998”⁶¹.

Por ello, “a fin de evitar inútiles repeticiones, este juzgado no tiene intenciones de volver sobre tales consideraciones sino de adherir completamente a las mismas”⁶².

Realizó no obstante algunas consideraciones sobre la teoría de los poderes de representación “como menos aparentes”, citando la jurisprudencia suiza que exige que el poder de representación aparente incluyendo el supuesto que “el representante no tenga la intención de representar pero el tercero creía de buena fe en la existencia de un poder de representación y

⁶¹ Sentencia de Primera Instancia, Ginebra, del 20 de noviembre de 2003, apartado A.

⁶² Ídem.

que las circunstancias del caso lo autorizaban a creer⁶³, y que también en este caso “es necesario que la conducta adoptada por el representado le permitía al tercero creer de buena fe en la existencia de un poder de representación⁶⁴”.

En el caso de marras, era obvio que el representante no tenía ninguna intención de representar a su representado –no había forma de alegar que GRAMONT actuaba de buena fe– por lo que resultaba crucial para la aplicación de los poderes “aparentes” el hecho que el tercero podía creer de buena fe en los poderes del agente.

Para poder utilizar esta teoría, el juez Olivier DEFERNE invocó como clave el documento enviado el 6 de abril de 1987 enviado por el entonces Ministro de Hacienda César BARRIENTOS a OTB, firmado unos días después de las NFA, y ello, a pesar de que el Paraguay había señalado que ese documento era falsificado pues la oración “garantido por la República del Paraguay” fue agregada luego de su firma. Sin embargo, el juez razonó que la alegación de falsificación “no fue probada” –no debe olvidarse que la evidencia agregada por el Paraguay fue desechada por el *Tribunal Federal*– y afirmando sorprendentemente que “es más fácil falsificar un documento borrando una palabra u oración que agregándola” (sic.)⁶⁵. Ahí pasa a afirmar, increíblemente, que “la nota supuestamente genuina culmina con una coma, mientras que la supuestamente falsificada termina con un punto, lo que es más común” (¡!), pasando por alto olímpicamente que la alegación era precisamente que el punto original fue transformado “ingeniosamente” por una coma, y también que es obvio que funcionarios de Hacienda habían ayudado en la falsificación, lo que explica la utilización de la misma máquina de escribir (no debe olvidarse, por ejemplo, que BÁEZ RODRÍGUEZ fue años funcionario de Hacienda y era a su vez representante de *Rosi*).

Resulta mucho más convincente, por lo demás, el siguiente argumento de DEFERNE, que invoca la nota del 10 de octubre de 1988 enviada por el Ministerio de Hacienda –ahora ya el Ministro ALONSO– a OTB que sí

⁶³ Con cita al fallo del *Tribunal Fédéral*, ATF 120 II 197.

⁶⁴ Ídem. Anterior.

⁶⁵ Ídem. anterior.

incluye la expresión “garantido por la República del Paraguay” y cuya autenticidad no fue impugnada por nuestro país.

A pesar de ello, el propio juez reconoce que ambas notas pueden ser entendidas como relacionadas a una garantía para “la adquisición de divisas”, pero acota que “es inútil llevar adelante un fastidioso *test* de autenticidad o interpretación de las oraciones controvertidas de tales notas”, pues, afirma, las dos notas, la alegadamente falsificada como la segunda, se refieren expresamente al NFA firmado el 23 de marzo de 1987, y que dicho NFA en su art. 3 dice que la garantía es firmada por el gobierno de la República del Paraguay, por lo que “el signatario de tales notas no podía estar razonablemente en desconocimiento de los compromisos del Estado una vez que los hubiera firmado”. No obstante, luego afirma que los argumentos precedentes, utilizados para sustentar la teoría de la apariencia, se basan en documentos relacionados al proyecto *Lapachos*, el cual se llevó adelante “tiempo después” del proyecto *Rosi*:

Sin embargo, estos dos proyectos fueron desarrollados utilizando el mismo esquema financiero. Ningún elemento en el expediente nos lleva a considerar que lo que fue válido para el proyecto Lapachos no fue válido para el proyecto Rosi. En particular, debe notarse que los dos proyectos fueron considerados como de una importancia nacional para el gobierno paraguayo. En este sentido, se hace referencia a las notas enviadas tanto por el Ministerio de Hacienda como por el Ministerio de Comercio a Rosi el 30 de abril de 1986. A la luz de tales consideraciones, el juzgado considera que Gustavo Gramont Berres actuó de hecho en la capacidad de un representante autorizado del gobierno paraguayo⁶⁶.

Seguidamente, el juez DEFERNE atendió el argumento del Paraguay de que los bancos no actuaron con la debida diligencia ya que con un mínimo de información podrían haber notado que el Estado paraguayo “no podía asumir compromisos financieros solamente sobre la base de un decreto presidencial y una resolución del Ministerio de Hacienda”⁶⁷, pues se requería obviamente de una autorización legislativa.

⁶⁶ Ídem. anterior.

⁶⁷ Ídem. Punto E.

Si bien no hay dudas de que el derecho paraguayo no fue respetado, afirma el juez, “este argumento es vano”, pues en concordancia con el argumento de los bancos, debía hacerse aplicación analógica al art. 177 de la *Ley de Derecho Internacional Privado* de Suiza, que establecía que cuando una parte a un acuerdo arbitral es un Estado soberano, “esa parte no puede invocar su propio derecho o ley para controvertir la arbitrabilidad de una disputa o su capacidad para ser parte del arbitraje”.

Por ello, la jurisprudencia abundante en materia de arbitraje internacional ha sistemáticamente descartado “el argumento de la supuesta violación del derecho doméstico”, pues “las relaciones contractuales, notablemente en las relaciones internacionales, se gobiernan por los principios generales de buena fe y *pacta sunt servanda*”⁶⁸.

Por tanto, afirmó el juez, los compromisos llevados adelante por GRAMONT en nombre de la República del Paraguay “obligan plenamente a la misma”.

En suma, y como no debía sorprender habida cuenta de lo resuelto por el *Tribunal Fédéral*, el juzgado de primera instancia de Ginebra entendió que los poderes de representación “como menos aparentes” de GRAMONT eran suficientes para obligar al Paraguay, que debía hacerse cargo de los actos del mismo, siendo fundamentales las notas remitidas por los ministros BARRIENTOS y ALONSO al OTB, que hacían referencia al NDA, que a su vez hacía referencia a la garantía del Paraguay.

A pesar de ello, en breves y contundentes párrafos, el juez DEFERNE pasó seguidamente a rechazar la demanda de los bancos, por una cuestión absolutamente sencilla: los bancos nunca demostraron haber desembolsado las sumas que reclamaban. Este punto, si bien el juez no lo dice obviamente, demuestra que la operación fue una estafa, y que los propios bancos, aunque no pueda afirmarse hasta qué punto, estaban inmersos en la misma.

Al efecto, calificó jurídicamente (conforme al derecho suizo) a la garantía del Estado paraguayo como una “asunción cumulativa de deuda”⁶⁹, y mencionó que uno de los efectos de esta figura es que la persona que se

⁶⁸ Ídem. anterior.

⁶⁹ Regulada en el art. 175 y ss. del Código de obligaciones suizo.

obliga a pagar la deuda de un tercero se obliga de la misma que el codeudor, y que no puede oponer a los acreedores excepciones que resulten de sus relaciones con el codeudor.

Con esto en mente, pasó a atender el último argumento del Estado paraguayo, según el cual los bancos no probaron el pago de los montos que ahora reclaman, y que según el art. 8 del Código civil suizo cada parte debe probar los hechos que alega. Al respecto, el juez DEFERNE sostuvo que

Contrariamente a lo alegado por los bancos en su escrito del 1 de noviembre de 1999, no han producido los documentos probatorios, a pesar de su promesa en tal sentido, y su referencia a los documentos producidos (61 a 65) se refieren a una cuestión totalmente distinto. Por tanto, y a pesar de las consideraciones precedentes, todas las pretensiones de los bancos deben ser rechazadas por la ausencia de evidencia que de soporte a sus pretensiones⁷⁰.

Esto es, el juez constató que, a pesar de toda la hojarasca documental de los bancos, de toda la discusión sobre los menesteres de GRAMONT, en puridad nunca se demostró, no obstante la promesa de que ello se haría, que los bancos habían desembolsado las sumas que ahora venía a reclamar. Como se dice coloquialmente, si tiene cuatro patas, cola y ladra, es un perro; en este caso, el juez no se animó a decir lo que subyace a todas luces: que esta operación fue una gran estafa. A pesar de ello, al menos tuvo la decencia, luego de intentar defender por los más inverosímiles argumentos la obligación “asumida” por el Paraguay, de que no se podía obligar a pagar una suma que ni siquiera se demostró fue desembolsada en una primera instancia.

Esta sentencia motivó una asaz optimista, casi ilusa, reacción del ex Canciller RAMÍREZ BOETTNER, que había presenciado *in situ* la bochornosa actuación del *Tribunal Federal* en su calidad de embajador en el año 1998, pero ya retirado a la sazón de este fallo, señaló en unas notas adicionales *post scriptum* en sus *Memorias*:

La justicia suiza no nos ha defraudado. Nos ha dado la razón... valió la pena esta lucha titánica de audiencias, de escritos, de consultas, de

⁷⁰ Sentencia, apartado G.

presiones para optar otros caminos, de descreimientos de muchos, de tensiones, y porque no decirlo, de nerviosismo... jamás perdieron la fe en el triunfo, porque estábamos convencidos –profundamente convencidos– de lo que defendíamos era la verdad y lo justo. Y la Justicia de ese pequeño pero gran país, que es Suiza, nos dio la razón. Gracias, porque la Justicia prevaleció sobre el engaño, el fraude y la torpeza⁷¹.

Lastimosamente, el optimismo que marcaba a fuego a este gran diplomático –y que explica su impresionante carrera, llena de logros, y de lucha incansable por su país– en este caso le jugó una mala pasada, especialmente al confiar tanto en la justicia suiza que, como veremos, en este caso se comportó más bien como *longa manu* de los bancos antes que órgano de lo correcto.

Por fortuna, muchos años después, otra justicia, la norteamericana, sí sería lo suficientemente valerosa para hacer triunfar la razón, aún contra los poderosos.

Lo cierto y lo concreto es que este fallo fue apelado por los bancos, y la *Cour* de Ginebra, en su cámara civil compuesta por Jean RUFFIEUX, Presidente, Jean-Pierre PAGAN y Richard BARBEY, dictó una sentencia el 3 de setiembre de 2004 que demostró que las esperanzas de nuestro distinguido diplomático eran vanas, y que a la larga, quién litigue contra bancos, que serías o relojerías en Suiza correrían la misma suerte que nuestro país: el cadalso jurídico de lo irrazonable.

La *Cour* reversó el orden de análisis, ya que primero se ocupó de la cuestión de la prueba del desembolso, y luego pasó a ocuparse con mayor extensión respecto del problema de los poderes de representación de GRAMONT.

Con relación al motivo de rechazo de la demanda, la *Cour* en forma extraordinariamente escueta, casi apodíctica o axiomática, revocó el razonamiento del juez DEFERNE. Al respecto, tuvieron en cuenta el argumento de los bancos que el juez de primera instancia omitió considerar las pruebas

⁷¹ RAMÍREZ BOETTNER, *Memorias...*, ob. cit. pág. 220.

del caso criminal (llevado adelante en Suiza), agregado al expediente principal, que demostraban el desembolso hecho a *Rosi* y *Lapachos*, y que dicha evidencia podía ser atendida en instancia apelativa sin problemas.

Asimismo, los jueces sostuvieron que es dudoso que Paraguay y *SACE* hubieran cumplido con la norma procesal suiza⁷² que exige que los hechos sean categóricamente negados, y que no es suficiente declarar que un hecho no ha sido probado. Según la *Cour* el Paraguay simplemente sostuvo afirmo que los bancos no habían producido documento alguno en este sentido, sin “categóricamente controvertir su existencia”. “Se sigue de esto” (¿se sigue realmente?), según la *Cour*, que los pagos efectuados a *Rosi* y *Lapachos*, “cuyo pago ahora se reclaman, han sido establecidos”⁷³.

La conclusión fue que “parecería ser que los apelantes (bancos) han probado el pago a las cuentas de *Rosi* y *Lapachos* que se habían comprometido a prestar bajo el Acuerdo Suplementario de Agencia y su adenda” (sic)⁷⁴.

“Parecería ser”.

Resulta difícil seguir el razonamiento de la *Cour*: ¿los desembolsos deben tenerse probados por las alegaciones en un juicio criminal? ¿O bien porque el Paraguay se limitó a afirmar que no se probó y no negó los desembolsos? ¿O meramente “parecería ser” que los bancos probaron el desembolso? ¿O una sumatoria de todos estos argumentos?

El fallo no es claro, y tampoco explica por qué los bancos no agregaron a este expediente, el civil y en el cual a todas luces correspondía, la prueba de desembolso, teniendo que remitirse a un procedimiento penal, que para peor, a la postre sería abandonado.

Como sostuvo acertadamente el canciller RAMÍREZ BOETTNER al comentar esta cuestión, la simple realidad del caso es que

⁷² Art. 126 del Código de procedimientos suizo.

⁷³ Sentencia de la *Cour* del 3 de setiembre de 2004, apartado 2.2.

⁷⁴ Idem. anterior.

*Los bancos no han podido presentar pruebas, aunque durante el juicio lo prometieron, de cómo, en qué forma, y a quién remitieron los dineros de los préstamos que hicieron para estos dos proyectos, y quién les firmó los recibos en destino*⁷⁵.

Como quiera que sea, la *Cour* tuvo por satisfecha la prueba de los desembolsos, y seguidamente pasó a analizar la cuestión de los poderes de representación de GRAMONT BERRES. Demás está decir, que la lectura de estos párrafos carece de emoción, ya que los datos estaban cargados de entrada en contra de nuestro país.

Efectivamente: la *Cour* recuerda el fallo del *Tribunal* de 1998, repitiendo el *mantra* de que el Paraguay tiene que asumir “los poderes cuanto menos aparentes” (sic) de su representante, y que su representación como cónsul nunca fue cuestionada y que fue suficiente para que las entidades económicas “legítimamente” piensen que el mismo tenía los poderes que decía tener. “No existe razón alguna para dejar de lado tal apreciación”, nos afirman los señores jueces de apelación (¡qué importa que hubieran más de una docena!). Señalaron que para el *Tribunal* el hecho no controvertido de que GRAMONT era cónsul era el único relevante, ya que la cuestión de su condena por autoridades criminales paraguayas no fue retenida como “relevante por el Tribunal”. Además, adujeron los jueces que el Paraguay no alegó en momento alguno que los bancos u OTB —este último, recordémoslo, verdadero *mastermind* de la estafa— habían sido informados de manera alguna de que los actos de GRAMONT BERRES no se adecuaban a la legislación paraguaya para comprometer al país.⁷⁶ Además, los hechos posteriores y las evidencias traídos a los tribunales suizos con posterioridad de la sentencia del *Tribunal*, para los jueces de la *Cour*, van directamente en contra del Paraguay, y no al revés:

Por el contrario, resulta ser que el Decreto firmado por el Presidente Stroessner y las resoluciones del Ministerio de Hacienda sobre los poderes otorgados a Gustavo Gramont Berres fueron proveídos a OTB o a su Director (interjección: el signore NICOLLETI), lo que no podía sino

⁷⁵ RAMÍREZ BOETTNER, *Memorias...*, ob. cit. pág. 220.

⁷⁶ Sentencia de la *Cour*, apartado 3.2.

*asegurarles de la capacidad jurídica del cónsul paraguayo en Ginebra*⁷⁷.

La consecuencia se impone: GRAMONT BERRES obligó válidamente al Paraguay.

Luego la *Cour* dejó establecido que las garantías se regulaban por el derecho suizo, y que se trataban de garantías a primer requerimiento o “*first demand*”, y autónomas, lo que tiene una consecuencia jurídica crucial: las mismas son exigibles independientemente a la exigibilidad o validez de la obligación garantizada⁷⁸. En este caso, ante el incumplimiento de *Lapachos* y/o *Rosi*, bastaba con que el banco agente (OTB) le requiriera al Paraguay el pago para hacer efectiva la garantía. Como señalaron los jueces, con esto puede desecharse el argumento de Paraguay de que las firmas no se obligaron válidamente –porque sólo firmó un director en cada caso, exigiéndose por estatuto las dos firmas– porque son “garantías independientes”. Paraguay debe entonces pagar a cada banco lo que ellos reclamaron en su demanda, por la garantía independiente otorgada para el incumplimiento de *Lapachos* y *Rosi*.

La única buena noticia, si puede llamársela así, de la tramitación ante la *Cour*, fue que la misma denegó la condena de los intereses solicitada por los bancos. Se debió a un claro error procesal de los bancos, ya que la ley federal suiza exige bajo pena de inadmisibilidad que el reclamo de intereses exige que las partes establezcan en forma clara y precisa el monto de intereses exigido, y que el reclamo de los bancos apenas decía “más intereses contractuales y moratorios sobre las tasas contractuales”. Por tanto, determinó que el reclamo de intereses –que los bancos intentaron además arreglar en sus presentaciones de segunda instancia– eran inadmisibles, con excepción

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Para profundizarse sobre esta cuestión puede utilizarse el clásico *Goode on Commercial Law*, actualizado ahora por Ewan MCKENDRICK, Penguin, Londres, 2017, o su más extenso R. GOODE, *Guide to the ICC Uniform Rules for Demanda Guarantees*, París, 1992.

del reclamo de *Cassa di Risparmio di Torino* que sí había solicitado los intereses en forma clara⁷⁹.

Por último, la *Cour* determinó que el reclamo de los bancos contra la *SACE* era inadmisibile, atendiendo a cuestiones bien complejas del derecho suizo (particularmente, que se trataba de una acción meramente declarativa, y “no existe una razón jurídica válida para hacer una declaración en forma inmediata en este caso”)⁸⁰.

Esto es, la *Cour* dejaba al Paraguay como único obligado, habida cuenta que ni *Rosi* ni *Lapachos* de lejos iban a cumplir con las sentencias.

Por último, e incidentalmente, la *Cour*, al momento de establecer los costos del procedimiento, los fijo en tres cuartas partes a cargo del Paraguay –la módica suma de SF 400.000–, al considerar que el reclamo de intereses fue desestimado.

Pero el vía crucis del Paraguay en pasillos tribunalicios suizos no terminó aquí; faltaba el *cóup de grace* de la corte suprema suiza.

En efecto, el *Tribunal Fédéral* dictó su última sentencia en esta saga el 31 de mayo de 2005, integración civil con los jueces CORBOZ (Presidente), KLETT, NYFFELER, FAVRE y KISS, el cual, a nadie puede sorprender a estas alturas, fue totalmente desfavorable al Paraguay.

El *Tribunal* comenzó su sentencia con una dura reprimenda a la defensa paraguaya, que nuevamente intentó referirse a hechos que no habían sido admitidos en las instancias inferiores, y luego determinó que el derecho aplicable a la controversia era el suizo, y que sólo podía atenderse una acción ante esta instancia si existía una violación a la ley federal suiza.

Luego pasó a atender el primer argumento esgrimido por el Paraguay, que en muchos sentidos es el *crux* del caso: de que la *Cour* violó la ley federal al asumir que OTB podía, de buena fe, considerar que GRAMONT BERRES tenía poderes para obligar al país, en tanto que las actuaciones criminales llevadas adelante en Ginebra claramente indicaban otra cosa.

⁷⁹ Todo ello en el punto 7.1. de la sentencia; los intereses de la *Cassa* eran del 6% a partir del 25 de agosto de 1990 y del 3% del 1 de enero de 2002.

⁸⁰ Sentencia, apartado 8.

Según el derecho suizo, un representante obliga válidamente a su representado en tres situaciones: (i) la primera, cuando el mismo cuenta con los poderes de representación necesarios y válidos según la ley; (ii) la segunda, cuando la persona representada ratifica *a posteriori* el acto realizado en su nombre; (iii) el tercer supuesto, que es el único que podría aplicarse en el caso de GRAMONT, es el que se prevé para proteger a los terceros que han confiado de buena fe en los poderes que les fueron comunicados por el representante, y se ocupa de la hipótesis que el representante, excediendo los límites que le fueron fijados por el representado, abusa de los poderes que les fueron conferidos⁸¹.

Pues bien: Paraguay justamente alegó que en el caso hubo un abuso de los poderes de GRAMONT, cuestión que no fue considerada por la *Cour*.

Según el *Tribunal Fédéral*, este problema está resuelto en el derecho suizo por el art. 33.3 del *Código de las Obligaciones* de ese país, establecido para protección de los terceros, en el cual se dispone que el alcance de los poderes será determinado de acuerdo con la redacción de la comunicación hecha al mismo. Aun cuando no existan poderes válidos, se protege al tercero —en este caso, a los bancos— pero ello supeditado a dos condiciones: primero, la existencia de una comunicación del representado al tercero, y segundo, la buena fe del tercero⁸².

En cuanto a la comunicación al tercero, el *Tribunal* se refiere a varias notas y documentos que no fueron controvertidos por el Paraguay y que servirían para tal efecto en las circunstancias del caso. Se refirió no sólo al Decreto de 1983 que nombró a GRAMONT Embajador en Misión Especial (nada dice del consulado ahora), y luego la nota del 22 de mayo de 1986 del Ministro de Hacienda autorizando a llevar adelante los proyectos que sean de interés para el Paraguay. Esta delegación, según la máxima instancia suiza, fue confirmada por la resolución de Hacienda de octubre de 1986, también recordada más arriba, que autorizó a GRAMONT (como Embajador, no como Cónsul) a firmar los documentos referidos al financiamiento de estas operaciones. Estos documentos, que se refieren a los poderes otorgados

⁸¹ Sentencia del *Tribunal Fédéral* del 31 de mayo de 2005, apartado 3.1.

⁸² Idem. apartado 3.2.

a GRAMONT fueron otorgados a OTB, el agente de los bancos, y que por tanto tal comunicación de los poderes exigidas por la ley suiza existió en este caso, aun cuando después se hubiera revelado que tales poderes no cubrían las garantías en disputa concretadas luego en nombre del Estado demandado⁸³.

Cumplido el primer requisito –la comunicación al tercero de los poderes– restaba la cuestión de la buena fe de los bancos. Según el derecho suizo, y la jurisprudencia del propio *Tribunal*, “sólo la buena fe del tercero puede sopesar y compensar la falta de poderes de representación” del representante⁸⁴. Por ello, resultaba crucial determinar si los bancos actuaron de buena fe, ya que de lo contrario caería toda la tesis de la “apariencia” de los poderes de GRAMONT. Por lo demás, según el art. 3 del código suizo, la buena fe se presume, por lo que la demandada tiene la carga de probar la existencia de la mala –una prueba clásicamente diabólica– mediante la demostración de que la parte en cuestión sabía de la existencia de un error jurídico y actuó por ello de mala fe, o bien de que la parte no puede prevalecerse de su buena fe porque la misma no es compatible con lo que las circunstancias del caso le exigen⁸⁵. Esto es, la atención exigida al tercero –en este caso, a OTB– es crucial para determinar si el mismo cumplió con el cartabón exigido.

En los casos de abuso de poderes, explica el *Tribunal*, según la jurisprudencia suiza cualquier negligencia, incluso leve, puede causar la pérdida de la buena fe, particularmente cuando el tercero concluye el negocio y no presta atención a signos de abuso, dando la impresión que el representante actúa en contra del representado. Sorprendentemente –o no tanto, dado el afán de condenar al Paraguay– los jueces supremos de Suiza entendieron que ni OTB ni los demás bancos actuaron con negligencia.

Para el efecto, volvió a recordar lo afirmado en el fallo de 1998 –demostrando la absoluta circularidad y podemos decir con verdad parcialismo notorio del *Tribunal Fédéral*, ya que decidió la cuestión como previa y sin considerar los argumentos de fondo, cuando ello era previsto sólo para ayudar al interesado, no para perjudicarlo– al insistir en que los operadores económicos podían deducir legítimamente de su posición como Cónsul en

⁸³ Idem. Apartado 3.2.1.

⁸⁴ Idem. Apartado 3.2.2.

⁸⁵ Ídem. apartado 3.2.2.

Ginebra de que estaba debidamente autorizado para tratar con ellos, por lo que debía el Paraguay asumir los poderes cuanto menos aparentes de su *falsus procurator*. Por ello, cuando la *Cour* falló sobre los méritos, señaló que no existían nuevos hechos o pruebas que demostrara que los operadores económicos en contacto con GRAMONT podían legítimamente dudar de sus poderes.

A continuación, el “razonamiento jurídico” de los jueces federales, y parentéticamente el retruécano –de muchos– más evidente que puede hacerse a cada afirmación del párrafo decisivo del caso:

*Al contrario, el decreto presidencial y las resoluciones del Ministerio de Hacienda relacionados con los poderes del Cónsul de Paraguay en Ginebra fueron dados al Director de OTB (aquí habla de “Cónsul” cuando los documentos referían a la “Embajada”, que como los jueces bien lo sabían, no existía en ese momento; esto es, se cambia libremente de Cónsul a Embajada sin aclarar las consecuencias en uno u otro supuesto), quién sólo pudo haberse visto reasegurado en la capacidad de Gustavo Gramont Berres de obligar al demandado (este Director es el que armó todo el esquema de la estafa, redactó los contratos, las garantías, incluso la opinión legal). Este último de ninguna manera alegó que los bancos o que OTB hubiera sido informado que los compromisos firmados por el Cónsul no cumplían con la legislación del Paraguay (y, ¿cómo podría hacerlo, si la primera noticia que tuvo el Gobierno del hecho se dio en el año 1990, esto es, tres años después de la firma de los documentos por Gramont?). Por último, no debe olvidarse que es frecuente encontrar que un Estado ofrezca garantías a pagos relacionadas a contratos internacionales firmados con miras a promover el desarrollo económico de un país (Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, 1985, p. 36) (Qué importa que en doscientos años de vida institucional el Paraguay nunca hubiera realizado tal modus operandi, mucho menos que no se hubieran cumplido con los requisitos constitucionales y legales de nuestro país ni por asomo, y tampoco que hubiera sido un Cónsul quién firmara tal garantía, cuando es claro que no es tarea común ni usual ni “frecuente” que un Cónsul firme una garantía incondicional, mucho*

*menos para una empresa de la cual es dueño y cuya firmante del contrato es su esposa)*⁸⁶.

Por tanto, concluyó el Tribunal que

*Dadas las circunstancias, no puede inferirse que OTB, actuando en nombre de los bancos accionantes, se hubiera comportado con ligereza o dejado pasar índices objetivos de abuso sobre la base de los documentos oficiales que le fueron comunicados, que el Consul podía válidamente obligar al Paraguay y concluir las garantías controvertidas*⁸⁷.

¡Tal la gran justicia suiza!

Stultifera juris, además rayando la mala fe.

Primero: los documentos se referían al “Embajador”, no al “Cónsul”, y este hecho convenientemente es pasado por alto por el *Tribunal*.

Segundo: ¡qué conveniente resultó ahora el desecho de las pruebas del juicio criminal de Paraguay, que permite afirmar todo esto sin notar las infinitas falsificaciones y declaraciones falsas, incluyendo la participación clave del cerebro de la operación, el Director de OTB!

Tercero: el banco agente no se comportó con “ligereza”, pero llevó a cabo una operación de más de USD 70.000.000 para unas firmas cuyo capital apenas alcanzaba los USD 30.000, ni siquiera se preguntaron cuántas firmas se requería para obligar a dichas empresas, no preguntó quiénes eran los accionistas –hubiese surgido que el propio GRAMONT era el dueño de la empresa *Rosi*– ni tampoco se preguntó qué interés tenía el tan desinteresado “Cónsul” en realizar la operación, ni mucho menos realizó un *due diligence* ínfimo cuando cualquier banco antes de prestar una suma incluso ínfima realiza una investigación de la factibilidad del proyecto y la posibilidad de repago del préstamo.

⁸⁶ Idem. Apartado 3.2.2.

⁸⁷ Ídem. anterior.

Cuarto: más allá de los documentos presentados, y de si tenían o no falsificación alguna, ninguno decía expresamente que GRAMONT podía otorgar una garantía del Estado paraguayo para los préstamos de las dos empresas privadas, ni jamás podría haberlo dicho, ya que el Paraguay nunca otorgó una fianza a una empresa privada, por lo que a lo sumo la “aparición” se estiró a tal punto de no enervar el reclamo de los bancos, nada más (y nada menos).

Y un largo etcétera.

Nos animamos a decir, en nuestra dulce lengua, *¡iporá la nde justicia!*

Aunque puede decirse que estoy siendo injusto con los jueces federales, ya que con relación a estas últimas críticas, el *Tribunal* se ocupó del argumento de que GRAMONT actuó de manera criminal para favorecer sus propios intereses, y que esto no podía ser desconocido por OTB.

No obstante, dijo el *Tribunal* de que no surge con claridad del cuestionamiento de la *Cour* de Ginebra que OTB hubiera sabido sobre la falta de confiabilidad de GRAMONT o sus vínculos con *Rosi* y *Lapachos*, ni que hubiera recibido información que hubiera podido permitirle inferir que el Cónsul actuó en su propio beneficio. Pero desde luego, afirmar esto, que puede ser cierto, supone pasar por alto el estándar sumamente estricto en caso de abuso de poderes, que cualquier negligencia incluso leve es suficiente para evitar la buena fe. Y preguntamos: ¿en la cabeza de quién puede haber que un banco encargado de un financiamiento de USD 70.000.000 no ha actuado con negligencia al no preguntar siquiera quiénes eran los accionistas de las empresas a quiénes iban a prestar la plata?

Hasta una pequeña sucursal de bancos del interior de nuestra campaña hace una averiguación mínima del sujeto –*“know your client”!*– antes de prestarle dinero, pero a la banca más “prestigiosa” del mundo, la suiza, le permitimos prestar millones de dólares sin mirar siquiera a quién lo hace.

Y aquí viene lo más increíble del fallo; efectivamente, los jueces federales expresamente se refirieron a la convención de diligencia debida de los bancos suizos, en la medida que refleja las reglas usuales de la banca, la cual desde el vamos se refiere a la “identificación de los clientes”. Y señala que independientemente a la convención

Es común que un banco, antes de otorgar un crédito a un cliente, verifique la solvencia del mismo; y con relación a una empresa extranjera, se espera que el banco intente, al menos hasta cierto punto, determinar los beneficiarios económicos. Puede entonces considerarse que la atención exigida por las circunstancias implican la identificación del partner económico con determinado cuidado⁸⁸.

Llevar adelante este razonamiento, hubiese sido manifestar la obviedad de que bajo ningún punto de vista puede señalarse que OTB se hubiera manejado con el mínimo de diligencia exigido por las circunstancias del caso, y por tanto, no podría utilizarse la figura de los poderes “aparentes” para obligar al Paraguay.

Y, ¡oh sorpresa!, el *Tribunal Fédéral* desde luego no lo hizo, ya que eso hubiera significado enviar al trasto jurídico esta infame demanda. Esto es, en lugar de hacer justicia, prefirió valerse, cobardemente, de una artimaña procesal para evitar dar la razón al Paraguay y para hacer prevalecer la ley del más poderoso, del más fuerte, de la banca suiza.

Como el propio Tribunal lo dice, reconociendo su cobardía jurídica, “no es sin embargo necesario profundizar esta cuestión”.

(¿Cómo que no, si es el punto fundamental del caso?)

Ello, pues

No surge del fallo de la Corte de Apelación que OTB (o los demás bancos accionantes) hayan omitido una verificación usual y menos aún que esa verificación le hubiera permitido constatar que las sociedades Rosi S.A. y Lapachos S.A., como lo sostiene el demandado, estaban en última instancia bajo control económico del Cónsul. Por tanto, el argumento según el cual OTB (o los bancos accionantes) no actuaron según la atención exigida por las circunstancias (en el sentido del art. 3 del C. C.) no puede encontrarse en los hechos constatados soberanamente por la corte cantonal⁸⁹.

¡Ay apariencia, cuántos crímenes se han cometido en tu nombre!

⁸⁸ Idem. Anterior. Apartado 3.2.3.

⁸⁹ Ídem. anterior.

En efecto: este párrafo podría llamarse también, “cuando la razón abandona el derecho”. El punto no era si los hechos del caso demostraban que OTB no realizó un *due diligence* –prueba de un hecho negativo... uhm– forma de poner el punto que efectivamente carga los datos a favor de los bancos, ya que las reglas procesales suizas no permiten al *Tribunal Fédéral* atender cuestiones fácticas no establecidas en las instancias inferiores, sino que el punto era una cuestión puramente normativa: atendiendo a las circunstancias del caso, actuó de forma mínimamente diligente OTB al ni siquiera preguntarse quién era el dueño de la empresa, como lo exigía la práctica bancaria suiza.

Resulta claro que no; pero el *Tribunal*, para favorecer a los bancos suizos –la patria ante todo– prefirió decir que era una cuestión fáctica no establecida en las instancias inferiores.

Pero además tiró sal a la herida, pues pasó a señalar que

*En puridad, es el representado (y no el co-contratante) a quién incumbe en primera línea, en su propio interés, de elegir bien y vigilar a su representante, y de interrogarse, dado el caso, sobre sus intereses y vínculos económicos*⁹⁰.

Es decir, aquí el *Tribunal* ya cambió totalmente el enfoque de la regla, pues en lugar de poner énfasis en quién confió en los poderes aparentes, puso la carga sobre el representado, que nunca puede saber –no en 1986, con los límites de comunicación de aquél entonces, y ni siquiera hoy día, con el mundo súper-conectado– cuando su representante hace una estafa en su beneficio, ya que el chiste de la estafa es precisamente que el representado no sabe lo que está haciendo el representado. En términos vulgares y coloquiales, el “estafado es siempre el último que se entera”.

En fin, el *Tribunal* encontró que OTB no actuó de mala fe –lo que es, en última instancia, la verdad “verdadera” del caso, dada la actuación del “cerebro” NICOLETTI– y tampoco lo hizo negligentemente, por lo que GRAMONT –el Cónsul o el “Embajador”–efectivamente obligó al Paraguay a pesar de no tener poderes para firmar las garantías.

⁹⁰ Ídem. anterior.

Posteriormente, el *Tribunal Fédéral* se ocupó del argumento paraguayo de que las garantías fueron erróneamente consideradas por la *Cour* como “garantías independientes a primer requerimiento”, alegando entre otras cosas de que no existía un vínculo entre las empresas garantizada y el Estado paraguayo y de que los contratos de *Rosi* y *Lapachos* eran inválidos. Dada la posición tomada por el *Tribunal* con relación al resto de las cuestiones –particularmente, la imputabilidad de las garantías al Estado paraguayo y los demás documentos firmados por GRAMONT– se trataba de un argumento bien débil, razón por la cual “sobre la base de los principios de la industria bancaria” las garantías efectivamente fueron consideradas “independientes y a primer requerimiento”⁹¹. Con esta calificación jurídica, resultaba absolutamente impertinente el argumento del Paraguay de que los contratos de *Rosi* y *Lapachos* carecían de validez por no haber sido firmados por los representantes estatutariamente habilitados, ya que la autonomía e independencia con respecto al contrato garantizado son notas tipificantes de este tipo de documentos⁹². Por lo demás, sólo un ejercicio abusivo de esta garantía por parte de los beneficiarios es suficiente para invalidar la garantía, y el *Tribunal* consideró de que no existen *in casu* elementos para afirmar que la exigibilidad de la garantía por los bancos fue efectuada de forma abusiva⁹³. También desechó un último argumento, casi desesperado, de que los bancos no mitigaron los daños, afirmando que al tratarse de una garantía no es aplicable la regla de mitigación o educción de los daños, ya que se trata de un supuesto de cumplimiento de la obligación, no de los daños por incumplimiento⁹⁴.

Así las cosas, el *Tribunal Fédéral* rechazó el recurso paraguayo, dejando firme la sentencia de la *Cour*, y condenando al Paraguay a pagar SF 50.000 por costos judiciales, y SF 95.000 por costos legales de los bancos y *SACE*.

⁹¹ Idem. Anterior. Apartado 4.4.

⁹² Ídem. anterior. Apartado 4.5.

⁹³ Ídem. anterior. Apartado 4.6.

⁹⁴ Ídem. anterior. Apartado 5.

XVIII

Sin embargo, todas estas elucubraciones y cortinas de humo jurídicas que efectuó la justicia suiza para esconder una realidad –que esto fue un gran fraude, dirigido por un banco suizo y con participación de más de una decena de bancos europeos– para favorecer al más fuerte, terminarían siendo desnudadas, pues la diosa Fortuna quiso que eventualmente los fallos suizos fueran objeto de ejecución en una jurisdicción en la cual, como se verá más abajo, la cuestión de los poderes de representación para renunciar a la inmunidad soberana, se convertiría en eje absoluto de discusión.

En otras tierras, en otras cortes, más justas y más razonables, se desnudaría la manifiesta injusticia cometida por el tan prestigioso *Tribunal Fédéral* de la Confederación Helvética.

XIX

Aquí no terminó, no obstante, el largo y doloroso *vía crucis* de la República del Paraguay ante tribunales civiles suizos, ya que quedaba un último acto, con un final más anunciado que el de aquella famosa crónica de una muerte anunciada de GARCÍA MARQUES.

En efecto, en febrero del año 2005, y considerando especialmente el fallo de la *Cour* del año 2003 en contra de la República del Paraguay, el Banco *Paribas* (sucursal de Londres, y con la denominación *BNP Paribas* luego de la fusión del año 2000 con el *Banque Nationale de Paris*) inició también un procedimiento por el cobro de la suma supuestamente desembolsada a favor del proyecto *Rosi*, que era de SF 10.000.000 más un interés del 8% desde el 7 de febrero de 2000 y más intereses moratorios del 10% anual desde el 1 de setiembre de 1993.

El Paraguay nuevamente volvió en esta demanda a oponer la excepción de inmunidad de jurisdicción y de incompetencia en razón del lugar, las cuales como era más que predecible fueron rechazadas tanto en primera instancia como por la *Cour de Justice*, según su resolución del 25 de mayo de 2007. El razonamiento fue, básicamente, el ya largamente discutido y contenido en los anteriores *arrêts* de la *Cour* y del propio *Tribunal Fédéral*.

DOCTRINA

Posteriormente, el juzgado de primera instancia de Ginebra, a cargo de la jueza SERMIER, dictó su sentencia sobre el fondo en fecha 30 de setiembre de 2010, condenando al Paraguay a pagar la suma reclamada por *Paribas* de SF 10.000.000, más los intereses reclamados del 7% anual desde el 7 de febrero de 2000 y 5% del 1 de setiembre de 1993, y asimismo, al pago de SF 150.000 para los abogados del banco.

Con relación a la argumentación de la jueza, básicamente reitera el extenso razonamiento del *Tribunal Fédéral* sobre la aplicación de los poderes aparentes de GRAMONT, reiterando la conclusión de que ni OTB ni *Paribas* actuaron de mala fe o que actuaron de una manera negligente, por lo que la garantía otorgada por GRAMONT era imputable a la República del Paraguay, conforme las normas del derecho suizo, y además, al ser una garantía independiente y a primer requerimiento, el Paraguay estaba obligado sin más a cumplir con la misma⁹⁵.

Este fallo, notificado al Paraguay, por alguna razón no explicada nunca fue apelado. Quedó en consecuencia firme.

Una implicancia, absolutamente fatal de esta falta de apelación, es que cualquier posterior reclamo que podría hacer el Paraguay ante la *Corte Internacional de Justicia* de la Haya por “denegación de justicia” carecería totalmente de asidero, al menos con relación a esta segunda demanda.

XX

En síntesis, como consecuencia de los dos litigios, la justicia suiza condenó a la República del Paraguay a pagar la suma de SF 46.700.000 (más intereses calculados sobre el caso *Paribas*), y de E (euros) 30.700.133 (más intereses para el caso de *Cassa di Risparmio*), discriminados de la siguiente manera:

- *ING Bank*: SF 5.000.000
- *Cosba Private Banking*: SF 10.000.000
- *Union de Banques Arabes et Francaises*: SF 15.000.000
- *Sanpaolo-Lariano Bank S.A.*: SF 6.700.000

⁹⁵ Ver Sentencia Primera Instancia, Canton de Ginebra, del 30 de setiembre de 2010.

- *Paribas*: SF 10.000.000 más intereses (7% anual desde febrero de 2000 y 5% anual desde setiembre de 1993)

Y en euros:

- *Cosba Private Banking*: E 3.067.751
- *Sanpaolo-Lariano Bank S.A.*: E 5.828.727
- *Banca di Roma International*: E 8.691.962
- *Mecfint Jersey*: E 5.112.919
- *Banca Popolare di Milano*: E 2.045.167
- *HSBC Bank*: E 3.272.268
- *Cassa di Risparmio di Torino*: E 2.681.339 (más intereses del 6% anual del 25 de agosto 1990 y 3% desde el 1 de enero de 2002)

A todo esto hay que sumar los costos legales de los abogados de los bancos y la *SACE*, que rondaban los SF 1.000.000, sin contar los costos que tuvo el Paraguay en cuanto a sus abogados.

Haciendo un cálculo sumamente rápido y por demás aproximado, al año 2010, el Paraguay debía pagar como mínimo E 84.000.000 en base a las dos sentencias civiles suizas, sumando el capital más el interés para el caso *Paribas* y *Cassa di Risparmio*, los únicos beneficiados con la condena de intereses (si bien cabe la duda de cómo computarían los tribunales suizos los intereses compuestos establecidos en las sentencias) y las costas judiciales, lo cual al cambio de ese año da aproximadamente la friolera de USD 110.000.000.

XXI

¿Qué sucedió posteriormente?

Pues bien, una vez que el Paraguay tomó conocimiento de la sentencia del *Tribunal Fédéral* del año 2005, el entonces Presidente DUARTE FRUTOS a instancias de la Cancillería Nacional emitió el Decreto N° 6295 del 26 de agosto de 2005 (debiendo destacarse el trabajo previo de un destacado diplomático para el efecto asesorando a la Cancillería, el Dr. José Antonio MORENO RUFFINELLI), que tenía como antecedente la formación de una comisión interinstitucional, la posición de Relaciones Exteriores, de la Abogacía del Tesoro, de la Contraloría General de la República, de la Procuraduría General de la República todos expidiéndose sobre el fraude perpetrado en perjuicio del Paraguay, realizando más que nada una declaración al fijar

*La posición oficial del Estado paraguayo desconociendo y rechazando la condena impuesta al Estado paraguayo por la Administración de Justicia de la Confederación Helvética (Suiza) en el juicio promovido contra el Estado paraguayo... por cobro de supuestas garantías de créditos internacionales*⁹⁶.

Seguidamente, se instruyó al Ministerio de Relaciones Exteriores la comunicación oficial de este Decreto y

*La consecuente negativa al cumplimiento de las sentencias dictadas en la causa mencionada, así como la promoción del reclamo pertinente ante la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas (sic)*⁹⁷.

Por último, el Presidente instruyó a la Cancillería a informar a todas las representaciones diplomáticas y organismos financieros de la posición del Paraguay⁹⁸, y asimismo, a la Procuraduría a iniciar las acciones legales y pertinentes para la defensa de los intereses paraguayos en juego⁹⁹.

Este Decreto se vio acompañado por una posición oficial de los otros dos poderes del Estado, ya que la Corte Suprema emitió un informe sobre las causas penales seguida en la justicia paraguaya en contra de GRAMONT BERRES, concluyendo que “la Administración de Justicia paraguaya reprimió y sancionó” los delitos del susodicho “Embajador”, y el Congreso Nacional emitió una Declaración el 28 de julio de 2005 en la cual “rechaza el fallo emitido por el Tribunal Federal Suizo” y que “exhorta al Poder Ejecutivo a no reconocer ni pagar la mencionada suma” por haberse basado en una “supuesta e inexistente garantía otorgada por el Estado paraguayo”.

Sin embargo, nunca se iniciaron acciones legales en el caso; tampoco existen antecedentes de que se hubiera encargado la posibilidad de iniciar una demanda contra Suiza por violaciones al derecho internacional público

⁹⁶ Art. 1º Decreto N° 6295.

⁹⁷ Art. 2º del Decreto, se trata de un obvio *lapsus calami*, ya que no existe una Corte dependiente de las Naciones Unidas; obviamente se refiere a la Corte de la Haya.

⁹⁸ Decreto N° 6295, Art. 3º.

⁹⁹ Decreto N° 6295, Art. 4º.

ante la *Corte Internacional de Justicia* en la Haya¹⁰⁰; a lo sumo, lo que existieron fueron medidas tomadas por el Banco Central del Paraguay para evitar el eventual embargo de sus reservas, mediante el depósito de las mismas en el *Bank of International Settlements* (BIS), un banco que si bien otorga inmunidad a los bienes ahí depositados, lo hace a un precio bien alto: la tasa de interés que paga es casi cero.

Por tanto, el daño al Paraguay no se redujo solamente al potencial pago de más de cien millones de dólares, sino también a los millones de dólares que perdía mensualmente por no poder colocar las reservas internacionales a un nivel económico más atractivo que lo que pagaba el BIS, ante el riesgo de un embargo por parte de los bancos.

Lo extraño del caso, por otro lado, es que no existen noticias de que los bancos hubieran iniciado acciones para ejecutar las sentencias en contra del Paraguay. Ello se puede deber a varias razones, todas absolutamente conjeturales y por tanto imposibles de verificar.

La primera de ellas insistiría en el hecho que el Paraguay no tenía bienes fuera de su territorio que fueran atractivos, y con la mudanza de sus reservas al BIS prácticamente el único camino que le quedaba a los bancos era la ejecución en nuestro país. Va de suyo que dicha ejecución jamás hubiese tenido andamiaje en nuestro territorio. La segunda conjetura, sería que la renuncia a la ejecución, distinguible de la renuncia a la inmunidad, es mucho más estricta en el derecho internacional público, razón por la cual hubiese sido más difícil demostrar tal renuncia a la inmunidad de ejecución

¹⁰⁰ En la obra que se encuentra preparando el autor de estas líneas se explicará al lector paraguayo con mayor profundidad la razón por la cual el no haber iniciado una demanda ante la Corte Internacional de Justicia en la Haya fue afortunada —aunque sin duda la no impetración se debió más a falta de iniciativa de nuestras autoridades que otra cosa— ya que las chances de éxito del Paraguay en esa sede eran ínfimas. El lector interesado deberá esperar dicha obra, no obstante, para un mayor detalle de la razón de esta escasa potencialidad de una demanda internacional contra Suiza. Esto no quiere decir, sin embargo, que la actuación de la justicia suiza fue realmente vergonzosa, algo de lo que estoy firmemente convencido, sino que simplemente no fue lo suficiente para disparar, conforme las normas de derecho internacional público, su responsabilidad soberana.

de bienes¹⁰¹. La tercera conjetura, menos verosímil pero no descartable, es que los bancos de alguna manera sabían que estaban intentando ejecutar una garantía absolutamente inválida y criminal, y por ello su victoria fue pírrica, al no poder ejecutar las sentencias por una idea de vergüenza mínima (bancos de prestigio internacional metidos en una estafa). Aunque esto descartaría los años de litigio en Suiza en los cuales nunca tuvieron demasiados tapujos en pretender el cobro de la deuda. La tercera conjetura es que los bancos buscaron un pagador más seguro, en este caso, la *SACE*, que por las conexiones financieras, posibilidad de realizar futuros negocios u otras razones similares, podría verse más compelida a cumplir que el Paraguay.

De hecho, aparentemente esto último fue lo que sucedió.

Pero el Paraguay nunca lo supo formalmente, porque a partir del año 2005, nuestro país vivió en la zozobra permanente de una ejecución de sentencia, de embargo de sus bienes, pero sin saber oficialmente que es lo que sucedía.

A los reveses injustos de la justicia suiza, se sumaba un estado de incertidumbre absoluta y permanente intranquilidad.

Por ello, fue absolutamente providencial cuando hacia el año 2013, el entonces director del *Banco Central* Benigno LÓPEZ, ante la primera emisión de bonos soberanos de la República del Paraguay –y el inminente riesgo de un embargo que desbarate la misma– contactó a una firma jurídica norteamericana, HUGHES, HUBBARD & REED, para que realice un informe jurídico sobre el caso GRAMONT BERRES, y las potenciales acciones que podría hacer el Estado paraguayo para defenderse en el mismo.

Este informe, extraordinario por haber sido el primero en reunir toda la documentación y la historia detrás del *affaire* en forma fidedigna y sistemática, permite por primera vez entender bien la posición del Paraguay, y también los errores cometidos en el pasado. El informe de la firma norteamericana también incluye un extenso análisis de potenciales reclamos del

¹⁰¹ Ver por ejemplo BROWNLIE, *Principles of International Public Law...*, ob. cit., pág. 327 y ss.

Paraguay contra Suiza (y también Italia) ante la *Corte Internacional de Justicia* de la Haya sobre supuestos incumplimientos de derecho internacional público, si bien no se llevó adelante una acción en tal sentido.

Lo cierto y lo concreto es que este informe es de una valía extraordinaria, pues por primera vez permite al operador público paraguayo entender y conocer las fortalezas y debilidades del Paraguay en el transcurso de todo el *affaire* y los años de litigio en tierras italianas, paraguayas y suizas (de hecho, este ensayo sólo ha sido posible merced a la documentación invaluable que incluye el informe del despacho jurídico norteamericano).

Los abogados de HUGHES, HUBBARD & REED tomaron contacto con los abogados de *SACE*, y así tomaron información totalmente oficiosa –y no confirmada por el Gobierno italiano ni por la aseguradora– de que en el año 2009 la aseguradora italiana había llegado a un acuerdo con los bancos (aparentemente, por la suma de USD 67.000.000), convirtiéndose en cesionario de los derechos de los bancos bajo esas sentencias suizas¹⁰².

Si bien existieron acercamientos informales con diplomáticos italianos –mientras no se resolviera este asunto, la posición de la *SACE* era aparentemente no apoyar a empresas italianas que inviertan en el Paraguay– la realidad es que quedaron en eso, y por tanto, el Paraguay se encontraba en la nebulosa total no sólo de si sería o no demandado por la ejecución de la sentencias, sino de quién le demandaría –los bancos o la *SACE*– por qué monto y ante qué tribunales.

La situación era –aún con el valioso informe de HUGHES, HUBBARD & REED y el trabajo desplegado por el equipo del Banco Central bajo la dirección del doctor Benigno LÓPEZ– gris, incierta y de indefensión práctica del Estado Paraguayo, ya que nada podría hacer hasta tanto no se inicie el procedimiento de ejecución de sentencia.

En otras palabras, a partir del año 2005, ante el escenario internacional financiero y bancario el Paraguay vivía permanentemente con una cruel “espada de Demóstenes” (como diría en un conocido *gaffe* una voz del olimpo local) peligrosamente oscilando sobre su cabeza, lo que le causaba no sólo

¹⁰² Informe HHR, ob. cit. pág. 94.

un enorme perjuicio económico, sino también reputacional, como bien lo decía el Canciller RAMÍREZ BOETTNER, que algo sabía del costo reputacional en círculos internacionales diplomáticos, como decano de nuestra diplomacia durante décadas:

*Mucho más estaba también en juego, y eso no tiene precio monetario, y es el buen nombre y el prestigio de la República del Paraguay*¹⁰³.

Y ese prestigio estaba absolutamente manchado por, valga la ironía cruel del destino, la inmaculada y prestigiosa justicia helvética.

XXII

La incertidumbre, finalmente, desaparecería, pero recién en el año 2015.

Quiso el azar –“el nombre que nuestra inevitable ignorancia da al tejido infinito e incalculable de causas y efectos”, como decía el gran BORGES¹⁰⁴– estar en última instancia a favor del Paraguay, país pequeño, pero siempre guerrero y altivo. Es que el azar quiso que en última instancia se haga justicia para el Paraguay, y que se enmendara esta bochornosa historia iniciada hace más de tres décadas por un personaje inescrupuloso y siniestro, y un “banquero” suizo todavía más lúgubre y oscuro. Dos sinvergüenzas, apañados por toda una “justicia”.

And yet... la justicia tarda, pero llega.

Por ello:

Quiso el desino que la *SACE*, confirmando la información de que había llegado a un acuerdo con los bancos y se convirtió en cesionario de los derechos de los mismos en contra del Paraguay, iniciara juicios de ejecución de sentencia contra el Estado paraguayo. Y quiso el destino que el único lugar en el globo en el cual nuestro país tuviera bienes que eventualmente pudieran ser embargados (fuera del Paraguay y lo depositado en el BIS) era en los Estados Unidos de América, país en el cual se emitían, negociaban y

¹⁰³ RAMÍREZ BOETTNER, *Memorias...*, ob. cit. pág. 218.

¹⁰⁴ En “Una versión de Borges”, incluido en Jorge Luis BORGES, *Textos Recobrados 1956-1986*, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, pág. 150.

pagaban los intereses de los bonos emitidos. Y quiso también el destino que los Estados Unidos de América tuviera una ley especial federal, un *federal statute*, específicamente encargado de regular la ejecución de sentencias contra estados soberanos. Y quiso el destino que esa ley especial tuviera una exigencia de demostración, y consecuente análisis, de los poderes de representación –incluso “aparentes”– del agente fuera nuevamente puesto a consideración. Y quiso el destino que el caso llegara a manos de una jueza joven, brillante, y con la suficiente sensibilidad para no perder de vista que siempre, y más allá de los tecnicismos y fríos argumentos jurídicos, la tarea del magistrado es la de hacer justicia, y de hacer que el más pequeño, el más débil, prevalezca sobre el más fuerte si es que tiene a la razón de su lado.

Quiso, en suma, el destino, demostrar una vez más la gran verdad subyacente al inmortal *dictum* de nuestro Manuel GONDRA, de que efectivamente “*hay algo más fuerte que la escuadra norteamericana... la justicia norteamericana*”.

XXIII

En efecto, el 1 de julio de 2015, la *SACE* –representada por el abogado Jonathan GIMBLETT del prestigioso despacho de la capital norteamericana COVINGTON Y BURLING LLP– inició un proceso ante el juzgado federal de la *District of Columbia* para el reconocimiento y ejecución de las dos sentencias suizas en contra de la República del Paraguay.

Con el escrito, breve, de unas pocas páginas, el Paraguay tomaba conocimiento por primera vez de manera fidedigna que efectivamente la *SACE* había llegado a un acuerdo con los bancos en noviembre de 2009, en virtud del cual pagó una suma transaccional y se convirtió en cesionario pleno de todos los derechos emanados de las dos sentencias suizas. En virtud de tal carácter, se presentó y solicitó al juzgado a cargo de la jueza Ketanji BROWN JACKSON la ejecución de las sumas arriba mencionadas, esto es, de más de E 84.000.000, según surgía de las sentencias y sus intereses.

Surgiría en el transcurso del proceso judicial ante las cortes de Washington D.C. que, a pesar de haber sido victoriosa la *SACE* en los reclamos de los bancos en Ginebra (por una cuestión eminentemente procesal, a saber, la inviabilidad de la sentencia declarativa que habían solicitado los bancos), ante la falta de pago del Paraguay en el año 2005, los bancos requirieron a

la aseguradora italiana que se hiciera cargo de la deuda, ante su póliza de cumplimiento de contrato. SACE inició dos demandas ante los tribunales de Roma para solicitar que los mismos declaren que las pólizas eran inválidas habida cuenta de que las garantías del Paraguay eran inválidas. En el primero de esos casos, el juzgado romano por razones de jurisdicción alegó que sólo la OTB podía ser demandada en tierras italianas, pero también señaló que las sentencias de las cortes suizas sobre la validez de las garantías eran válidas y por tanto concluyentes y *res judicata* para el derecho italiano¹⁰⁵.

Ante tal resolución, SACE optó por entrar a un acuerdo transaccional con los bancos, pagando un total de E 24.900.000 –poco más de USD 37.000.000 en equivalencia de ese momento– a cambio de hacerse con los derechos totales de los bancos bajo los documentos contractuales y las sentencias suizas. Asimismo, el acuerdo de SACE con los bancos preveía que sobre toda suma por encima de la pagada por la aseguradora italiana que llegara a recuperarse del Paraguay, el 50% de la misma correspondería a los bancos¹⁰⁶.

Esto es, la SACE no sólo arregló con los bancos, sino que hizo una suerte de *joint venture* con los mismos sobre potenciales ganancias, con lo cual el condenado se acostó con el verdugo, decirlo vulgar pero certeramente. Con ello, a la inmoralidad histórica que rodeó este caso, la demanda de SACE tuvo su propia inmoralidad adicional, sin olvidar desde luego que la propia SACE había sostenido para liberarse de esta deuda que las garantías de GRAMONT eran válidas – sí, las garantías que ahora pretendía cobrar en los Estados Unidos de América.

Por otra parte, el escrito de demanda era sumamente escueto –después se entenderá bien por qué– con relación al fundamento legal y la invocación de las normas que eran aplicables a la ejecución:

This Court has subject matter jurisdiction pursuant 28 USC 1330 because this is a “nonjury civil action against a foreign state as defined

¹⁰⁵ Escrito de SACE presentado ante la *District Court* de Washington D.C., marzo de 2016, págs. 8-9.

¹⁰⁶ *Idem.* anterior.

in 28 USC 1603(a)” and the exception to foreign immunity set forth at 28 USC 1605(a)(1) is satisfied.

(“Este Tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae* conforme con el 28 USC 1330 porque se trata de una “acción sin jurado contra un estado extranjero tal cual se encuentra definido en 28 USC 1603(a) y la excepción a la inmunidad soberana establecida en 28 USC 1605(a)(1) se ve satisfecha”)¹⁰⁷.

Esto es, básicamente, todo el reclamo. Los fallos se adjuntan, así como los acuerdos de cesión, y la jurisdicción del juzgado federal se ve satisfecha pues existe una “excepción a la inmunidad soberana” conforme la ley federal citada (i.e., 28 USC 1605).

XXIV

Cuando tuvimos noticia de la demanda en la *Procuraduría General de la República*, mi reacción inicial fue de un gran respiro, hasta de alegría me animo a decir; no porque se demandaba al Paraguay en base a un reclamo tan inmoral desde luego, sino que la incertidumbre, ese estado de oscuridad y nebulosa en la que nos encontrábamos hace años, en suma, esa “espada de Demóstenes”, finalmente se podía saber dónde estaba, en manos de quién y con qué fines.

Esto es, la demanda de *SACE* introducida al fin permitió al Paraguay saber con qué se estaba enfrentando, poniendo fin a ese estado de indefensión derivado de la incertidumbre en que nos encontrábamos. Nos daba, en suma, la posibilidad de tener “*our day in court*” como se dice en la jerga anglosajona, esto es, un día en una corte de justicia en la cual por el hecho de litigar contra bancos o empresas de envergadura un país sudamericano tenga el derecho que se escuchen y atiendan sus argumentos, y que la razón pese más que la fuerza, que la influencia.

Fue en este espíritu, y en el convencimiento de que *might* no hace *right* sino que es la *reason* lo que hace *justice*, que presenté al Presidente de la República Horacio CARTES la opción de litigar en las cortes federales de

¹⁰⁷ Escrito de demanda de *SACE* presentado el 1 de junio de 2015 ante la *District Court* de Washington D.C.

Washington D.C., en lugar de entregarnos y rendirnos a la injusticia, como querían muchas personas que ocuparon importantes cargos públicos y también ciertos formadores de opinión, para quiénes la dignidad y reputación de nuestro país, tan correctamente defendida por el Canciller RAMÍREZ BOETTNER, no era demasiado importante. Paraguay, simplemente, tenía razón; y un juzgado en los que los bancos, las relojerías y la industria quesera no tuvieran demasiado influencia nos daría esa razón. De eso siempre estuve convencido, aún en contra de aquellos que nos acusaron injustamente de “creernos el Mcal. López”¹⁰⁸ (lo cual nunca supe entender por qué era un insulto, dicho sea de paso) y en contra de otros funcionarios que preferían un acuerdo con el gobierno italiano¹⁰⁹. Afortunadamente, también, la elección del prestigioso despacho de la capital norteamericana, WILLIAMS & CONNOLLY, y sus abogados Dane BUTWSINKAS, Richmond MOORE y sobre todo la joven y extraordinariamente talentosa y diligente Ana REYES, fue la correcta, pues nuestro país no pudo contar con mejor representación.

Además, el hecho de ser demandados en los Estados Unidos, ante un juzgado federal, terminaría siendo providencial por una razón adicional: por el hecho de que en ese país existe una ley especial federal, parte del *United States Code* (USC) que es la compilación de toda la legislación federal (en contra-distinción a la estadual), y que obligaba a discutir otra vez –mal que le pesara a SACE– la cuestión de los poderes de GRAMONT para actuar en nombre de la República del Paraguay.

Esta era, puede conjeturarse con mucha razón, la peor pesadilla de los jueces que integraban el *Tribunal Fédéral* suizo: de que un tribunal verdaderamente independiente analizara los argumentos que ellos habían utilizado para condenar, cueste lo que cueste, al Paraguay, y demostrara su

¹⁰⁸ Lastimosamente no puedo referir al lector a estas cobardes publicaciones, pues el medio de prensa y el periodista que las publicó, misteriosamente las hizo “desaparecer” después que la sentencia de la corte de Washington D.C. salió a favor del Paraguay.

¹⁰⁹ Los detalles anecdóticos sobre la llegada de la demanda, las conversaciones y disputas con la aguerrida embajadora de Italia en el Paraguay, la elección del Estudio Jurídico que nos defendió y otras historias relacionadas al caso GRAMONT serán relatadas con mayor profundidad en la pequeña obra ya mencionada más arriba.

absoluta endeblez, su inocuidad jurídica, para demostrar, en suma, que los fallos suizos eran verdadera *stultifera juris*.

Y esta es la razón por la cual, como adelanté al principio y volveré a repetir, el fallo de la Jueza JACKSON no sólo resuelve una cuestión procesal de ejecución de sentencia en el derecho norteamericano –aunque sí lo hace– sino que supone una reivindicación verdaderamente histórica sobre el hecho que la posición del Paraguay era la acertada, y que los jueces suizos dictaron fallos manifiestamente injustos.

XXV

La vigencia de una ley federal específica, que se ocupa de la ejecución de sentencias a estados soberanos extranjeros en tierras norteamericanas fue, en última instancia, lo que permitió que se haga justicia a favor de nuestro país. Se trata de una circunstancia afortunada, ya que este tipo de leyes no es común, esto es, una ley que específicamente establezca condiciones particulares para poder ejecutar sentencias contra un país extranjero; lo normal es que cada sistema aplique las reglas usuales para la ejecución de cualquier sentencia (tal es el caso de nuestro país, y un largo etcétera).

El *Foreign Sovereign Immunities Act* (el “FSIA”), incorporado como ley 28 del U.S.C. en sus (parágrafos) §§ 1602–11, regula lo referido al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras contra Estados soberanos en el territorio estadounidense, y establece las condiciones específicas que debe cumplir un demandante para poder ser demandado en los Estados Unidos.

El FSIA fue promulgado en 1976 por el entonces Presidente Gerald FORD, y según uno de sus autores, tenía tres objetivos básicos: (i) transferir la responsabilidad de la determinación de inmunidad de jurisdicción del Departamento de Estado, que hasta ese entonces se encargaba de esta delicada cuestión, al poder judicial; (ii) definir y codificar la teoría “restrictiva” de la inmunidad soberana, que era la prevaleciente en el derecho norteamericano, esto es, que solamente incluye a los actos *jure imperii* en la inmunidad

de jurisdicción y excluye a los actos *jure gestionis* o comerciales, y (iii) proveer un régimen comprensivo, y uniforme, para la litigación contra un estado extranjero en tierras norteamericanas.¹¹⁰

El FSIA primero establece el principio general de inmunidad, al cual luego somete a una serie de excepciones. Así, el § 1604 del FSIA dispone

Subject to existing international agreements to which the United States is a party at the time of enactment of this Act a foreign state shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States and of the States except as provided in sections 1605 to 1607 of this chapter.

(Sujeto a lo dispuesto en los tratados internacionales de los que fuera parte los Estados Unidos al momento de promulgación de esta ley, todo estado extranjero tendrá inmunidad de jurisdicción en los tribunales federales y estatales de los Estados Unidos, con excepción de los casos previstos en los parágrafos 1605 a 1607 de este capítulo).

De estas excepciones, las directamente relevantes para el presente caso son las enumeradas en el § 1605, si bien *SACE* sólo invocó una de esas excepciones –la del inciso (a)(1)– como se adelantó más arriba.

Así:

¹¹⁰ Mark FELDMAN, "The United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 in Perspective: A Founder's View". *The International and Comparative Law Quarterly*. **35** (2): 302–319. Este espíritu se ve plasmado por el parágrafo 1602 que abre la ley, y que establece que: "*El Congreso entiende que la determinación de los tribunales de Estados Unidos de los reclamos de estados extranjeros de inmunidad de jurisdicción de tales cortes serviría los intereses de la justicia y protegería tanto los derechos de los estados extranjeros y los litigantes en los tribunales de los Estados Unidos. Bajo el derecho internacional, los estados no tienen inmunidad de jurisdicción en las cortes extranjeras en cuanto se refiera a sus actividades comerciales, y su propiedad comercial pueden ser embargadas para satisfacer las sentencias contra los mismos en conexión con sus actividades comerciales. Las invocaciones de estados extranjeros a la inmunidad de jurisdicción deben ser decididas por tribunales federales de los Estados Unidos y los estados de conformidad con los principios establecidos en este capítulo*".

(a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—

(1)

in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver;

(2)

in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States.

Si bien el FSIA § 1605 prevé otras excepciones a la inmunidad de jurisdicción, va de suyo que las mismas son manifiestamente inaplicables para el presente caso¹¹¹. El inciso (a)(2) que no fue invocado por *SACE*, fue

¹¹¹ Estos son los otros supuestos: “(3) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States; (4) in which rights in property in the United States acquired by succession or gift or rights in immovable property situated in the United States are in issue; (5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; (6) in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a

incluido al solo efecto de demostrar que el FSIA acogió expresamente la teoría restringida de la inmunidad soberana, al establecer que los actos *jure gestionis* se encuentran expresamente excluidos de tal inmunidad y habilitan a demandar sin más requerimiento al estado en cuestión.

En consecuencia, todo el litigio giró en torno a la interpretación y aplicación del inciso (a)(1), esto es, a la determinación de si

(El Paraguay) renunció a su inmunidad sea explícitamente o por implicación, más allá de cualquier revocación de tal renuncia que el estado soberano pretenda efectuar posteriormente excepto aquella realizada de acuerdo con los términos de la renuncia.

Resulta obvio que tal pregunta no podría ser contestada sin volver a analizar si la renuncia a la inmunidad de jurisdicción que efectuó GRAMONT en los contratos de garantía era válida o no. La justicia suiza, le guste o no, iba a tener un “volver a ver”, y aun cuando es obvio que el juzgado norteamericano de ninguna manera podría dejar sin efecto o revocar las sentencias (tal sería un absurdo improponible), no es menos cierto que no podría resolver la demanda de *SACE* sin analizar si GRAMONT tenía o no poderes de representación de la República del Paraguay.

XXVI

Precisamente la defensa del Paraguay, en su escrito presentado en febrero de 2016, sostuvo paciente y detalladamente –y ante la insistencia de los abogados del Estado paraguayo– que GRAMONT BERRES nunca tuvo poderes para representar válidamente al Paraguay, y mucho menos para

defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the *United States*, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate, if (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the *United States*, (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the *United States* calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a *United States* court under this section or section 1607, or (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable”. Los demás supuestos del artículo (incluidos en el inciso B) se refieren a cuestiones de derecho marítimo que son también absolutamente irrelevantes para el caso paraguayo.

extender una garantía independiente e incondicional para empréstitos de empresas particulares. De hecho, cualquier revisión –incluso ligera, rápida y superficial del derecho paraguayo– sería suficiente para entender que sólo mediante una ley del Congreso que autorice tal situación, era posible que el Paraguay asuma una deuda (bajo la Constitución de 1967 vigente en aquél entonces, y también, dicho sea de paso, la actual de 1992). Pero, además, fuimos insistentes desde la Procuraduría paraguaya en solicitar a nuestros abogados que se “cuente la historia real” a la Jueza BROWN JACKSON, ya que una vez que la misma vea lo que estaba sucediendo –y la inmoralidad adicional del caso de que la SACE, que se había defendido alegando la invalidez de las garantías, ahora pretendía cobrarlas– iba a ser mucho más fácil aplicar la conclusión inevitable: que el Paraguay no podía ser demandado por la deuda espuria.

Esto es, la defensa del Paraguay no sólo se enfocó en cuestiones técnicas del derecho federal norteamericano, sino también hizo hincapié en “contar toda la historia”, incluyendo los truculentos detalles del “duo dinámico” NICOLETTI-GRAMONT BERRES, y cómo los bancos se pasaron en este caso de astutos, aprovechándose de la parcialidad de los tribunales suizos contra un país sudamericano. La inmoralidad, el bandidaje burlesco que definen esta historia, tenían que ser escuchados por un tribunal imparcial.

La contestación del Paraguay a la demanda de *SACE* se articuló sobre tres puntos fundamentales, más allá del relato de los hechos:

1. En primer lugar, en su escrito de demanda la *SACE* ni siquiera intentó probar que el Paraguay renunció a su inmunidad soberana, como lo exige el FSIA para derrotar la presunción de inmunidad de los estados soberanos en la ley federal estadounidense, sino que simplemente se limitó a manifestar que dicha renuncia se dio;
2. En segundo lugar, que *SACE* de hecho jamás podría hacerlo, porque el Paraguay nunca renunció a su inmunidad soberana para este caso, ya que GRAMONT no tenía poderes de representación reales y válidos (“*actual authority*” es el término técnico

del derecho norteamericano), ni tan siquiera podía argumentarse que tenía poderes de representación aparentes (“*apparent authority*”)¹¹²; y,

3. Finalmente, que el FSIA no se aplica extraterritorialmente, esto es, que no existía conexión alguna con los Estados Unidos de América, porque el demandante era una empresa italiana, las sentencias eran suizas y el demandado era el Paraguay, por lo que el caso carece de interés para excitar a la jurisdicción norteamericana.

La *SACE* formuló una réplica 30 días después, conforme el calendario procesal acordado entre las partes, respondiendo punto por punto al escrito presentado por la República del Paraguay, y alegando que, por el contrario, nuestro país había renunciado a la inmunidad de jurisdicción y por tanto la excepción del 1605(a)(1) se hallaba plenamente satisfecha.

En resumen, la posición de la *SACE* fue la siguiente:

1. Paraguay renunció a su inmunidad soberana, conforme lo exige el FSIA. Esto ya fue objeto de discusión amplia y definitiva en tres instancias de la justicia suiza, esos fallos son vinculantes y no pueden ser revisados nuevamente.
2. Para el caso que se considere que este argumento no es suficiente, la corte norteamericana debe fallar que Paraguay renunció a su inmunidad debido a (i) las disposiciones internacionales sobre relaciones diplomáticas consulares y (ii) por la teoría del poder de representación “aparente” que GRAMONT teóricamente tenía. La *SACE* entendió que no era necesario un poder válido

¹¹² Los términos “*actual authority*” y “*apparent authority*” son términos técnicos del *common law* norteamericano, que no tienen una tradición directa y automática al *civil law*; en ocasiones se refiere a la validez de la representación o poderes de representación del sujeto; en otras a la competencia para efectuar un acto; en otras a la autorización. Por una cuestión de simplicidad, he optado por traducir “*actual authority*” como “poderes reales y válidos de representación” y “*apparent authority*” como “poderes aparentes de representación”, aunque el lector debe tener en cuenta las posibles ambigüedades. En cualquier manera, la cuestión radica en la determinación de la capacidad jurídica de GRAMONT de actuar en nombre del Paraguay.

y real (“*actual authority*”) y que como punto de derecho, era suficiente la teoría del poder aparente.

3. Por otra parte, para la *SACE* el FSIA tiene aplicación extraterritorial porque es una ley que se ocupa de cuestiones jurisdiccionales o procesales, y no sustantivas, y que nada en el texto de la FSIA exige que la renuncia a la inmunidad soberana tenga una conexión directa con los Estados Unidos y que, aún si se exigiere tal conexión, la misma se otorga en el presente caso porque la *SACE* estaba buscando ejecutar las sentencias contra los bienes del Paraguay ubicados en los Estados Unidos de América (más específicamente, las operaciones relacionadas a los bonos soberanos).

Una ulterior cuestión, también debatida en el proceso, se refería a la mala fe procesal de la *SACE*, que fue sostenida por nuestro país, en base a lo que sería en nuestro derecho la teoría de los actos propios (“*judicial estoppel*”). El argumento, que más que nada intentaba subrayar la inmoralidad intrínseca de la posición de la empresa italiana –no debe olvidarse además de todo lo dicho ya que las pólizas se emitieron porque el director de la aseguradora fue sobornado por el dúo dinámico– se basaba en que la misma empresa había argumentado en los otros procesos judiciales en los que había participado en la saga GRAMONT que las garantías eran inválidas y ahora estaba intentando en última instancia ejecutarlas a su favor. Esto fue rechazado por la *SACE*, no antes de confesar que efectivamente su posición era absolutamente cuestionable desde un punto de vista estrictamente ético:

SACE acknowledges that it previously argued in the Swiss and Italian courts that the guarantees were invalid, but says it can take a contrary position here because it lost that argument. SACE states that it prevailed on that argument only in the Italian bankruptcy proceeding, but it is not sufficiently related to this case to bind SACE and, in any event, SACE is not attempting to unfairly change its position

(“*SACE* reconoce que previamente ha sostenido en la justicia suiza e italiana que las garantías eran inválidas, pero afirma que puede tomar la posición contraria porque perdió dichos argumentos. *SACE* afirma que prevaleció en este argumento sólo en el procedimiento concursal italiano, pero el mismo no está lo suficientemente relacionado con este caso para obligar

a SACE y, en cualquier caso, SACE no está tratando de modificar injustamente su posición”¹¹³).

Si bien era claro que no se trataba de un argumento que iría a “ganar” el caso como se dice coloquialmente, fue insistido por nuestros abogados a pedido particular nuestro, porque resaltaba un aspecto más –por si hacía falta– del oscuro trasfondo de este pleito. Nunca sabremos si pesó en la conciencia de la jueza, desde luego, pero algo nos dice que toda la historia negra que se contó en Washington D.C. tuvo que tener algún impacto.

XXVII

Ahora bien: la discusión central sobre la cual giraría la resolución del caso, sin embargo, era el segundo delimitado más arriba. Es más, a efectos analíticos puede distinguirse una cuestión eminentemente jurídica, primero, si el derecho norteamericano exige que la renuncia sea hecha por un agente con poderes válidos o si basta un poder aparente; y una cuestión eminentemente fáctica, esto es, si GRAMONT BERRES tenía o no dichos poderes.

Así:

- *Quaestio juris*: si la renuncia a la inmunidad soberana que exige el FSIA precisa de un poder real y válido por parte del representante (“*actual authority*”), con lo cual una renuncia hecha por una persona sin poderes válidos no es suficiente (lo que sería sin dudas el caso de GRAMONT), o basta con un poder aparente (“*apparent authority*”);
- *Quaestio facti*: la determinación de si el Paraguay renunció a su inmunidad soberana en el presente caso, ya sea a través de una renuncia real o válida, o una meramente aparente.

Este desmenuzamiento analítico permite asimismo observar que la Jueza BROWN JACKSON fue mucho más allá de lo que era estrictamente necesario, todo ello para demostrar que las sentencias suizas eran absolutamente insostenibles – me animo a decir en lo personal, *perversamente* insostenibles. Porque, como veremos, para la Jueza era claro que la posición

¹¹³ Escrito de contestación de la SACE, marzo 2016, en la pág. 25.

estrictamente normativa sostenida por el Paraguay –de que el FSIA exige que la renuncia a la inmunidad por el Estado sea efectuado por alguien con poderes válidos y reales (“*actual authority*”)– era la aplicable en el derecho norteamericano, y aun así siguió adelante a analizar la cuestión de la “autoridad aparente”, para llegar al punto que la posición de los tribunales suizos absurdamente alegaron la apariencia de los poderes de GRAMONT.

En otras palabras: la jueza BROWN JACKSON muy bien pudo haber despachado rápidamente la cuestión, pues como preguntó al representante de la SACE en la audiencia procesal a la que asistimos desde la Procuraduría: “Usted reconoce que no hay autoridad real en este caso” y éste contestó que “reconocía que para SACE no hubo autoridad real”, y como la propia jueza manifiesta en la sentencia,

This court agrees with Paraguay that actual authority is necessary for an agent to effect a waiver of a foreign state’s sovereign immunity in the context of the FSIA – a finding that resolves this case because even SACE admits that actual authority is lacking here.

(Este juzgado concuerda con Paraguay de que el poder real y válido es necesario para que un agente pueda efectuar una renuncia a la inmunidad soberana de un estado extranjero en el contexto del FSIA – una conclusión que resuelve este caso de plano porque la propia SACE ha admitido que no existe un poder válido y real en este caso)¹¹⁴.

En otras palabras, la sentencia fácilmente pudo haber tenido la mitad de las páginas que finalmente tuvo; la juez pudo haber terminado ahí, en la constatación de esta situación, pero fue mucho más allá, dando razón sustantiva al Paraguay de que todo esto fue una estafa y que la justicia suiza dictó sentencias absolutamente irrazonables.

Es lo que la justicia, más todavía que el estricto derecho, exigía.

XXVIII

En efecto: en los primeros párrafos de la histórica decisión del 21 de marzo de 2017, la Jueza BROWN JACKSON categóricamente sostiene que la

¹¹⁴ Sentencia de la *District Court* de Washington D.C., del 21 de marzo de 2017, en la pág. 21.

renuncia a la inmunidad soberana exigida por el 1605 del FSIA exige “*actual authority*”, esto es, un poder de representación real y válido. Con esto ya termina el caso, pues, se reitera, la SACE nunca siquiera intentó alegar que GRAMONT tuviera poderes válidos – tal cosa, desde luego, sería inconcebible¹¹⁵. SACE alegó que la autoridad “aparente” era suficiente a efectos del derecho norteamericano, y reiteró el argumento –absolutamente insostenible– de los tribunales suizos de que los documentos que tuvieron a la vista los bancos –el Decreto presidencial de 1983, la nota de mayo de 1986 del Ministro BARRIENTOS y la consecuente resolución de octubre de 1986– eran suficientes para crear en los bancos la “razonable creencia de que GRAMONT tenía poderes suficientes para obligar al Paraguay y renunciar a su inmunidad de jurisdicción”¹¹⁶.

Sin embargo, como ya se adelantó, la Jueza BROWN JACKSON no se detuvo aquí, ya que alega que aún si la teoría del “poder aparente” (*apparent authority*) fuera la aplicable, como lo sostenía la SACE, aún así cualquier creencia que GRAMONT BERRES tuviera poder suficiente para renunciar a la inmunidad soberana del Paraguay es “irrazonable” – más adelante, y hasta exasperada por tener que ahondar sobre este tema, utilizaría el epíteto “manifiestamente irrazonable”, lo que además de ser verdad, es el peor insulto posible en el mundo del derecho.

Para llegar a tal conclusión, la Jueza BROWN JACKSON primeramente realizó un detallado, paciente, exhaustivo y acertado recuento de los hechos –tal cual habíamos insistido a nuestros abogados norteamericanos que era necesario hacer para poder llegar al trasfondo lúgubre de este sucio *affaire*– el cual deja en evidencia que toda la operación no fue sino una estafa, orquestada no sólo por el “Embajador”, sino por sobre todo por su secuaz NICOLETTI, que fue quién en nombre del banco agente OTB llevó adelante toda

¹¹⁵ De hecho, en sus presentaciones escritas ante la corte federal de Washington D.C., la SACE solamente mantuvo la posición del “*apparent authority*”; era imposible que pudiera sostener otra cosa, habida cuenta el hecho incontestable que GRAMONT no tuvo nunca poderes de representación reales o válidos.

¹¹⁶ Sentencia de la District Court, en la pág. 21.

maquinación. Es que el relato de los hechos es tan elocuente, que no permite llegar a otra conclusión¹¹⁷.

Algunos puntos del relato de los hechos de la Jueza BROWN JACKSON, no obstante, deben ser destacados.

Primeramente, y con colorido lenguaje, la Jueza nos recuerda que GRAMONT “se puso varios sombreros durante la negociación y ejecución de las operaciones”. Así, destaca –como la justicia suiza quiso minimizar o no reconocer– que GRAMONT era “presidente de Rosi y de Lapachos”; que era el accionista casi total de las empresas; que la esposa era Vicepresidenta; que GRAMONT era sobrino político de STROESSNER; que era Cónsul pero que nunca fue Embajador acreditado; que GRAMONT estaba obligado a “mantener estricto contacto y constante coordinación con el Ministerio de Hacienda y reportar todas las transacciones”, cosa que nunca sucedió¹¹⁸. En otras palabras, el interés personal obvio y evidente para cualquier transeúnte –menos para la justicia suiza desde luego– fue apuntado desde entrada por la jueza, lo que da refuerzo a que la necesidad de “contar toda la historia” tuvo su impacto en la formación de su sentencia.

Luego de efectuar un atento análisis de los argumentos y contra-argumentos sostenidos por ambas partes ante su juzgado, la Jueza BROWN JACKSON pasó a realizar el análisis normativo para resolver el caso. Primeramente, y en forma analíticamente impecable, optó por exponer el marco legal normativo y estándar jurídico aplicable (“*Statutory Framework and Legal Standard*”), para luego pasar a bajar a tierra dicho marco en base a los hechos del caso.

XXIX

La Jueza aclara que el FSIA es una ley específica que es la única que puede otorgar jurisdicción a la justicia norteamericana cuando se trata de la presencia de un estado extranjero en las mismas. El FSIA establece el

¹¹⁷ Idem. anterior, pág. 3 y ss. “Factual Background”.

¹¹⁸ Idem. págs. 9 y 10.

marco normativo específico para determinar si un estado soberano tiene inmunidad o no, y los casos en los cuales un tribunal norteamericano puede entender en una demanda contra un estado extranjero, siempre y cuando las excepciones se aplican específicamente. Por ello, reitera lo ya señalado más arriba, que el FSIA parte del “principio de inmunidad soberana salvo que se aplique una excepción específica”¹¹⁹. Importantemente, trayendo a colación el caso *Bell Helicopter Textron v. Islamic Republic of Iran* (del año 2013), aclara que la carga de la prueba inicial para superar la presunción a favor del Estado se aplica al demandante, y una vez satisfecha tal posición, queda a cargo del estado soberano “la carga última de persuadir que la excepción no se aplica”¹²⁰.

Seguidamente, recuerda que la *SACE* sólo invocó una excepción específica al principio general de inmunidad –el ya citado §1605(1)(a) de la renuncia a la inmunidad soberana– y recuerda que según el *case law* norteamericano tal renuncia debe ser “clara e inequívoca” – *World Wide Minerals Ltd. V. Republic of Kazakshstan* (del año 2002).

Luego se ocupa de una cuestión eminentemente procesal norteamericana, que es el estándar de evaluación de una petición de rechazo preliminar (*motion to dismiss*) como la introducida por la República del Paraguay. Llega a la conclusión de que el demandado, en este caso, nuestro país, debe cuestionar o la “suficiencia jurídica” o bien “los hechos subyacentes a la excepción” (de la inmunidad), y que en casos fácticos de aplicación del FSIA – como sin dudas era el caso de *SACE v. Republic of Paraguay*– “la carga de la persuasión recae sobre el estado soberano que reclama inmunidad, debiendo establecer la ausencia de la base fáctica por una preponderancia de pruebas a su favor”¹²¹.

Como se puede apreciar, el estándar evaluativo establecía una vara alta para la República del Paraguay, en el sentido que, al defender su inmunidad soberana, debía nuestro país producir o alegar que las pruebas producidas jugaban a su favor, bastando a la *SACE* la alegación de la misma.

¹¹⁹ Idem. pág. 16.

¹²⁰ Ídem. anterior.

¹²¹ Idem. anterior, pág. 20.

Afortunadamente, y dados los hechos del oscuro *affaire* GRAMONT, en este caso tal “carga de persuasión”, que podría ser extremadamente difícil en otros supuestos, no era imposible, sino que, por el contrario, ayudaría a tildar la balanza a nuestro favor.

XXX

Como cuestión técnico-jurídica de derecho norteamericano federal, la jueza rechazó la argumentación de *SACE* de que los poderes aparentes son suficientes para que un estado soberano renuncie al privilegio de la inmunidad de jurisdicción; sostuvo que es necesario que los poderes sean válidos y reales, y realizó un minucioso estudio de los casos para sostener tal aserto. De hecho, si la sentencia hubiese terminado aquí, podría hablarse de un triunfo procesal paraguayo, pero uno bien fino, basado en un hecho que ni siquiera el más temerario abogado suizo (o juez) se animó a sustentar: que GRAMONT tenía efectivamente poderes válidos de representación del Estado paraguayo.

Por ello, de detenerse en este punto, todo es una cuestión puramente jurisdiccional o procesal del *common law* norteamericano, por lo que mal podría entenderse la razón por la cual al comienzo de este ensayo manifesté que en realidad la jueza tildó a los fallos suizos de “manifiestamente irrazonables”. Y es que es la verdad, el que conoce algo de cómo actúan y piensan los jueces saben que cuando pueden despachar una cuestión rápidamente, en base a un argumento –en este caso, bajo la idea del “*actual authority*” el fallo estaba cantado desde la confesión del abogado de *SACE* en la audiencia– pero aun así se ocupa extensamente de otras cuestiones, lo hace porque está queriendo significar algo más.

Esta es la razón, sostengo firmemente, por la cual la jueza BROWN JACKSON posteriormente pasó a analizar, si bien era innecesario, la doctrina de la “*apparent authority*” que, guste o no, es en sustancia el mismo razonamiento que usaron, irrazonablemente los jueces suizos para condenar al Paraguay. Hasta desnuda la ambigüedad –a mi modo de ver intencional y dolosa– del fallo suizo de hacer referencias a notas y documentos públicos paraguayos (falsificados, por lo demás) que se referían a GRAMONT en su calidad de “Embajador”, para luego condenar en base a su posición como “Cónsul”, para peor, demostrando con cita a fallos y doctrina prestigiosa que en

DOCTRINA

puridad un cónsul nunca o casi nunca tiene los poderes que en este caso invocó GRAMONT en el ámbito del derecho internacional público.

La realidad del caso es que las últimas ocho o nueve páginas del caso demuestran a toda luz y contra toda posible refutación, que los fallos suizos eran irrazonables, y la jueza pacientemente detalla puntualmente las distintas cuestiones en las cuales los jueces suizos fallaron groseramente, como se verá más abajo. Por el contrario, y para dar un solo ejemplo absolutamente devastador, la jueza refiere que los documentos invocados por el *Tribunal Fédéral* suizo, emanados del Ministro de Hacienda –¡“*expresamente limitan*”!– los poderes de GRAMONT, antes de otorgarles mayor amplitud.

Estamos no sólo en otro hemisferio que la justicia suiza, definitivamente, sino en otro universo.

XXXI

Primeramente, la Jueza BROWN JACKSON concluyó que bajo la égida normativa del FSIA se requiere que el agente en cuestión tenga un poder válido y real (“*actual authority*”) para poder efectuar la renuncia a la inmunidad de jurisdicción. Como bien aclara, se trata de una cuestión de interpretación de la ley (*statutory interpretation*) bien espinosa, porque el texto del 1605 se limita a decir que “un estado extranjero” haya “renunciado expresamente o por implicancia” pero no aclara si el agente del estado debe o no tener poder para efectuar la renuncia, o si un agente que no tiene el poder de representación puede obligar al estado para el caso que de la “apariencia” de tener tal poder, que sería el caso de GRAMONT. Es decir, son cuestiones que plantea el caso, pero no están resueltas por el texto expreso de la ley.

Para llegar a la conclusión de que efectivamente se requiere de un poder válido y no meramente aparente, la jueza utiliza dos argumentos jurídicos; en primer lugar, recurre a (lo que un abogado en la tradición civilista llamaría) una interpretación sistemática de la ley, mediante el recurso al análisis de la excepción de “actividad comercial” o actos “*jure gestionis*” prevista en el segundo inciso de las excepciones a la inmunidad, el §1605(a)(2), ya mencionado más arriba, y luego se refiere a otros fallos de otros circuitos (jurisdicciones) federales que llegaron a esa misma conclusión, como cuestión del *case law* norteamericano.

En cuanto al § 1605(a)(2), el mismo establece que se entenderá que el estado extranjero no tiene inmunidad cuando

la acción se basa en una actividad comercial llevada adelante en los Estados Unidos por un estado extranjero; o sobre un acto ejecutado en los Estados Unidos en conexión con una actividad comercial de un estado extranjero en otro país; o en un acto ejecutado fuera del territorio del os Estados Unidos en conexión con una actividad comercial del estado extranjero en otro país y que ese acto tenga un efecto directo en los Estados Unidos.

Como puede apreciarse, este segundo inciso cristaliza el acogimiento por el FSIA de la tesis restringida de la inmunidad soberana –también aplicable en Suiza, dicho sea de paso–según la cual un estado soberano tiene inmunidad solo respecto de los actos *jure imperii* y no los meramente *jure gestionis*, esto es, en actividades comerciales comunes.

Pues bien, el argumento de la jueza es que la expresión “estado extranjero” prevista en el inciso (a)(2) es la misma que utiliza el FSIA en el inciso (a)(1) –“*this Court discerns no meaningful difference between the “foreign state” actor that Congress references in the commercial activity exception... and the “foreign state” who must clearly and unambiguously waive the foreign state’s immunity*”¹²²– entonces la forma que los tribunales federales norteamericanos han interpretado el inciso (a)(2) en el sentido que los funcionarios y agentes del gobierno que llevan adelante los actos comerciales deben tener poderes reales (*actual authority*) entonces aplicando analógicamente tal interpretación también debe concluirse que para renunciar a la inmunidad de jurisdicción es necesario que el agente tenga poder real y válido de representación.

Como puede notarse de su razonamiento, la jueza dio particular fuerza vinculante a las conclusiones de los tribunales del Cuarto, Quinto y Noveno Circuito, citando particularmente el caso *Velasco v. Government of Indonesia* del año 2004 en el cual expresamente se concluyó que “la excepción de actividad comercial puede ser invocada contra un estado extranjero

¹²² Idem. anterior, pág. 27.

solo cuando sus funcionarios tienen poderes válidos y reales de representación¹²³, y también el caso *Phaneuf v. Republic of Indonesia* del año 1997 en el cual se resolvió expresamente que “si un estado extranjero no ha otorgado un poder al agente para actuar, los actos del agente no autorizado no pueden ser imputados al estado extranjero”¹²⁴.

La conclusión entonces fue que los precedentes que interpretaban que la excepción de la actividad comercial del (a)(2) requería de poderes válidos de representación se aplicaba igualmente al supuesto previsto en el (a)(1), con lo cual el agente, en este caso GRAMONT, necesitaba de poderes reales de representación (i.e., *actual authority*) pues de lo contrario sus actos no podían ser imputados al Paraguay¹²⁵.

Seguidamente, la jueza BROWN JACKSON pasó al segundo argumento que invocó para sostener que se requiere del poder real y que un poder meramente aparente no basta para imputar al estado la conducta de su agente: que los casos invocados por *SACE* que darían a entender que es suficiente un poder aparente son inaplicables, y que de hecho, la interpretación de que es necesario un poder válido de representación es la consistente con los principios de derecho internacional público.

Particular atención se prestó en la sentencia a los casos *Jota v. Texaco* del año 1998 y *Aquamar v. Del Monte Fresh Produce* del año 1999, que fueron invocados por la aseguradora italiana argumentando que los mismos

¹²³ Citado en la sentencia, en la pág. 24.

¹²⁴ Ídem. anterior.

¹²⁵ En un párrafo interesante para los efectos del derecho norteamericano (en la pág. 26) la jueza critica y se aparta del argumento de la corte del Segundo Circuito según el cual es suficiente el poder aparente de representación (*First Fid. Bank v. Government of Antigua & Barbuda* del año 1989), al aclarar que ha delimitado todavía más su *holding* al señalar que hay que distinguir entre actividad comercial “privada” y actividad comercial “pública” por lo que cuando la actividad es “pública” no basta el poder aparente de representación. La jueza se cuestiona (en la pág. 27) si el Segundo Circuito se animaría a afirmar que para la renuncia de inmunidad soberana, que es un acto “público” sin dudas, basta con la “apariencia” (la jueza por el contrario da a entender la negativa).

consagran la teoría que la autoridad aparente es suficiente para imputar el acto al estado soberano.

En el caso *Aquamar* los hechos eran bien particulares: se referían a una renuncia de inmunidad efectuada (i) por el jefe de una misión diplomática –un embajador– y la misma se dio (ii) en el contexto de un procedimiento judicial. Estos dos hechos, totalmente distinguibles, eran los que permitían considerar que el funcionario podría renunciar a la inmunidad, aun cuando no tuviera la autorización real de su gobierno y, de hecho, en casos posteriores expresamente se dijo que el precedente de *Aquamar* no se aplicaría en casos que no involucren los actos de un embajador. El caso es claramente distinguible¹²⁶ entonces y no extensivo al supuesto litigado en GRAMONT.

En cuanto al caso *Jota*, también se trató de un acto de un embajador en un procedimiento judicial, con lo cual estos dos elementos fácticos fueron cruciales para que se acepte la idea de la apariencia como suficiente, pero ambos no se daban ni remotamente en el caso paraguayo. Como dijo la jueza,

Ninguno de estos casos puede ser utilizado para defender la proposición de que el poder de representación aparente es siempre suficiente para alcanzar una renuncia vinculante de la inmunidad soberana en cualquier contexto. Ni tampoco los holdings de estos fallos pueden extenderse más allá de la mera proposición de que un individuo que tiene un rango de embajador razonablemente parece tener la autorización para representar al soberano extranjero en un procedimiento judicial, y ciertamente no conllevan la conclusión de que el poder aparente es todo lo que se exija para obligar a un estado soberano en una renuncia expresa de inmunidad soberana que se encuentra en una garantía financiera firmada por un cónsul¹²⁷.

Una vez más, la jueza dio la razón a los (extraordinariamente competentes) abogados del Paraguay, desechando la posición de SACE.

¹²⁶ Idem. anterior. pág. 28.

¹²⁷ Idem. anterior. pág. 29.

DOCTRINA

A la luz de todos estos argumentos, la jueza sostuvo que la frase “estado extranjero” prevista en la excepción del FSIA sólo incluye a los funcionarios y agentes de un estado extranjero que *tienen poderes reales y válidos* para renunciar a la inmunidad soberana. Y es un hecho “indiscutido” que GRAMONT no tenía estos poderes ni autorizaciones. La conclusión era que *Este juzgado carece de jurisdicción rationae materia para entender en la acción de SACE, y el caso debe ser desestimado*¹²⁸.

XXXII

Así las cosas, la sentencia debería haber culminado en la página que contenía tal aserción. Sin embargo, y como ya se adelantó, la jueza siguió durante más de ocho páginas atendiendo la teoría de la autoridad aparente, sin tener que hacerlo. Si se atiende que el argumento principal (el del “*actual authority*”) ocupa las páginas 22 a 31 de la sentencia, y el subsidiario de la “*apparent authority*” casi la misma extensión, de las páginas 31 a la 38, se puede concluir que la jueza dio casi tanta importancia a la cuestión de la autoridad aparente como a la estrictamente necesaria, lo que da más pie a nuestra conjetura de que Ketanji BROWN JACKSON estaba queriendo decir “algo más” sobre la forma en la que la justicia suiza decidió el caso.

Es que en mi opinión —y quizás mi amor por nuestro país aquí me juega una mala pasada, pero estoy convencido de ello— no hay otra forma de leer estas páginas si no como una suerte de “corrección implícita” de los argumentos sostenidos por los tribunales suizos, ya que punto por punto pulveriza cada una de las ideas que utilizó la justicia helvética para fundar que GRAMONT tenía poderes “aparentes” para obligar al Paraguay.

Aquí cabe hacer una aclaración obvia, superflua incluso: la justicia norteamericana no puede “revisar” los fallos suizos. Esto es evidente y la jueza lo tenía también más que claro. Como ella mismo lo dijo, “no hay dudas que las cortes suizas son competentes para adjudicar las cuestiones que se le presentan ante ellas”¹²⁹. Pero esto no implica que no deba revisar todos los hechos del caso, como efectivamente lo hizo, y se verá más abajo¹³⁰. Es

¹²⁸ Idem. anterior. pag. 31.

¹²⁹ Idem. anterior, pág. 38.

¹³⁰ Ídem. anterior.

evidente, por ejemplo, que el razonamiento de la jueza no podía responder a las normas vigentes en Suiza –por ejemplo, el art. 33 del código suizo que fue fundamental para la justicia de ese país– sino en el derecho norteamericano. Pero no es menos cierto que si bien son normas jurídicas totalmente distintas, en el fondo el problema era exactamente el mismo, y por eso los párrafos de la justicia norteamericana demuestra que jamás pudo manifestarse que los bancos podían confiar en los actos de GRAMONT, ya que ni siquiera podía decirse que “aparentemente” podía representar válidamente al Paraguay.

La representación aparente se funda en el *common law* como:

El poder que tiene un funcionario público u otro actor para influir en las relaciones jurídicas de su mandante con terceras partes cuando el tercero razonablemente cree que el actor tiene la autorización para actuar en nombre del principal y esa creencia es trazable a las manifestaciones del principal.

Concordantemente con este concepto, la jueza, invocando los principios de derecho norteamericano de representación, afirma que

Para demostrar que Gramont tenía poderes aparentes de representación para renunciar a la inmunidad soberana, SACE debería demostrar que (1) el Paraguay manifestó tal cosa, y (2) que los bancos razonablemente creyeron que Gramont tenía la potestad de renunciar a la inmunidad a la luz de la manifestación de Paraguay¹³¹.

Como puede apreciarse sin mucho esfuerzo, el estándar exigido por el derecho norteamericano para aplicar la doctrina de la representación aparente es extraordinariamente similar al del derecho suizo, ya mencionado más arriba. Cabe recordar que en el derecho suizo la persona que no tiene poderes válidos de representación aún con esta carencia puede obligar a su mandante, en base a la doctrina de la “apariencia” plasmada en el art. 33.3 del *Código de las Obligaciones* de ese país. El mismo establece que aun cuando no existan poderes válidos, se protege al tercero en base al haber confiado en esa apariencia de representación, pero ello supeditado a dos

¹³¹ Idem. Anterior, pág. 31.

condiciones: (1) primero, la existencia de una comunicación del representado al tercero, y (2) segundo, la buena fe del tercero.

La similitud es extraordinariamente sugestiva.

Y la jueza parece haberla vislumbrado, para pasar a destruir ambas.

Recordará el lector que ha persistido valientemente en la ardua tarea de leer estas páginas, que la justicia suiza había entendido que tal comunicación había existido, mediante las notas enviadas del Ministerio de Hacienda a OTB, y que los bancos habían actuado de buena fe. La traducción al derecho norteamericano sería que la manifestación del Paraguay sobre la autoridad de GRAMONT existió, y que también los bancos razonablemente confiaron en la representación que invocaba GRAMONT.

Aquí la jueza no titubeó: ni existió tal comunicación de Paraguay, ni mucho menos existió una creencia razonable que GRAMONT estaba autorizado para obligar al Paraguay.

Y luego empieza a desmenuzar (como mínimo, implícitamente) uno a uno los argumentos utilizados por las cortes suizas.

Con relación a la manifestación o comunicación de los poderes de GRAMONT, BROWN JACKSON señala que no existió tal comunicación. Así, específicamente atendiendo el Decreto de nombramiento de GRAMONT como Embajador en Misión Especial, invocado por la justicia helvética, dice:

El hecho que el Paraguay hubiera autorizado a Gramont a representar al país en ciertos aspectos no es suficiente: si bien el Decreto del 27 de mayo de 1983 le confía a Gramont “la facilitación de ciertos emprendimientos relacionados a programas de desarrollo para el Paraguay”), SACE no ha acompañado prueba alguna que demuestre que los contratos de Rosi y Lapachos estaban dentro de los “programas de desarrollo” que las autoridades paraguayas consideraban, y los hechos dejan en claro que Gramont hizo mucho más que meramente “facilitar” el “manejo” de tales transacciones¹³².

¹³² Idem. anterior pág. 33.

Este hecho, tan claro, tan evidente, tan obvio, nunca fue considerado por la justicia suiza.

Por lo demás, el Decreto expresamente exigía que los detalles y extensión de los poderes de la misión especial serían comunicados a GRAMONT y al Ministerio de Relaciones Exteriores en una fecha posterior. Por tanto,

*Nada en este documento demuestra la intención o asentimiento del Paraguay de autorizar a Gramont a renunciar a la inmunidad soberana del Paraguay, en una transacción comercial o la que fuera*¹³³.

En cuanto a los otros documentos utilizados por la justicia suiza para sostener su insostenible argumentación –la nota del Ministro BARRIENTOS del 22 de mayo de 1986 y la resolución de octubre del Ministerio de Hacienda– la jueza es igualmente contundente. Las mismas en absoluto permitían crear una convicción razonable o de buena fe de que GRAMONT estaba autorizado a obligar al Paraguay.

En cuanto a la nota del 22 de mayo, la jueza dice que la misma solo se refiere a la capacidad de firmar documentos relacionados a la “ejecución de los programas de desarrollo y proyectos” y la resolución de octubre de 1986 sólo lo autoriza a “manejar, presentar y negociar propuestas” y firmar la “documentación necesaria” para ciertas transacciones financieras. Pero,

Ninguno de estos documentos exhibe la delegación de la autoridad a renunciar a la inmunidad soberana con relación a un contrato o propuesta, y ninguno de estos dos documentos siquiera se acerca a sugerir que Gramont tenía la autorización para actuar en forma independiente o sin la aprobación previa del gobierno en sí.

Si bien la jueza se refiere aquí a la potestad de renunciar a la inmunidad, va de suyo que el razonamiento es plenamente aplicable a la garantía en sí, ya que quién puede lo más puede lo menos.

Por otro lado, la magistrada norteamericana entendió que, por el contrario, más que entender que estos documentos ampliaban los poderes de GRAMONT, al exigir que esté en permanente contacto y coordinación con el

¹³³ Ídem. anterior.

Ministerio de Hacienda, la resolución “expresamente *limitaba* los poderes de Gramont” (énfasis de la jueza BROWN JACKSON).¹³⁴ GRAMONT solo podría ejecutar transacciones “específicamente autorizadas y consentidas por su principal”, cosa que desde luego nunca existió en este caso¹³⁵.

A continuación la jueza destruye otro de los argumentos –¡ay, tan irrazonables!– de la justicia suiza, que tiene que ver con la calidad diplomática de GRAMONT como cónsul.

Nunca hubo discusión que GRAMONT jamás estuvo acreditado como “Embajador” en Suiza, sino solamente como “cónsul”. Pues bien, la jueza BROWN JACKSON correctamente hace hincapié en lo que los tribunales suizos omitieron expresamente: que el cónsul, a diferencia de un Embajador, tiene poderes sumamente limitados para actuar en nombre de su país. Se trata de un “principio bien establecido del derecho internacional público”, como dice con apoyo del prestigioso internacionalista Constantin ECONOMIDES, que afirma que justamente “el criterio usual” para distinguir entre un diplomático y un cónsul es el alcance distinto de su “carácter representativo” ante el estado, pues el cónsul a diferencia de un embajador tiene poderes “específico” a las “cuestiones de su competencia”¹³⁶. En suma, los cónsules son “meros agentes comerciales de un gobierno” que tienen a su cargo “promover los intereses comerciales de sus países” pero “no son agentes diplomáticos”¹³⁷.

Esto desde luego se condice plenamente con lo que establece la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, que fue increíblemente citada por los tribunales suizos *en contra* del Paraguay, cuando cualquier lectura incluso superficial de la misma permite concluir, con la jueza BROWN JACKSON, que un cónsul jamás podría tener la potestad de obligar a su país *per se*. En efecto, esta *Convención* detalla en la larga lista del art. 5 las funciones

¹³⁴ Idem. pág. 34.

¹³⁵ Ídem. anterior.

¹³⁶ Idem. pág. 34.

¹³⁷ Ídem. anterior.

de un cónsul¹³⁸, ninguna de las cuales puede ajustarse a las actividades que GRAMONT desarrolló en Suiza relacionadas a los proyectos *Lapachos* y *Rosi*,

¹³⁸ Dice el citado artículo: “Las funciones consulares consistirán en: a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional; b) fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención; c) informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas; d) extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía, y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado; e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas; f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor; g) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor; h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela; i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales, cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente; j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor; k) ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado, y de las aeronaves matriculadas en el mismo y, también, de sus tripulaciones; l) prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo y, también, a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos

y mucho menos otorgar garantías soberanas del Estado paraguayo. Por el contrario, resulta claro de dicha *Convención* que lo que dice la jueza en su sentencia es lo correcto, esto es, que jamás se podría haber considerado que un mero cónsul podría representar a su país diplomáticamente¹³⁹, otorgar garantías soberanas, renunciar a la inmunidad de jurisdicción, remitir una controversia a la jurisdicción de un tribunal extranjero, y así sucesivamente. La realidad es que los tribunales suizos simplemente ignoraron este hecho que es advertido, con gran justicia, por la magistrada norteamericana.

Lo que es más: los tribunales suizos cometieron un acto todavía más grave, me animo a decir casi doloso, en este punto, para favorecer a sus bancos.

En efecto: los jueces suizos utilizaron para sostener los poderes “aparentes” de representación tanto el Decreto de STROESSNER como la nota y resolución de BARRIENTOS, pero omitiendo que en ambas se trataba a GRAMONT de “Embajador”; sin embargo, al mismo tiempo, entendieron que la apariencia derivaba del hecho que GRAMONT era el “Cónsul” del Paraguay en Suiza, que estuvo acreditado, y que esto nunca fue controvertido. Nótese la gran perversión de este argumento: por un lado, utilizaron para sostener

buques, encaminar y refrendar los documentos de a bordo y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía; m) ejercer las demás funciones confiadas por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que éste no se oponga, o las que le sean atribuidas por los acuerdos internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor”. Como se ve, más allá de afirmaciones sumamente genéricas, bajo ningún punto de vista la actuación de GRAMONT BERRES puede ser ajustada dentro de este detallado artículo.

¹³⁹ En la nota al pie 11 de la sentencia, la jueza con gran corrección rechaza la insinuación de *SACE* de que al no existir un embajador acreditado en Suiza el Paraguay podría haber querido que GRAMONT tenga el poder de realizar ciertos actos diplomáticos. Pero, como bien acota la magistrada, según la *Convención de Viena* un cónsul puede asumir responsabilidades de embajador (diplomáticas) sólo cuando el Estado receptor ha consentido y autorizado tal actuación. Es obvio que ello nunca sucedió.

la apariencia los documentos que se referían expresamente a GRAMONT en su carácter de “Embajador” –pues sólo un embajador, se acaba de ver, podría representar diplomáticamente en un país en el tipo de actos que llevó adelante nuestro personaje– pero también reconocieron expresamente que nunca hubo tal Embajada, y que GRAMONT solo estuvo acreditado como cónsul, lo que debería haber, como mínimo, hecho sonar todo tipo de alarmas a los bancos tan mansos hombres de “buena fe”. Ni qué decir el escándalo, que las “garantías” tenían un sello de “Embajada Paraguaya en Suiza” – no de “Consulado”.

Por tanto, la posibilidad de que un “Cónsul” pueda generar la creencia de buena fe o razonable en los terceros –que para peor en este caso no son cualquier tercero, sino sofisticados operadores del mercado financiero internacional– es absurda, como bien lo deja en evidencia la sentencia norteamericana.

Por si todo esto no fuera poco –y es claro que no lo es– la jueza pasó a analizar el último detalle, el más escandaloso de todos: el hecho que las transacciones de *Rosi y Lapachos* no supondrían beneficio alguno para el Paraguay, pero lo que es más grave, que el “Cónsul” firmante de las garantías tenía un obvio interés personal en las mismas, lo que hace que cualquier alegación de buena fe o de razonabilidad de los bancos caiga por el piso a pedazos. Cualquier posibilidad de creer en poderes “aparentes” de GRAMONT, como dice la jueza, tienen un “tiro de gracia” por la rememoración de estos graves hechos olímpicamente ignorados por los tribunales suizos.

Como afirma la jueza BROWN JACKSON, no puede alegarse que hay poderes “aparentes” en tanto y en cuanto

Las garantías mismas, que Gramont negoció y firmó, eran parte de una transacción financiera obviamente en interés propio del mismo que beneficiaba a Gramont personalmente en su carácter de accionista principal de Rosi y Lapacho¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Idem. pág. 36.

Este hecho por sí mismo debería ser suficiente para “alertar a los bancos que los poderes de Gramont para ejecutar garantías obligatorias” en nombre de nuestro país era “cuestionable”¹⁴¹.

Como se ve, estamos en un universo jurídico, y moral, totalmente diferente al suizo.

Y en este punto la jueza tira un dardo venenoso a los tribunales suizos. Dice que la prueba y evidencia del caso demuestra que los bancos sabían –y este es el agregado fundamental, “*should have known*”/“deberían haber sabido”– sobre el interés propietario de GRAMONT en las compañías privadas que se beneficiarían realmente de las garantías firmadas en nombre de Paraguay¹⁴².

Ese “deberían haber sabido” es el mentís más rotundo a la sentencia del *Tribunal Fédéral* suizo de que los bancos “razonablemente y de buena fe confiaron en los poderes de Gramont”; ¿qué banco medianamente serio otorga un préstamo multimillonario a dos compañías sin preguntarse siquiera quién es el beneficiario final de las mismas? ¿Acaso las reglas de la banca suiza, citadas orondamente por el *Tribunal* expresamente no establecían que el mínimo de diligencia exigible a los bancos es saber quiénes son los beneficiarios de un préstamo?

La jueza, al utilizar la frase “deberían haber sabido”, hace lo que los ministros suizos escandalosamente omitieron hacer: medir la confianza exigida para otorgar apariencia a un *falsus procurator* sobre la base de un juicio normativo, objetivo, no un juicio fáctico. No entra, en suma, en la cabeza de nadie que un banco diga que no preguntó quién era el beneficiario de un préstamo, máxime cuando era un préstamo de más de USD 70.000.000. Ni mucho menos hablar de algo un poco más exigente, como el estudio de factibilidad de los supuestos proyectos, que hubiese demostrado que no había, ni por asomo, una posibilidad de repago de los préstamos¹⁴³.

¹⁴¹ Idem. pág. 36.

¹⁴² Idem. pág. 37.

¹⁴³ Esto –la falta de un mínimo *due diligence*– es uno de los puntos centrales cuestionados en el Informe HHR, ob. cit. pág. 64 y ss.

Desde luego, también habían otras “cosillas” sumamente sospechosas. Tenemos el hecho que la propia esposa de GRAMONT fue la firmante de los préstamos (en el caso de *Rosi*), algo que de por sí debería haber hecho sonar la alerta a los bancos; si se suma a esto el hecho que las garantías no tenían ningún beneficio “aparente” para el gobierno del Paraguay, o para una entidad pública, sino que era para el beneficio de una compañía privada y que en toda la historia del país nunca se había utilizado este mecanismo de una garantía pública para una empresa particular, la conclusión se impone: hablar de razonabilidad, de buena fe por parte de los bancos, es un chiste de mal gusto. O como lo dijo más elegantemente –pero en forma absolutamente brillante para el juicio de la historia sobre este nefando asunto– la jueza BROWN JACKSON:

Quando se toman en consideración todos estos aspectos cuestionables de las actividades en interés propio de Gramont con relación a la firma de las garantías, este Juzgado tiene pocas dudas de que estos hechos hacen que la ciega confianza de los bancos en los supuestos poderes de Gramont para renunciar a la inmunidad soberana de Paraguay fue manifiestamente irrazonable¹⁴⁴.

Por implicancia lógica inevitable, también fue “manifiestamente irrazonable” que los jueces suizos, después de todos estos hechos y circunstancias oscuras del *affaire*, hubieran sostenido que los bancos actuaron de “buena fe” y que no había nada que objetar a la forma absolutamente irresponsable y displicente que usaron para prestar una suma extraordinariamente importante. Si el actuar de los bancos fue “manifiestamente irrazonables, ¿qué decir de magistrados de la más alta instancia de uno de los países con más prestigio jurídico en el mundo, que luego de analizar los hechos prefirió hacer caso omiso a la realidad y sostener, contra el más elemental sentido común, que la conducta de los bancos fue adecuada!

De ahí que tomo las palabras de la jueza BROWN JACKSON para calificar a las sentencias suizas por lo que son: mamotretos jurídicos *manifiestamente irrazonables*.

¹⁴⁴ Idem. pág. 37.

XXXIII

Los párrafos finales de la sentencia son, desde ya, parte integral de los anales de la historia jurídica del Paraguay, quizás algunos de los más importantes, al menos en cuanto se refiere a su presencia en estrados judiciales.

No sólo significan el triunfo en la ejecución llevada adelante en Washington D.C., sino algo mucho más importante: dan la razón a Paraguay, y dejan en evidencia que fuimos en este caso víctimas de la justicia suiza, que prefirió dar la razón al poderoso, por sobre al más pequeño que tenía la causa justa a su lado.

Toda antología jurídica futura de nuestro país deberá, por tanto, contener las siguientes dos afirmaciones de la jueza BROWN JACKSON:

Luego de revisar cuidadosamente los hechos del caso, este Juzgado llega a la convicción de que las afirmaciones vagamente elaboradas por el Presidente y el Ministro de Hacienda no dan lugar al nacimiento de una creencia razonable de que Paraguay tenía la intención de otorgar a Gramont un poder de representación ilimitado¹⁴⁵.

Y, por si esto fuera poco, afirma que

Aún si tal creencia podría haber surgido, los hechos relacionados al interés personal de Gramont en las transacciones que las garantías pretendían garantizar socavaban completamente la razonabilidad de tal creencia (i.e. su buena fe)¹⁴⁶.

En otras palabras, ante un tribunal de conciencia, de buena fe, de justicia, pensar que GRAMONT estaba llevando adelante unas transacciones para obligar al Paraguay es algo absolutamente irrazonable; y es irrazonable en los Estados Unidos, en Suiza, o en cualquier lugar del mundo. Invocar los documentos que utilizó el *Tribunal Fédéral* tampoco es suficiente, sino por el contrario, permite concluir que GRAMONT no tenía esa autorización del gobierno paraguayo.

¹⁴⁵ Idem. pág. 38.

¹⁴⁶ Ídem. anterior.

Lo que es más: el interés personal de GRAMONT en la transacción, sumado al tamaño y complejidad de las operaciones a ser ejecutadas, sólo podía llevar a los bancos al convencimiento de que no tenía poder alguno para representar al Paraguay, sino que, tal cual la realidad de los hechos lo demuestra, estaba perpetrando una gigantesca estafa en contra del país que –hoy lo vemos en forma totalmente clara– acogió con los brazos abiertos a este crápula de poca monta.

Esto es, cualquier persona medianamente razonable debería de haber concluido que GRAMONT estaba perpetrando un negociado, no obligando a un país soberano que en más de 200 años de historia nunca utilizó este *modus operandi*.

Como dicen los norteamericanos, *justice served*.

Se hizo justicia, al fin.

La reputación de nuestro país, la que tanto preocupaba y con tanta razón al Canciller RAMÍREZ BOETTNER, se limpió de manchas ese 21 de marzo de 2017, el que condena a la ignominia a los jueces suizos y sus sentencias y que debe ser considerado, de ahora en adelante, como una fecha clave de nuestra historia jurídica.

Un momento estelar, al decir de Stefan ZWEIG, del derecho paraguayo.

EPÍLOGO PARA AGUAFIESTAS

(Y PARA LOS QUE SIGUEN CREYENDO QUE VALE LA PENA LUCHAR CONTRA LOS CALICLES DE ESTE MUNDO)

La *SACE* tenía 30 días para apelar el fallo de la jueza Ketanji BROWN JACKSON. Como había predicho la asombrosamente talentosa y dedicada abogada de nuestro país, Ana REYES, ante una sentencia tan contundente, era difícil que la empresa aseguradora italiana se aventure a arriesgarse más, pues podía quedar más clara aún la improponibilidad jurídica y moral de la demanda.

Efectivamente, la *SACE* no apeló la sentencia.

Las consecuencias directas o económicas del fallo son bastante claras.

En primer lugar, las emisiones de los bonos soberanos de nuestro país –que eran el objetivo principal de la *SACE*– quedaron a salvo. Desde luego que un embargo sobre los fondos de nuestro país para pagar dichos bonos podría haber significado el disparo de las cláusulas de *cross-default*, o de alguna manera haber hecho caer todas las emisiones de deuda soberana efectuadas desde el año 2013. Obviamente, las implicancias económicas y reputacionales de ello hubiesen sido catastróficas para nuestro país, que luego de años de gran esfuerzo y sacrificio logró tener una imagen internacional atractiva en los circuitos financieros mundiales. Esto tiene un valor inconmensurable.

En segundo lugar, la sentencia supone un ahorro directo de más de USD 110.000.000, lo que surge de la suma del capital reclamado, sumado a lo que los dos bancos que tenían condenas de interés –la *Cassa di Risparmio di Parma* y el *Paribas*– tenían a su favor, más los gastos de honorarios derivados de las sentencias suizas. Se trata de una suma, incluso hoy día –pues hay que calcular lo que el préstamo originalmente implicaba hace más de 30 años– considerable, con la cual el Estado paraguayo podrá realizar inversiones sociales o de infraestructura de las tantas que tiene en la columna “debe”. En otras palabras, con una sentencia se logró salvar al patrimonio público paraguayo una cantidad de dinero que –al menos sobre la que se tenga registro– es de la más importantes de nuestra historia jurídica.

En tercer lugar, además de mantenerse la integridad de nuestras emisiones de bonos y nuestra solvencia en el mercado internacional, el hecho de que –al menos dentro de los Estados Unidos– nuestro país tenga inmunidad absoluta en cuanto a sus bienes, implica que el *Banco Central del Paraguay* puede remitir sus reservas, o al menos parte de las mismas, a ese país, para ser invertidas a tasas mayores y generar así todavía más reservas para nuestro país. Reservas que son, a no olvidar, utilizadas para mantener en buena forma a la política monetaria y por tanto permitir, entre otras cosas, que nuestro país tenga la inflación más baja del continente de las últimas décadas, con lo cual el beneficiario directo es el ciudadano común paraguayo. De hecho, ya en el primer año desde que se dictó la sentencia y

la banca central comenzó a realizar sus movimientos financieros¹⁴⁷, las reservas han llegado a su cifra récord¹⁴⁸. Se espera que estas sumas suban todavía más en los próximos años y sin dudas ello se debe a la posibilidad de mover libremente las reservas e invertir las en instrumentos como los Bonos del Tesoro de los Estados Unidos y otros similares.

La victoria patrimonial y jurídica fue, por ello, total.

En este punto, de festejo y algarabía, no obstante, quizás debemos dejar entrar al aguafiestas, ese personaje que siempre está listo para conarnos lo malo, para ver lo oscuro sobre lo claro.

Nos diría el aguafiestas —o diría en su defensa, el realista— que estamos exagerando, que hemos caído intoxicados en un frenesí patriótico, que nuestro amor a la patria nos ha llevado a sobreestimar la significancia e impronta de este fallo de la justicia federal norteamericana. ¿Acaso la *SACE* no puede intentar ejecutar los fallos en otros países? ¿Acaso los fallos de la justicia suiza no siguen siendo tan *res judicata* como lo eran antes de la sentencia de la jueza BROWN JACKSON? ¿Acaso no siguen las dos sentencias definitivas suizas pendiendo sobre el Paraguay, como la ya mencionada espada de “Demóstenes”? ¿Acaso el fallo no se limita a una cuestión exclusiva de derecho norteamericano federal y procesal, esto es, la condición exigible de una renuncia válida de inmunidad soberana?

A todas estas preguntas respondería con un *sí, pero no*.

Sí, la *SACE* puede intentar ejecutar los fallos en otros países. Pero no, no lo hará, pues no sólo el Paraguay no tiene activos en otros territorios, sino que además, de acuerdo a informaciones oficiosas emanadas de la cancillería italiana, para la *SACE* el fallo de la justicia norteamericana implica el cierre definitivo del caso. A ello habrá que sumar una defensa adicional de prescripción que puede invocar el Paraguay ante el intento de cobro realizado fuera del plazo decenal del derecho suizo, defensa no utilizada en las

¹⁴⁷ Ver por ejemplo, <https://www.ultimahora.com/interes-cobrado-reservas-sumo-usd-60-millones-2017-n1138044.html>.

¹⁴⁸ Ver <https://www.aa.com.tr/es/econom%C3%ADa/reservas-internacionales-de-paraguay-alcanzaron-los-usd-8-793-millones-/1131897>.

cortes federales norteamericanas pues la defensa previa de la inmunidad impedía una controversia ulterior sobre este tema.

Sí, los fallos suizos siguen siendo *res judicata*. Pero no, porque una justicia tercera, de un país de innegable prestigio como lo es los Estados Unidos de América, ha demostrado con mucha paciencia y detalle que los argumentos de los fallos suizos son insostenibles y que, de hecho, fueron manifiestamente irrazonables para llegar a sus conclusiones. Y a partir de ahora, para el improbable caso que la *SACE* vuelva a la carga, los argumentos de la justicia norteamericana sin dudas podrán ser utilizados por nuestro país en defensa de su posición de que los fallos además de inmorales, son jurídicamente insostenibles.

Por ello, si bien los fallos siguen pendiendo, por así decirlo, es (casi) imposible que se efectúen acciones en tornos a los mismos, y la suerte del litigio en los Estados Unidos ha sido decisiva para ello.

Sí, el fallo se limita a una cuestión técnica del derecho federal norteamericano, esto es, la necesidad de contar con un poder real y válido para renunciar a la inmunidad soberana de un estado extranjero. Pero no, el fallo no se limita a este punto, ya que fue mucho más allá, y la jueza BROWN JACKSON puntualmente volvió a enfocar los mismos puntos y documentos invocados por la justicia suiza para hacer creer que GRAMONT tenía poderes “aparentes” y que los bancos actuaron de “buena fe” al creerle, para llegar a la conclusión de que esto era absurdo, y que tal creencia era “manifiestamente irrazonable”. Lo que es más, la sentencia de la corte federal de Washington D.C. deja en claro, para la posteridad, que las transacciones eran operaciones en las que el beneficiario era el propio GRAMONT BERRES, esto es, el dueño de las empresas cuyos préstamos serían garantizados por la República del Paraguay era el propio firmante de las “garantías”.

En otras palabras, la sentencia deja en claro que se trató de un fraude, de una gran estafa, y como tal, los bancos nunca podrían haber alegado desconocimiento de ello —“*the banks... should have known*”— pues incluso un somero repaso de los hechos del caso “completamente socavan la razonabilidad” de toda la operación, i.e., desnudan su naturaleza fraudulenta.

No hay forma, entonces, de que nuestro aguafiestas pretenda convencernos de que la sentencia no es una reivindicación histórica de la República del Paraguay ante tribunales internacionales.

Mucho más importante, por lo demás, que los beneficios económicos y puramente jurídicos derivados de la histórica sentencia del caso *SACE v. Republic del Paraguay* y que han sido reseñados más arriba, es el valor simbólico de la sentencia.

Lo simbólico no es desde luego un dato menor para el ser humano; de hecho, una de las teorías más sofisticadas sobre la cultura humana, la del gran filósofo centro-europeo Ernst CASSIRER, insistía precisamente en el carácter eminentemente simbólico del animal humano –lo llamaba incluso un “*homo symbolicus*”– pues para comprender y elucidar el mundo el hombre interpone signos o símbolos que permiten acomodar su existencia en el mismo¹⁴⁹.

La sentencia es, pues, un potente símbolo: significa, para nuestro país, la rectificación de una injusticia de más de 30 años, el fin de una historia de denigración como país tercermundista, poco serio, incumplidor recalcitrante de sus obligaciones. Lo dignifica en su reputación tan dañada ante los círculos poderosos, como el *Club de París*, en el cual durante años fuimos maltratados como consecuencia de este nefando *affaire*. Sí, el fallo de la corte norteamericana es mucho más que una cuestión técnica del derecho procesal federal de ese país: es un símbolo de justicia hecha, de que vale la pena pelear cuando uno va armado con la justicia de su lado.

Peleando contra las fuerzas más oscuras de la condición humana en forma titánica, SÓCRATES/PLATÓN en ese inmortal –y altamente simbólico para toda la civilización Occidental– diálogo del *Gorgias* insistió en demostrar, contra el discurso de CALICLES como locuaz abogado de los poderosos, de que es peor para el alma causar una injusticia que sufrirla, y que los poderosos por ello denigran lentamente a su *psyche* cada vez que cometen

¹⁴⁹ E. CASSIRER, *The Philosophy of Symbolic Forms*, tres tomos, Yale Univ. Press, New Haven, 1965; una introducción accesible a este brillante pensador y sus lúcidas pero difíciles ideas en E. SKIDELSKY, *Ernst Cassirer: Philosopher of Culture*, Princeton Univ. Press, 2008.

DOCTRINA

una injusticia. Es que, como recuerda SÓCRATES en perennes palabras, “la injusticia, como todo vicio del alma, es lo más feo posible”¹⁵⁰.

La justicia, en contrapartida, al evitar que el poderoso, que el más fuerte, se salga con la suya –en este caso, los bancos que participaron y/o idearon esta estafa y luego vilipendiaron a nuestro país– y al igualarlo con el más débil, es, desde ese punto de vista, un ideal, y uno de los más bellos de la condición humana. Mientras existan jueces como la jueza BROWN JACKSON, y tribunales en los que la razón prevalezca más que la astucia o poder –donde la justicia sea más valiosa que una escuadra militar– habrán cosas bellas por las que luchar en este valle de lágrimas imperfecto que llamamos nuestra tierra.



¹⁵⁰ PLATÓN, *Gorgias*.

Fallos Intenacionales

CASO GRAMONT BERRES. Audiencia del viernes, 3 de septiembre del 2004. Cámara Civil. Sentencia en procedimiento ordinario*

Audiencia del viernes, 3 de septiembre del 2004.

Cámara Civil

Sentencia en procedimiento ordinario.

Entre

- 1) ING BANK (Suiza) S.A. (antes Banques Bruxelles Lambert (Suiza) S.A.), domiciliado en Avenida de Frontenex, 30, P.O. Box 6405, 1211, Ginebra 6.
- 2) COSBA PRIVATE BANKING AG (antes DG Bank (Suiza) AG), domiciliado en Muenserhof 12, 8022 Zurich.
- 3) UNION DE BANQUES ARABES ET FRANCAISES, domiciliado en Avenida Charles de Gaulle, N° 190, 95253 Neuilly, Cedex, Francia.
- 4) CASSA DI RISPARMO DI TORINO, domiciliado en London Ranch, Wren House, 15-23, Carter Lanet, Londres, EC4V 5EY, Gran Bretaña.
- 5) BANCO DI ROMA INTERNATIONAL S.A, domiciliado en Boulevard Royal, 2449, Gran Ducado de Luxemburgo.
- 6) MECFINT (JERSEY) LDT, domiciliado en la calle Dumaresq, Saint Helier, Jersey.

* Nota de traducción: La autoría de la traducción corresponde a la Sra. María Jazmín Scappini Vallejo.

FALLOS INTERNACIONALES

- 7) SANPAOLO- LARIANO BANK S.A, domiciliado en Avenida Liberté, 1930 Luxemburgo, Gran Ducado de Luxemburgo.
- 8) BANCA POPOLARE DI MILANO, domiciliado en Piazza F Meda, N° 4, 20 121 Milan, Italia.
- 9) HSBC BANK USA, (antes Republic National Bank de New York), domiciliado en Piazza Bossi Maurilio, N° 1, 20 100 Milan, Italia.

Recurrentes de una sentencia dictada por la 1ª Sala del Tribunal Civil en Primera Instancia de este cantón el 23 de octubre del 2003, todos representados por el Sr. Pierre Lalive, Abogado, calle de l'Athenee, P.O. BOX 393, 1211 Ginebra 12, en su oficina en la que todos tienen domicilio elegido para los fines del presente documento.

Por un lado,

- 1) LA REPUBLICA DEL PARAGUAY, el Presidente de la Republica, Asunción, Paraguay, demandado, representado por el Sr. Marc Bonnant y Sr. Frederic Marti, abogados, calle Saint – Victor 12, P.O Box 473, 1211 Ginebra 12, en su oficina donde denunciaron domicilio.
- 2) SEZIONE SPECIALE PER L'ASSICURAZIONE DEL CREDITO ALL'ESPORTAZIONE (SACE), domiciliado en la calle Piazza Poli, N° 37, 00100- Roma (Italia), también demandado, representado por la Sra. Lucia Amoruso, abogada, Calle Eynard 6, 1205 Ginebra, en su oficina donde denunció domicilio.
- 3) EL PROCURADOR PÚBLICO, en la oficina del Procurador Público, en el Palacio de Justicia, Place du Bourg- de Four 1, 1204 Ginebra, parte interlocutoria, compareciendo personalmente.

Por la otra parte.

Esta resolución fue comunicada a las partes mediante carta certificada en fecha 09/08/2004.

LOS HECHOS

A.a. El 23 de mayo del año 1986, ROSI S.A., una sociedad paraguaya con oficinas registradas en Asuncion (Paraguay), y M.A.T. Macchine Alimentari Transporti S.R.L. (en adelante: MAT), una persona jurídica italiana con su oficina registrada en Parma (Italia), suscribieron un contrato titulado “contrato de construcción y suministro”, en virtud del cual MAT se

LAUDOS

comprometió a construir una planta de enlatados de frutas en La Colmena (Paraguay) a favor de Rosi S.A., por la suma de US\$ 25,000,000, incluyendo US\$ 20,000,000 para suministros y equipos extranjeros, y US\$ 5,000,000 para trabajos locales. (Prueba 1, demandante).

El contrato establecía que los pagos que representaban el abono del precio se realizarían por medio de un préstamo bancario en un plazo de diez años, tomado por Rosi S.A. en beneficio de MAT, cuya financiación sería organizada por la sucursal de Trust Banque en Ginebra (en lo sucesivo, OTB), una sociedad anónima suiza.

El contrato estipulaba que esta línea de crédito estaría garantizada por la Sezione Speciale per l'Assicurazione del Credito all'Esportazione (en adelante SACE), un organismo italiano de propiedad estatal que asegura los riesgos de exportación. Asimismo, de acuerdo con el contrato, la República del Paraguay garantizaría todos los pagos de capital, intereses y demás montos debidos por Rosi S.A.

Anteriormente, en una carta del 30 de abril de 1986 enviada a Rosi S.A., el Ministro paraguayo de Hacienda había indicado que este gobierno consideraba que la creación de la planta de enlatados de frutas era la más alta prioridad, dada la política gubernamental (Prueba 60, demandante). El Ministro de Industria y Comercio indicó la misma cosa en una carta de la misma fecha (Prueba 61, demandante).

A.b. De conformidad con el contrato de 31 de mayo de 1986, titulado “Notas sobre acuerdo de financiamiento” (en adelante, NFA), celebrado entre Rosi S.A. y OTB, este último organizó la financiación de un préstamo mediante letras de cambio. (Prueba 2, demandante).

De acuerdo con el contrato, el préstamo ascendía a FR 40.000.000, divididos en catorce tramos, para cada uno de los cuales el pagaré había sido emitido por Rosi S.A. como prueba, con el reembolso del capital, interés semestral y comisiones.

El artículo 2 del contrato preveía el reembolso del primer tramo del préstamo cuarenta y dos meses después de que los primeros fondos estuvieran disponibles y el reembolso de los siguientes tramos cada seis meses.

El contrato se regía por la ley suiza.

FALLOS INTERNACIONALES

A.c. Gustavo Gramont Berres era un cónsul paraguayo en Ginebra desde el 6 de noviembre del año 1979, hasta el 07 de febrero del año 1989, de acuerdo con la nota del 14 de noviembre de 1990 del Departamento Federal de Asuntos Exteriores (DFAE); sin embargo, nunca fue acreditado como embajador de Paraguay en Suiza ya que las formalidades a tal efecto nunca se llevaron a cabo (Prueba 44, demandante).

En un Decreto Presidencial N° 39.808 del 27 de mayo de 1983, el Presidente de la República del Paraguay, Alfredo Stroessner, confirió el rango de embajador especial a Gustavo Gramont Berrres (Prueba 3, demandante). De acuerdo con la delegación especial del 22 de mayo de 1986, el Ministro paraguayo de Hacienda, César Barrientos, indicó que Gustavo Gramont Berres, en su capacidad antes mencionada, había sido responsable de llevar a cabo cualquier procedimiento que pueda contribuir a acelerar el proceso de desarrollo económico del país, y por lo tanto, fue el representante autorizado del gobierno paraguayo habilitado para firmar los documentos relacionados con la implementación de programas y proyectos para el desarrollo del país en el interés nacional (Prueba 4, demandante).

Estos documentos paraguayos fueron entregados por Gustavo Gramont Berres a François -Xavier Nicoletti, Director de la OTB de noviembre de 1981 a junio de 1987, (registro 05.25.01, p.2 y 4).

El 5 de junio del año 1986, Gustavo Gramont Berres firmo un documento titulado “Garantía de la República del Paraguay” (Prueba 5, demandante), según el cual actuó:

“como representante de la República del Paraguay (el “Garante”), debidamente facultado por el Decreto Presidencial N° 39.808, y una delegación específica del Ministro de Hacienda; General D.I.M. (SR) Cesar Barrientos, a los fines de garantizar, en nombre del Estado paraguayo, el préstamo de un monto máximo de SF 40,000,000, o su valor de cambio en moneda euro (el préstamo otorgado a Rosi SA, Asunción, el “Prestatario/Emisor” de los pagarés), teniendo como agente al Overland Trust Banque-Geneva (el “Agente”), de conformidad con un Acuerdo / Notas del Acuerdo de Financiamiento (el “Acuerdo” o “NFA”), celebrado el 31 de mayo de 1986 , entre Rosi S.A. y Overland Trust Bank- Ginebra”.

En este documento, se expresa en particular:

LAUDOS

“Otorgar a los bancos y tenedores de los pagarés en forma solidaria, garantía incondicional e irrevocable por parte de la República de Paraguay en relación con todos los compromisos asumidos por Rosi S.A., en el Acuerdo “NFA” en términos del monto principal, intereses y cualesquiera complementos.

(...)

Como resultado de este compromiso, el garante se compromete a pagar a los Bancos o a los tenedores de los pagarés, a primera demanda expresada por el Agente, sea una fecha de vencimiento normal o anticipada, cualquier cantidad adeudada (sic) por Rosi S.A. y que no se haya pagado”.

De conformidad con esta escritura, la garantía otorgada fue regida por la legislación suiza, ya que la República del Paraguay acordó irrevocablemente la jurisdicción de los tribunales suizos y renunció a su inmunidad de jurisdicción y ejecución.

Este documento fue proporcionado por su signatario al Director de OTB (registro 04.05.01, p.7).

A.d. El 22 de agosto del año 1986, OTB, por un lado, y el Banque Bruxelles Lambert (SUIZA) S.A. (ahora Banco ING (Suiza) S.A.), Bank Europaischer Genossenschaftbanken (luego Banco DG (Suiza) AG, ahora Cosba Private Bankin AG), Banque Paribas (Londres) y Union de Banques Arabes et Francaises (en lo sucesivo (UBAF)), por otra parte, celebraron un acuerdo titulado “Acuerdo de Agencia Suplementaria” (Prueba 6, demandante) para financiar el préstamo otorgado a Rosi S.A.

Conforme con el acuerdo, los bancos mencionados participaron en el préstamo como sigue:

-Banque Bruxelles Lambert (Suiza) S.A.	FR. 5,000,000
- Bank Europaischer Genossenschaftbanken	FR. 10,000,000
- Banque Paribas	FR. 10,000,000
-UBAF	FR. 15,000,000

Es decir, un total de FR. 40,000,000

Y OTB era su agente.

A.e. De conformidad con el contrato de seguro N° P/864/86 del 26 de agosto de 1986 celebrado por OTB y SACE, este último cubrió el riesgo de

impago de las sumas adeudadas por Rosi S.A. de conformidad con el contrato de préstamo, y por la República de Paraguay de conformidad con su garantía por un monto del 90% de FR 38,000,000, y el interés, particularmente si el impago no era atribuible a los bancos que otorgan el préstamo, y si el comprador era una empresa privada cuya obligación de pago estaba garantizada por un gobierno (Prueba 7, demandante).

El número 7, en su presentación inicial, se refiere a la garantía de la República del Paraguay, representada por Gustavo Gramont Berres, de las obligaciones de Rosi S.A., según el contrato de préstamo. El artículo 2.2 de este contrato estipula que la garantía fue aprobada por SACE y fue parte integral de dicho contrato.

El contrato de seguro fue regido por la ley italiana y OTB estaba sujeto a la jurisdicción de las Cortes de Roma.

A.f. El 8 de septiembre del año 1986, la cuenta de Rosi SA con OTB fue acreditada con un monto de FR 20,820,000, y luego los pagos fueron efectuados por Banque Bruxelles Lambert (Suiza) SA (FR 2,602,500), Banco Europaischer Genossenschaftbanken (FR 5,205,000), Banque Paribas (FR 5,205,000) y UBAF (FR 7,807,500), bajo el “Acuerdo de Agencia Suplementaria” del 28 de agosto de 1986 (Pruebas 107 y 108).

Al 12 de noviembre de 1986, la cuenta de Rosi SA con OTB fue acreditada con un monto de FR 9,800,000, y luego los pagos fueron realizados por Banque Bruxelles Lambert (Suiza) SA (FR 1,225,060), Bank Europaischer Genossenschaftbanken (FR 2,450,000), Banque Paribas (FR 2,450,000) y UBAF (FR 3,675,000), bajo los “Acuerdos de Agencia Suplementaria” del 28 de agosto de 1986 (Pruebas 112 y 113).

Al 22 de enero de 1987, la cuenta de Rosi SA con OTB fue acreditada con un monto de FR 9,380,000, y luego pagos efectuados por Banque Bruxelles Lambert (Suiza) SA (FR 1,172,500), Bank Europaischer Genossenschaftbanken (FR 2,345,000), Banque Paribas (FR 2,345,000) y UBAF (FR 3,517,000), bajo el “Acuerdo de Agencia Suplementaria” del 28 de agosto de 1986 (Pruebas 116 a 118).

Los tres tramos mencionados anteriormente ascienden en total a FR 40,000,000.

LAUDOS

A.g. En un contrato del 22 de septiembre de 1986 (Prueba 9, demandante), se modificó el “contrato de construcción y suministro” del 28 de mayo de 1986 y se fijó el precio en FR 55,000,000, obligando a Rosi SA a pagar a MAT una suma adicional de FR 6,700,000.

En una adenda del 4 de diciembre de 1986 al acuerdo de financiación del 31 de mayo de 1986 (Prueba 10, demandante), se otorgó a Rosi S.A un préstamo adicional de FR 6,700,000, siendo aplicables las cláusulas de dicho contrato.

El 8 de abril de 1987, Gustavo Gramont Berres firmó un documento titulado “Adición a la garantía de la República del Paraguay - emitido el 5 de junio de 1986”, según el cual “la garantía de la República del Paraguay se extiende por FS 6,700,000, aumentando la garantía a un monto total de FS 46,700,000”. Dicho documento indica que su signatario actuó como representante de la República del Paraguay, de conformidad con el Decreto Presidencial N° 39808 y la resolución del Ministro de Hacienda N° 1205 (Prueba 11, demandante).

Mientras tanto, en la resolución N ° 1205 del 10 de octubre de 1986, el Ministro de Hacienda de la República del Paraguay, César Barrientos, confirmó que la delegación especial del 22 de mayo de 1986 había responsabilizado a Gustavo Gramont Berres de firmar en nombre del Ministro de Hacienda o del gobierno de la República del Paraguay los documentos requeridos para financiar las transacciones destinadas al desarrollo social y económico del país. (Prueba 12, demandante).

Esta resolución fue entregada al Director de OTB (registro 04.25.01, p. 9).

En una escritura de 15 de abril de 1987 firmada por SACE y OTB, el contrato de seguro N° P/ 864/86 de 26 de agosto de 1986 se amplió al préstamo adicional de FR 6,700,000 (Prueba 13, demandante).

De conformidad con el “Acuerdo de Participación” celebrado entre OTB y Sanpaolo-Lariano Bank S.A. (Luxemburgo) el 4 de mayo de 1987, este último se comprometió a otorgar a Rosi S.A. la suma de FR 6,700,000 (Prueba 14, demandante).

FALLOS INTERNACIONALES

El 19 de mayo de 1987, la cuenta de Rosi S.A con OTB fue acreditada con un monto de FR 6,700,000, y luego un pago realizado por Sanpaolo-Lariano Bank S.A. (Pruebas 123 y 124).

A.h. En un contrato de “Suministro de bienes y equipos” del 14 de junio de 1988 entre Rosi SA y MAT, este último se comprometió a proporcionar a la primera varias materias primas y equipos de Italia con el propósito de operar el plan de enlatado por un precio de 4,200,000,000 liras, pagaderas veinticuatro meses después de la entrega (Prueba 15, demandante)

Para los fines del pago, el 14 de junio de 1988, Rosi SA emitió un pagaré a favor de MAT por 4,200,000,000 liras para el capital y otro por 992,764,000 liras para los intereses, quedando como banco domiciliario el Banco di Roma (Pruebas 16 y 17, demandante). Estos documentos fueron creados por el Director de OTB (registro 04.25.01, p. 9).

La redacción del endoso que figura en los pagarés es la siguiente:

“El Gobierno de la República del Paraguay garantiza total e incondicionalmente el pago del pagaré en su fecha de vencimiento.

En nombre de la República del Paraguay

GUSTAVO GRAMONT BERRES.

Embajador especial”.

Los pagarés llevaban el sello de la Embajada de la República del Paraguay en Suiza.

De conformidad con la póliza de seguro N° P/88/877 / - / 1 suscrita el 7 de septiembre de 1988 entre MAT y SACE, esta última garantizó el pago de ambos pagarés por un monto de 3,894,573,000 liras por el reclamo referido en la póliza de seguro N° P / 864/86 del 26 de agosto de 1986 (Prueba 19, demandante).

En una adición del 7 de septiembre de 1988 a dicha póliza de seguro, MAT cedió a Itab Bank Limited (Londres) todos los derechos derivados de la misma, y SACE se comprometió a pagar al cesionario la suma que representa la indemnización cubierta (Prueba 20, demandante).

LAUDOS

De conformidad con una enmienda del 13 de septiembre de 1989, el período de cobertura se extendió hasta el 24 de agosto de 1990 (Prueba 21, demandante).

En un acuerdo del 27 de febrero de 1991, London Italian Bank (anteriormente Itab Bank Limited) asignó a Cassa di Risparmio di Torino todos los derechos derivados de los pagarés y la garantía otorgada por SACE (Prueba 22, demandante).

Los pagarés fueron endosados por MAT a favor del Banco di Roma, y luego por este último a favor de Itab Bank Limited y finalmente por Landon Italian Bank Limited, entregados a Cassa di Risparmio di Torino (Pruebas 23 y 24, demandante).

B.a. El 20 de enero de 1987, Compañía Industrial Agro-Forestal Lapachos de San Isidro S.A. (en adelante: Lapachos S.A.), una persona jurídica paraguaya, con domicilio social en Asunción (Paraguay), y Pierre Hospital Spa, una compañía de derecho italiana con su oficina registrada en Sandalo (Italia), celebró un contrato titulado “Contrato de construcción y suministro”, en virtud del cual este se comprometió a construir un plan de producción farmacéutica en Paraguay a cambio del pago de un precio de DM 50,000,000, incluidos DM 42,000,000 para suministros y equipos de Italia, y DM 8,000,000 para obras locales (Prueba 32, demandante).

El contrato estipulaba que los pagos podrían hacerse mediante un contrato de préstamo por un plazo de diez años, garantizado por SACE, cuyo financiamiento sería organizado por el banco de Pierre Hospital S.p.a.

También se estipuló que la República del Paraguay garantizaría todos los pagos de capital, intereses y otros montos adeudados por Lapachos S.A. a los bancos.

B.b. Conforme al contrato de 23 de marzo de 1987, titulado “Acuerdo de financiamiento de notas” celebrado entre Lapachos S.A. y OTB, este último organizó la financiación del préstamo mediante letras de cambio (Prueba 2, demandante).

Según el contrato, el préstamo ascendió a DM 42,000,000, divididos en catorce tramos, para cada uno de los cuales se emitió un pagaré por parte de Lapachos S.A. como comprobante, reembolso del capital, intereses semestrales y comisiones.

FALLOS INTERNACIONALES

El artículo 2 del contrato preveía el reembolso del primer tramo del préstamo cuarenta y dos meses después de que se dispusiera de los primeros fondos y el reembolso de los siguientes tramos cada seis meses.

El contrato se regía por la ley suiza.

B.c. De conformidad con un acuerdo titulado “Acuerdo de agencia suplementaria” celebrado el 25 de junio de 1987 por OTB y varios bancos (Anexo 35, demandante), participaron en el financiamiento del préstamo a Lapachos S.A. de la siguiente manera:

- Banco di Roma International S.A:	DM 5,000,000
- Crédit des Bergues S.A.	DM 10,000,000
- DG Bank (Suiza) AG:	DM 6,000,000
- Itab Group Limited:	DM 7,000,000
-Mecfint (Jersey) Limited:	DM 5,000,000
-Overland Trus Banque (OTB):	DM 4,000,000
- Sanpaolo- Lariano Bank S.A.:	DM 5,000,000
Es decir, en total	DM 42,000,000

El contrato se regía por la ley suiza.

B.d. El 1 de septiembre de 1987, Gustavo Gramont Berres firmó un documento titulado “garantía de la República del Paraguay” (Prueba 34, demandante), según el cual actuó:

“como representante de la República del Paraguay (el “Garante”), debidamente facultado por el Decreto Presidencial N° 39.808, y una delegación específica, Resolución N° 1205 de 10 de octubre de 1986, por parte del Ministro de Hacienda, el General D.I.M. (SR) Cesar Barrientos, a los fines de garantizar, en nombre del Estado paraguayo, el préstamo de un monto máximo de 42.000.000 DM, o su valor de cambio en moneda Euro (el préstamo otorgado a Compañía Industrial Agro-Forestal Lapachos de San Isidro S.A., Asunción, el “Prestatario / Emisor” de los Pagarés) por un grupo de bancos (los “Bancos”) o “Tenedor” de los pagarés o “Beneficiarios” de los pagarés), teniendo como agente al Overland Trust Bank- Geneva (el “Agente”), de conformidad con las notas de acuerdo de financiamiento (el “Acuerdo” o “NFA”), celebrado el 31 de mayo de 1986, entre Compañía Industrial Agro-Forestal Lapachos de San Isidro SA y Overland Trust Bank- Ginebra”.

En este documento, está expresado en particular:

LAUDOS

“otorgar a los bancos y tenedores de pagarés la garantía incondicional e irrevocable en firme de la República del Paraguay sobre todos los compromisos asumidos por la Compañía Industrial Agro-Forestal Lapachos de San Isidro SA (sic) en el Acuerdo “NFA” en términos del monto principal, interés y cualquier complemento.

(...)

Como resultado de este compromiso, el garante se compromete a pagar a los bancos o tenedores de los pagarés, a primera demanda expresada por el agente, ya sea una fecha de vencimiento normal o anticipada, cualquier cantidad adeudada (sic.) por Compañía Industrial Agro-Forestal Lapachos de San Isidro S.A. y que no ha pagado”.

El garante también expresó:

“esta garantía se considerará e interpretará como una garantía bancaria (sic.) y el garante no podrá formular ninguna excepción u objeción de ningún tipo o por ningún motivo”.

De conformidad con esta escritura, la garantía otorgada se regía por el derecho suizo, ya que la República del Paraguay había aceptado irrevocablemente la jurisdicción de los tribunales suizos y había renunciado a su inmunidad de jurisdicción y ejecución.

B.e. De conformidad con el contrato de seguro N° P/423/87, del 1 de octubre de 1987 suscrito por OTB y SACE, este último cubría el riesgo de impago de las sumas adeudadas por Lapachos S.A., de conformidad con el contrato de préstamo y por la República del Paraguay de conformidad con su garantía, en un importe del 90% de 42.000.000 DM y el interés, especialmente si la falta de pago no era atribuible a los bancos que otorgan el préstamo y si el comprador era una empresa privada cuya obligación de pago estaba garantizada por un gobierno (Prueba 36, demandante).

El número 7 en su presentación inicial se refiere a la garantía de la República del Paraguay, “representada por Gustavo Gramont Berres, de la obligación de Lapachos S.A., de conformidad con el contrato de préstamo. El artículo 2.2 de este contrato estipula que la garantía fue aprobada por SACE y era una parte integral de eso.

FALLOS INTERNACIONALES

El contrato de seguro se regía por la ley italiana, y OTB estaba sujeto a la jurisdicción de los tribunales de Roma.

A.f. El 14 de octubre de 1987, la cuenta de Lapachos SA con OTB fue acreditada por un monto de 21.000.000 DM, y luego los pagos realizados por Banco di Roma International SA (DM3,499,986), Crédit des Bergues S.A. (DM 5,000,058), DG Bank (Suiza) AG (DM 2,999,913), Itab Group Limites (DM 1.999.998), Mecfint (Jersey) Limited (DM 5.000.058) y Sanpaolo-Lariano Bank S.A. (DM 2,499,987) (Prueba 134).

El 18 de febrero de 1988, la cuenta de Lapachos S.A. con OTB fue acreditada con un monto de DM 3,185,000, y luego los pagos realizados por Banco di Roma International S.A. (DM 530,831.21), Crédit des Bergues S.A. (DM 758,342.13), DG Bank (Suiza) AG (DM 454,986.80), Banco Popular de Milán (Nueva York) (DM 303,333.03), Mecfint (Jersey) Limited (DM 758,342.13) y Sanpaolo-Lariano Bank SA (DM 379,164.70) (Prueba 137).

Al 22 de marzo de 1988, la cuenta de Lapachos S.A. con OTB fue acreditada con un monto de DM 8,125,000, y luego los pagos realizados por Banco di Roma International SA (DM 1,354,161.25), Crédit des Bergues S.A., (DM 1,934,546.25), DG Bank (Suiza) AG (DM 1,160,680.63), Banco Popular de Milán (Nueva York) (DM 773,808.75), Mecfint (Jersey) Limited (DM 1,934,546.25) y Sanpaolo-Lariano Bank SA (DM 967,256.87) (Prueba 139).

Al 7 de julio de 1988, la cuenta de Lapachos S.A. con OTB fue acreditada con un monto de 9,690,000 DM, y los pagos realizados por Banco di Roma International S.A. (DM 1,615,021.54), Crédit des Bergues S.A. (DM 2,307,053.62), DG Bank (Suiza) AG (DM 1,384,419.57), Banco Popular de Milán (Nueva York) (DM 922,860.22), Mecfint (Jersey) Limited (DM 2,307,053.62) y Sanpaolo-Lariano Bank S.A. (DM 1,153,591.43) (Prueba 143).

Por lo tanto, se pagaron 42,000,000 DM en la cuenta de Lapachos S.A.

B.g. En una adición de 12 de febrero de 1988 al “Contrato de construcción y suministro” del 20 de enero de 1987, Pierre Hospital S.p.A. y Lapachos S.A. aumentaron el precio de los suministros y equipos de Italia en 12,800,000 DM (Prueba 30, demandante).

LAUDOS

En una adición del mismo día, 12 de febrero de 1988, al acuerdo de financiación del 23 de marzo de 1987 (Prueba 39, demandante), se otorgó a Lapachos S.A. un préstamo adicional de 12,800,000 DM, siendo aplicables las cláusulas de dicho contrato (Prueba 39, demandante).

El 10 de marzo de 1988, Gustavo Gramont Berres firmó un documento denominado “Addendum a la garantía de la República de Paraguay, emitida el 1 de septiembre de 1987”, según el cual “la garantía de la República del Paraguay se amplía en 12,800,000 DM, aumentando la garantía por un monto total de DM 54,800,000 “(Prueba 41, demandante). Dicho documento indica que su signatario actuó como representante de la República del Paraguay, de conformidad con el Decreto Presidencial N° 39808 y la Resolución N° 1205 del Ministro de Hacienda (Prueba 40, demandante).

El 29 de septiembre de 1988, se celebró un “Acuerdo de agencia complementaria” entre OTB y Sanpaolo-Lariano Bank SA, por el cual este último incrementó su participación en la financiación del préstamo a Lapachos S.A. en 12,800,000 DM, totalizando así DM 54,800,000 (Prueba 41, demandante). El contrato se regía por la ley suiza.

De conformidad con una carta del 18 de octubre de 1988, el Ministro de Hacienda de la República del Paraguay se refirió a la garantía de su país de la adenda de 12 de febrero de 1988 al contrato de financiación (Prueba 45, demandante).

En una escritura de 19 de octubre de 1988 firmada por SACE y OTB, se aseguró el cobro del préstamo adicional de 12,800,000 DM por un monto del 80% de esta suma, mientras que el contrato de seguro N° P/423/87 del 1 de octubre de 1987 siguió aplicándose para el resto. (Prueba 42, demandante)

Al 26 de octubre de 1988, la cuenta de Lapachos S.A. con OTB fue acreditada con un monto de DM 7.405.000, y luego el pago correspondiente realizado por Sanpaolo-Lariano Bank S.A. (Prueba 146), y el 5 de julio de 1989, dicha cuenta fue acreditada con un monto de DM 5,395,000, y luego el pago correspondiente realizado por Sanpaolo-Lariano Bank S.A. (Prueba 149), es decir, un total de DM 12,800,000.

B.b. Bajo el sindicato bancario constituido para financiar el préstamo otorgado a Lapachos SA, se realizaron varias modificaciones, reflejadas por

FALLOS INTERNACIONALES

el abandono de dicho sindicado por parte de Crédit des Bergues S.A. y OTB, y Banco Popolare di Milano y HSBC Bank USA (anteriormente Republic National Bank of New York) ingresando a él, para que el sindicato esté compuesto de la siguiente manera:

-Banco di Roma International S.A.:	DM 17,000,000
-Cosba Private Banking AG:	DM 6,000,000
-Mecfint (Jersey) Limited:	DM 10,000,000
-Sanpaolo-Lariano Bank S.A.:	DM 11,400,000
- Banca Popolare di Milano:	DM 4,000,000
-HSBC Bank USA:	DM 6,400,000
Es decir, en total:	DM 54,800,000

C.a. Conforme al préstamo concedido a Rosi S.A., anticipándose al cronograma del primer reembolso del 12 de marzo de 1990 —es decir, cuarenta y dos meses después de que los fondos se pusieron a disposición por primera vez en septiembre de 1986— el 19 de diciembre de 1989, OTB envió una carta a Rosi S.A., una copia de la cual también fue enviada a la República de Paraguay, informándole el monto del capital y los intereses adeudados en la fecha en que se adeudaba dicha cuota.

OTB hizo lo mismo con las otras trece cuotas vencidas cada seis meses (Pruebas 130 y 131).

Los dos pagarés emitidos el 14 de junio de 1988 por Rosi SA, con vencimiento el 24 de agosto de 1990, fueron presentados al banco de domiciliación, Banco di Roma, en Parma (Pruebas 23 y 24, demandante).

Al haber sido informado de la falta de pago de dichas letras (Pruebas 25 y 27, demandante, la República del Paraguay controvertió la validez de su obligación en una nota del 11 de septiembre de 1990 (Prueba 28, demandante).

C.b. OTB informó a SACE de las reclamaciones surgidas, es decir, el impago por parte de Rosi S.A. y la República del Paraguay de las cuotas de reembolso previstas en los acuerdos de financiación del 31 de mayo de 1996 y del 4 de diciembre de 1986 (Prueba 29, demandante y 132).

En una carta del 24 de septiembre de 1990 de Itab Bank Limited, se informó a SACE que ni Rosi S.A. ni la República del Paraguay, en su condición de endosante, habían cumplido con el compromiso anunciado el 24 de

LAUDOS

agosto de 1990 (Prueba 30, demandante). El 31 de diciembre de 1990, esta institución bancaria reclamó el pago de los montos asegurados por SACE (Prueba 31, demandante).

C.c. Como la primera amortización del préstamo otorgado a Lapachos S.A. debía ocurrir el 17 de abril de 1991, es decir, cuarenta y dos meses después de que los fondos se pusieron a disposición por primera vez en octubre de 1987, OTB informó a Lapachos S.A. en una carta del 25 de octubre de 1990, con copia a la República del Paraguay, del monto del capital y los intereses adeudados en la fecha en que se adeudaba dicha cuota (Prueba 152).

OTB hizo lo mismo para las otras trece cuotas vencidas cada seis meses (Prueba 153).

C.d. OTB envió a SACE las declaraciones sobre las sumas que venían progresivamente a medida que Lapachos S.A. y la República del Paraguay no pagaban las cuarenta y dos cuotas vencidas (Prueba 43, demandante y 154).

D.a. Alfredo Stroessner, presidente de la República del Paraguay desde 1954, fue derrocado en un golpe de Estado en 1989.

La sobrina de Alfredo Stroessner está casada con Gustavo Gramont-Berres.

D.b. Tras la denuncia penal del Fiscal General de la República del Paraguay el 15 de marzo de 1990 (Prueba 8, Paraguay), el Tribunal Supremo de dicho país, en sentencia de última instancia del 30 de diciembre de 1997, condenó a Gustavo Gramont Berres a siete años de prisión por el uso de falsificaciones y uso indebido de sus deberes oficiales, pero lo encontró inocente de la prevención de fraude en detrimento del Estado Paraguayo (Prueba 43 Paraguay)

Según el fallo de la Corte Suprema, Gustavo Gramont Berres era el presidente de Lapachos S.A. y Rosi S.A., su esposa era la vicepresidenta de esta última compañía y casi todas las acciones de estas compañías les pertenecían. Según la Corte Suprema, el propósito de los actos ilícitos cometidos por Gustavo Gramont Berres, mediante la redacción de documentos falsificados, era beneficiarse de los préstamos otorgados a las empresas con-

troladas por él, así como las garantías de Paraguay redactadas fraudulentamente para inducir a error a los bancos que otorgan los préstamos. Finalmente, según la Corte, el Estado paraguayo no tenía válidamente grandes garantías para las transacciones financieras entre Rosi S.A., Lapachos S.A. y los bancos.

D.c. Luego de la denuncia penal presentada el 23 de abril de 1997 por la República del Paraguay ante el Procurador General de la República y Cantón de Ginebra, Gustavo Gramont Berres fue denunciado el 22 de diciembre de 1998 en el proceso penal N° P/4475/97, por fraude y falsificación con respecto al título invocado, por haber llevado a creer al representante de los bancos que financian los préstamos otorgados a Rosi S.A. y Lapachos S.A.; que él, como Cónsul y Embajador Especial de Paraguay, podría comprometer válidamente al país como garante de los préstamos y así de ese modo, inducir la decisión de los bancos para financiar los préstamos (Prueba 32 Paraguay).

Por resolución de 2 de marzo de 2000, la Sala de lo Penal del Tribunal de Justicia se negó a reconocer la condición de parte civil de la República del Paraguay (Prueba 76 Paraguay).

El 22 de mayo de 2001, el Fiscal General cerró la causa penal contra Gustavo Gramont Berres (Prueba 106).

E.a. En una moción presentada con miras a la conciliación el 7 de febrero de 1995, Banque Bruxelles Lambert (Suiza) S.A. (ahora ING Bank (Suiza) S.A.), DG Bank (Suiza) AG (ahora Cosba Private Banking AG), Banque Paribas, Union de Banques Arabes et Francaises (UBAF), Cassa di Risparmio di Torino, Banca di Roma International S.A., Mecfint (Jersey) Ltd, Sanpaolo-Lariano Bank S.A., Banca Popolare di Milano y Republic National Bank of New York (ahora HSBC Bank USA) citaron a la República del Paraguay para presentarse ante el Tribunal de Primera Instancia de Ginebra.

Por razones relacionadas con su política comercial general, Banque Paribas (Londres) se retiró del procedimiento y retiró su reclamación según una carta del 31 de enero de 1996.

La Cámara de Conciliación del Tribunal de Primera Instancia autorizó una citación el 20 de marzo de 1996, el reclamo fue presentado con el fin de ser oído ante dicho Tribunal el 19 de abril de 1996.

LAUDOS

E.b. En virtud de los préstamos a Rosi S.A., los reclamos de pago contra la República del Paraguay fueron los siguientes:

- FR 3,569,213.90 a Banque Bruxelles Lambert (Suiza) S.A.,
- FR 7,138,427 a DG Bank (Suiza) AG,
- FR 10,707,641 a UBAF,
- FR 4,803,428.10 a Sanpaolo-Lariano Bank S.A.,

“más el interés contractual y moratorio sobre las tasas contractuales” y sujeto a aumento, dependiendo de las fechas de vencimiento de los términos de reembolso.

5,192,764,000 liras con un interés del 12% sujeto a aumento, a partir del 25 de agosto de 1990, a Cassa di Risparmio di Torino.

Contra SACE, Banque Bruxelles Lambert (Suiza) S.A., DG Bank (Suiza) AG, UBAF y Sanpaolo-Lariano Bank S.A., presentaron la declaración de que “las condiciones para activar la cobertura de seguro (incumplimiento en el pago por Rosi S.A. y el garante, es decir, la República de Paraguay), provisto por la póliza de seguro N° P/864/86 emitida por SACE el 26 de agosto de 1986, y la adición del 15 de abril de 1987, se han cumplido en su totalidad “.

De acuerdo con los demandantes, diez tramos para el reembolso del préstamo vencieron al tiempo de presentar el reclamo.

E.c. En virtud de los préstamos a Lapachos S.A., los reclamos de pago contra la República del Paraguay fueron los siguientes:

- DM 9,715,464 a Banca di Roma International S.A.
- DM 3,129,554 a DG Bank (SUIZA) AG
- DM 5,715,900 a Mecfint (Jersey) Limited
- DM 6,514,560 a Sanpaolo- Lariano Bank S.A.
- DM 2,286,360 a Banca Popolare di Milano.
- DM 3,658,176 a Republic National Bank of New York.

FALLOS INTERNACIONALES

“más el interés contractual y moratorio de acuerdo con las tarifas contractuales” y sujeto a aumento, dependiendo de las fechas de vencimiento de los términos de reembolso.

Contra SACE, los bancos antes mencionados presentaron la afirmación de que “las condiciones para activar la cobertura del seguro (incumplimiento de pago por parte de Lapachos S.A. y el garante, es decir, la República del Paraguay), establecidas por la póliza de seguro N° P/423/87 emitida por SACE el 1 de octubre de 1987, y el apéndice del 19 de octubre de 1987, se han cumplido.

Según los demandantes, se debían ocho tramos para el reembolso del préstamo al tiempo de presentar el reclamo.

E.d. SACE presentó una moción por falta de jurisdicción territorial (*rationae loci*).

La República del Paraguay planteó mociones de inmunidad de jurisdicción y falta de competencia territorial, falsificación de sellos oficiales y violación de su cargo, y violación de su legislación, que fija las condiciones bajo las cuales otorga garantías financieras. Se concluía que las garantías del 5 de junio de 1986 por el préstamo de Rosi SA y el 1 de septiembre de 1987 bajo el proyecto Lapachos S.A. fueron, según ella, falsificaciones.

El procedimiento sobre el punto finalizó con un fallo del Tribunal Federal de 20 de agosto de 1988, que desestimaba definitivamente las objeciones planteadas por los acusados (ATF 124 III 382).

F.a. En los reclamos del 19 de noviembre de 1998, afirmando que todos los plazos de repago estaban vencidos, los demandantes en cuestión presentaron alegatos adicionales para el pago contra la República del Paraguay, además de los que figuran en el reclamo inicial. Con respecto al préstamo obtenido por Rosi S.A., afirmaron:

- FR 1,427,346.50 a Banque Bruxelles Lambert (Suiza) S.A.,
- FR 2,855,741.80 a DG Bank (Suiza) S.A.,
- FR 4,283,088.40 a UBAF,
- FR 1,921,307 a Sanpaolo-Lariano Bank S.A.,

LAUDOS

“más el interés contractual y moratorio a las tarifas contractuales para cada uno de los plazos que van del 11 a 14”.

Reiteraron su propuesta de una decisión para el reembolso de los tramos once a catorce, contra SACE.

F.b. En los mismos reclamos, dada la fecha de vencimiento de todas las cuotas de amortización del préstamo otorgado a Lapachos S.A., los demandantes en cuestión presentaron los reclamos de pago adicionales de la siguiente manera:

- DM 2,571,060 a Banca de Roma International S.A.,
- DM 7,283,496 a DG Bank (Suiza) AG,
- DM 4,285,100 a Mecfint (Jersey) Limited,
- DM 4,883,840 a Sanpaolo- Lariano Bank S.A.,
- DM 1,714,040 a Banca Popolare di Milano,
- DM 2,742,464 a Republic National Bank of New York.

“más el interés contractual y moratorio según las tarifas contractuales para cada uno de los tramos 11 a 14”.

Reiteraron su moción para una declaración de ley, para el reembolso de los tramos nueve a catorce contra SACE.

F.c. En sus presentaciones de respuesta, la República del Paraguay y SACE solicitaron que se desestimaran todos los reclamos del demandante.

En esencia, la República del Paraguay confirmó la condena penal de Gustavo Gramont Berres. Argumentó que había firmado fraudulentamente las garantías y que su legislación interna que determinaba las condiciones bajo las cuales se había otorgado su garantía financiera no había sido cumplida en este caso; pero no impugnó ni su capacidad como cónsul ni su nombramiento como embajador especial, de conformidad con el Decreto N° 39.808 del 27 de mayo de 1983, firmado por el Presidente Alfredo Stroessner. Además, afirmó que Rosi S.A. y Lapachos S.A. no habían suscrito válidamente los acuerdos de financiación de la empresa, y por lo tanto, no estaban vinculados. Además, objetó que los demandantes no habían presentado ninguna prueba que permitiera determinar si habían pagado o no las sumas

FALLOS INTERNACIONALES

en cumplimiento de los acuerdos de financiamiento, y si las empresas paraguayas se habían beneficiado efectivamente de dichas sumas.

SACE también evocó la ausencia de una garantía válida provista por Paraguay como condición para la validez de las pólizas de seguro. Además, afirmó que los demandantes no habían alegado ni demostrado haber cumplido sus obligaciones, lo que les permitió obtener cobertura para el reclamo, es decir, en particular, el pago de la prima, hacer el reclamo dentro de los plazos requeridos y la ausencia de cualquier violación de las leyes de Paraguay.

F.d. En una contestación del 1 de noviembre de 1999, referente al préstamo otorgado a Rosi S.A., los reclamos contra la República del Paraguay fueron los siguientes:

- FR 5,000,000 a Banque Bruxelles Lambert (Suiza) S.A.,
- FR 10,000,000 a DG Bank (Suiza) AG,
- FR 15,000,000 a UBAF,
- FR 6,700,000 a Sanpaolo- Lariano Bank S.A.,

“más los intereses contractuales y moratorios según las tasas contractuales para cada uno de los tramos número 1 a 14”

Por lo demás, las demandas de pago de Cassa di Risparmio di Torino y la solicitud de una declaración de ley se mantuvieron sin cambios.

En relación con el préstamo otorgado a Lapachos S.A., los reclamos contra la República del Paraguay fueron los siguientes:

- DM 6,000,000 a Banca di Roma International S.A.,
- DM 17,000,000 a DG Bank (Suiza) AG,
- DM 10,000,000 a Mecfint (Jersey) Limited,
- DM 11,400,000 a Sanpaolo- Lariano Bank S.A.,
- DM 4,000,000 a Banca Popolare di Milano,
- DM 6,400,000 a Republic National Bank of New York,

LAUDOS

“más los intereses contractuales y moratorios según las tasas contractuales para cada uno de los tramos número 1 a 14”.

Por lo demás, la moción para una decisión se mantuvo sin cambios.

F.e. En una dúplica del 5 de junio de 2000, la República del Paraguay reiteró sus reclamos iniciales, desarrollando los argumentos expuestos en su respuesta.

En una dúplica del 9 de junio de 2000, SACE también reiteró su reclamo de desestimación del caso.

G. En una carta de 2 de abril de 2001, enviada al Juzgado de Primera Instancia, el Fiscal General solicitó poder hacer presentaciones en el sentido del artículo 44 LOJ, y sugirió llevar la causa penal N° P/4475/97 al proceso.

En una orden de 16 de julio de 2001, el Tribunal ordenó que ese caso se interpusiera en el proceso.

H. El Tribunal de Primera Instancia escuchó a Juan Carlos Barreiro Perrota, Procurador General de la República del Paraguay, quien afirmó que representaba, como tal, un órgano constitucional responsable de la defensa legal y extrajudicial de los intereses patrimoniales de su país, dependiente directamente del Presidente de la Republica. (registro 10/03/01, p. 16).

Según él, las facultades conferidas a Gustavo Gramont Berres por el Ministro de Hacienda no autorizaron a Gustavo Gramont Berres a obligar Estado Paraguayo como garante, y el proceso legal en las condiciones en virtud del cual se había otorgado la garantía no había sido respetado en este caso. No impugnó la autenticidad de las cartas de 30 de abril de 1986 enviadas a Rosi S.A. por el Ministro de Hacienda y el Ministro de Comercio e Industria, respectivamente (Anexos 60 y 61, demandante) (registro 10/03/01, p. 18, 19, 20, 21).

I. En sus presentaciones finales, los demandantes reiteraron sus alegaciones previas, convirtiendo en euros los reclamos por el pago de sumas en DM y liras italianas. Además, Cassa di Risparmio di Torino modificó sus reclamaciones al reducir la tasa de interés moratorio al 3% a partir del 1 de enero de 2002.

J. En una resolución del 23 de octubre de 2003, comunicada por secretaría para la notificación a las partes el 23 de noviembre de 2003, el Tribunal de Primera Instancia desestimó todas las reclamaciones de los bancos demandantes y les ordenó pagar en su totalidad todos los costos, que incluían las indemnizaciones procesales de FR 50,000 por la participación en honorarios de abogados para la República del Paraguay y FR 25,000 en honorarios de abogados para SACE.

En sustancia, luego de considerar, sobre la base de la sentencia del Tribunal Federal de 20 de agosto de 1998, que la República del Paraguay debía asumir todos los poderes, al menos los aparentes, otorgados a favor de Gustavo Gramont Berres, la Corte en Primera Instancia decidió que los demandantes no habían demostrado que habían pagado a Rosi S.A. y Lapachos S.A. las sumas por las cuales reclamaban el reembolso.

K. En un documento enviado por el Secretario al Tribunal de Justicia de 5 de enero de 2004, los demandantes apelaron dicha sentencia, solicitando su anulación. Produjeron nuevas exhibiciones y reiteraron, en apelación, sus alegatos finales en primera instancia. Con excepción de la Casa di Risparmio di Torino, presentaron presentaciones subsidiarias relacionadas con los préstamos otorgados a Rosi S.A. y Lapachos S.A., con un interés del 5% a contar desde la fecha de cada uno de los pagos realizados en relación con estos préstamos.

Los apelantes interpusieron su recurso de apelación porque el primer juez no tuvo en cuenta los anexos en la causa penal N° P/4475/97, a pesar de su orden de incorporar dichos anexos al caso, los que acreditaban el pago de las sumas reclamando el pago. También criticaron al Tribunal por haber perdido de vista el hecho de que el crédito de Cassa di Risparmio di Torino, basado en los dos pagarés respaldados por la República del Paraguay, no había sido impugnado por este último, por lo que no era necesario presentar pruebas de un hecho comprobado.

La República del Paraguay y SACE reiteraron sus argumentos en primera instancia, proponiendo que se mantenga la sentencia recurrida.

El Fiscal General informó a la Corte el 17 de febrero de 2004.

-DE ACUERDO CON LA LEY-

1. La apelación es admisible ya que ha sido presentada en la forma requerida y dentro del plazo (Art 30 (1) lit c, 296 y 300, ley de procedimiento civil (LPC)). Como las alegaciones finales formuladas en primera instancia se referían a un valor controvertido mayor a FR 8000 en concepto de capital, el Tribunal dictaminó en primera instancia; por lo tanto, la Corte volverá a examinar el caso y tendrá plenos poderes para hacerlo (artículos 22, 24 y 25 de la ley sobre la organización de los tribunales (LOJ); 291 LPC).

2. Los recurrentes apelaron alegando que el primer juez omitió tomar en consideración las pruebas documentales del caso penal, que ordenó que se presentara en el caso, y que demuestran el pago a Rosi S.A. y Lapachos S.A. de las sumas por las que reclaman el reembolso.

2.1. Recurrir a las pruebas utilizadas en otros procedimientos es un principio establecido, particularmente en casos penales. El juez civil puede ordenar que se incluyan en el caso, sin embargo, la autoridad solicitada puede negarse en todo o en parte a la evidencia, en los casos en que sus propias reglas impidan tal producción (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Comentario sobre la Ley de Ginebra sobre el procedimiento civil N° 7 ad Art. 197 LPC; SJ 1987 P. 343).

Además, este Tribunal siempre ha admitido que en los recursos ordinarios, una parte puede presentar pruebas que no presentó ante el juez en primera instancia (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op cit, N° 9 y Art. 312 LPC).

2.2. En el caso controvertido, las recurrentes alegaron haber pagado debidamente las sumas previstas en los acuerdos complementarios de agencia y sus adiciones celebradas por OTB (Pruebas documentales 6, 14, 35 y 39, demandantes, capítulos 12, 17, 45 y 54).

Sin embargo, es dudoso que quienes contestaron reunieran, por su parte, los requisitos del art. 126 (2) LPC, que requieren que los hechos sean negados categóricamente. No es suficiente simplemente declarar que un hecho no está probado (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op cit., N.3 ad Art. 126 LPC). Mientras que SACE no abordó la cuestión de los pagos, la República del Paraguay se limitó a afirmar que las recurrentes no habían presentado ninguna prueba a este respecto, y, en consecuencia, los pagos no se

probaron, sin embargo, no impugnaron categóricamente su existencia (dúplica, 93, 94, 99 y 100). A continuación, de conformidad con el Art. 162 (3) LPC, los pagos efectuados a Rosi S.A. y Lapachos S.A., cuyo reembolso se solicita, pueden ser considerados como realizados.

Sea como fuere, parecería que los recurrentes han probado el pago en las cuentas bancarias de Rosi S.A. y Lapachos S.A., de las sumas que se habían comprometido a prestar en virtud del acuerdo de agencia suplementaria y sus adiciones. (Pruebas 107, 108, 112, 113, 117, 118, 123, 124, 134, 137, 139, 143, 146 y 149).

2.3. Con respecto a los importes que reclama Cassa di Risparmio di Torino, éste no necesitó demostrar el pago del importe a Rosi S.A., ya que era una cuenta por cobrar del pago diferido del precio, con intereses, incorporado en los pagarés por los trabajos y suministros adicionales.

3. En segundo lugar, debe examinarse la cuestión de si Gustavo Gramont Berres podía vincular válidamente a la República del Paraguay como garante.

3.1. En el contexto del examen de la validez de los poderes de Gustavo Gramont Berres para decidir sobre el poder que le permitía extender la jurisdicción a los tribunales suizos, los Tribunales Federales sostuvieron que la República del Paraguay tenía que asumir los poderes, al menos los que fueron aparentes, otorgados a favor de este representante (ATF 124 III 382 considerando 4c/cc).

Es cierto que la *res judicata* se limita a lo que constituye el propósito de la sentencia, es decir, su razonamiento y no los fundamentos fácticos o legales. (Poudret, Comentario sobre la ley federal de organización de los tribunales, 1990, N° 4.2 ad Art. 38 OJ).

Dicho esto, el Tribunal Federal consideró que si bien la cuestión de la validez de los poderes de Gustavo Gramont Berres era una cuestión sustantiva, ya podía resolverse en esa etapa del procedimiento (ATF 124 III 382, considerando 4c). Tomando nota de que la República del Paraguay no impugnó que Gustavo Gramont Berres había sido debidamente presentado como cónsul paraguayo en Ginebra del 6 de noviembre al 7 de febrero de 1989, el Tribunal Federal recordó que el reconocimiento por el Departamento Federal de Relaciones Exteriores de los deberes oficiales de Gustavo

Gramont Berres como Cónsul en Ginebra, supuso el cumplimiento adecuado de una serie de formalidades. Por lo tanto, se sigue, según el Tribunal Federal, que las entidades económicas que trataban con él creyeron legítimamente que estaba debidamente habilitado. (ATF 124 III 382, considerando 4c/aa y 4c/cc).

3.2 No hay razón para dejar de lado tal apreciación. En efecto, en principio, cuando los hechos que forman la base de la admisibilidad de una acción y los que justifican su sustancia material son los mismos, y son impugnados, se examinan junto con los méritos del caso (SJ 1997 p. 61). Como el Tribunal Federal examinó inmediatamente la cuestión de la validez de sus facultades, parece que los únicos hechos relevantes no impugnados inmediatamente podrían resumirse como el reconocimiento de los deberes oficiales de Gustavo Gramont Berres como cónsul para Paraguay en Ginebra. El Tribunal Federal no consideró como hechos relevantes la condena de este último acusado de falsificación, adulteración de sellos oficiales y violación de los deberes oficiales relacionados con funciones oficiales por parte de las autoridades penales paraguayas, aunque ello fue invocado en su fallo.

Además, se reiteraron los argumentos presentados por la República del Paraguay en apoyo de su objeción de procedimiento con respecto a las cuestiones sustantivas. No obstante, la parte recurrida no alegó que las recurrentes u OTB hayan sido informadas en modo alguno de que los compromisos del Paraguay suscritos por Gustavo Gramont Berres no cumplieran con su legislación, que fijaba las condiciones para comprometer al país en compromisos financieros.

Lo que es más, no hay hechos que hayan salido a la luz después de la decisión del Tribunal Federal, que podrían anular esta solución. Por el contrario, resultó que el Decreto firmado por el Presidente Stroessner y las resoluciones del Ministerio de Hacienda sobre los poderes otorgados a Gustavo Gramont Berres fueron entregados a OTB o su Director en su nombre, lo único que podía asegurarles la capacidad del cónsul paraguayo en Ginebra.

Se sigue que Gustavo Gramont Berres obligó válidamente a la República del Paraguay mediante la firma de la garantía del 5 de junio de 1986 (Anexo 5, demandante), su adición de 8 de abril de 1987 (Anexo 11, deman-

dante), los endosos de los pagarés de 14 de junio de 1988 (Pruebas documentales 16 y 1, demandantes), la garantía del 1 de septiembre de 1987 (Prueba documental 34, demandante) y su adición de 10 de marzo de 1988 (prueba 40, demandante)

4.1. De conformidad con los arts. 116 (1) al. 1 LDIP (ley de derecho internacional privado), un contrato se rige por la ley elegida por las partes. Como resultado del Art. 116 (2), la elección de la ley también puede hacerse tácitamente, pero debe emerger categóricamente del contrato o las circunstancias. La cuestión de si ha habido una conducta concluyente que permita sostener que existió la voluntad de seleccionar un sistema de ley se resuelve teniendo en cuenta todas las circunstancias. (Keller/Kren /Kostkiewicz, comentario de Zurich, 2004, nos.48 y 50 ad Art. 116 LDIP). En cualquier caso, un acuerdo sobre la elección de la ley que surge de las expresiones de voluntad del acuerdo supone que las partes estaban conscientemente dispuestas a elegir un sistema de ley y deseaban expresar esa elección (ATF 119 II 173, SJ 1994 P.41).

Además, de acuerdo con el Tribunal Federal (ATF 124 III 382 considerando 4b), los documentos firmados por Gustavo Gramont Berres constituyen compromisos similares a los asumidos por los establecimientos bancarios u otras personas, de tal manera que haya causa para referirse también a los principios que rigen la conclusión de la garantía bancaria.

Una garantía es un acto legal bilateral que requiere una expresión de voluntad por parte de ambas partes. Sin embargo, como regla general, se trata de un contrato unilateral en el que solo el beneficiario adquiere derechos y el fiador solo se compromete. El contrato se concluye mediante la aceptación tácita de la declaración del garante, que se considera una oferta. Esta especificidad se encuentra en su expresión práctica en el hecho de que no se refiere a un acuerdo de garantía sino a una declaración de garantía, ya que solo la declaración del garante es visible. De acuerdo con las prácticas bancarias internacionales, no se espera una aceptación expresa del contenido de la garantía. Cuando no se requiera la aceptación de los requisitos comerciales en este ámbito, se considera que el acuerdo está concluido si la oferta no se rechaza dentro de un período de tiempo razonable (Kleinert, Garantías Bancarias, 1990, página 153-154 no.16.01 y 16: 02). En otras palabras, se considera que el beneficiario que recibe la garantía y no reacciona

ha aceptado todas las condiciones allí indicadas (Lombardini, Ley de bancos suizos, 2002, página 301, n. 42).

Finalmente, se sostuvo que una garantía bancaria en la forma de una declaración enviada al beneficiario cumple con las condiciones del art. 116 LDIP (SJ 1997 P. 245).

4.2. En el caso en cuestión, las declaraciones de garantía de la República del Paraguay del 5 de junio de 1986 y del 1 de septiembre de 1987 estipulan la elección de la legislación suiza. No hay duda de que estos documentos fueron proporcionados a OTB como agente de los recurrentes (registro de 04.25.01, p.7). Además, el contenido de las garantías no fue cuestionado.

De ello se deduce que las garantías del 5 de junio de 1986 y del 1 de septiembre de 1987 se rigen válidamente por la legislación suiza, al igual que sus adiciones, ya que extienden los efectos de las primeras garantías a los aumentos posteriores de los préstamos. Y bajo la ley suiza, Gustavo Gramont Berres actuó como representante de la República del Paraguay.

5.1. Según el Tribunal Federal (ATF 124 III 382), las garantías emitidas por la República del Paraguay son similares a las de los establecimientos bancarios. Además, debe señalarse que la garantía del 1 de septiembre de 1987 menciona expresamente que debe considerarse e interpretarse como una garantía bancaria. Como el documento del 5 de junio de 1986 procede en la misma línea, no hay motivo para tratarlo de manera diferente.

En términos generales, en términos de comercio y crédito internacional, es necesario, por razones prácticas, recurrir a garantías sin una forma particular y en lugar de garantías sujetas a formas específicas (ATF 129 III 702 considerando 2.3). Así, las obligaciones de garantía asumidas por las instituciones bancarias con experiencia y las garantías otorgadas a los contratos internacionales dan lugar a la presunción de que existe una garantía independiente (ATF 113 II 434, JdT 1988 i 185; sj 1988 P. 550). Cuando se emite una garantía independiente, el garante debe cumplir su compromiso sin tener en cuenta ninguna disputa relacionada con el contrato básico, cuando así lo solicite el beneficiario, si se cumplen las condiciones para convocarlo. El garante requerido para ejercer su compromiso no puede, por lo tanto, imponer al beneficiario ninguna excepción más allá de las estipuladas, en su caso, en dicho acuerdo. (ATF 122 III 321). Cuando se ha emitido

una primera garantía bancaria de demanda, la simple declaración del beneficiario es suficiente para imponer el pago de todos los montos previstos. La primera garantía de demanda puede contener una cláusula de eficacia; entonces se trata de una primera garantía de demanda justificada. En este caso, el banco debe pagar, por un lado, a la sola demanda del beneficiario, y, por otro lado, el pago está subordinado a la ocurrencia del motivo de la garantía (SJ 1997 p.245; ATF 119 II 132).

5.2. En tal caso, de acuerdo con la redacción de las garantías, la República del Paraguay se comprometió a pagar al banco, a la primera solicitud de OTB como agente, cualquier suma adeudada por Rosi S.A. o Lapachos S.A. y no pagada por ellos, ya sean normales o cuotas anticipadas. La referencia a los montos adeudados por las empresas paraguayas solo sirve para determinar el alcance de las obligaciones del garante. Además, la garantía del 1 de septiembre de 1987 establece expresamente que el garante no puede formular ninguna excepción u objeción de ningún tipo o de ningún tipo que atestigüe la naturaleza independiente de la garantía. Aunque esta cláusula no figura en la garantía del 5 de junio de 1986, el procedimiento no ha demostrado que las partes se propongan suscribir garantías diferentes para cada uno de los consorcios. Por lo tanto, se trata de garantías de primera demanda independientes, ya que el garante debe cumplir su compromiso tan pronto como el beneficiario lo solicite (ATF 122 III 273).

Los declarantes no controvierten el incumplimiento de Rosi S.A. y Lapachos S.A. Tampoco se discute que el agente del apelante informó a la República del Paraguay del impago de las cuotas de reembolso.

Dicho esto, no hay motivo para examinar si en su caso, Rosi S.A. y Lapachos S.A. se obligaron válidamente –lo cual la República del Paraguay impugna en el plano del significado de la suscripción de las empresas– ya que son garantías independientes, y de paso, se ha establecido que todas las sumas previstas en los contratos de financiación y sus adendas se pagaron a las empresas paraguayas. Dado que estos actos legales se rigen por la legislación suiza, se debe considerar que al aceptar los pagos, las compañías están válidamente obligadas.

De hecho, la República del Paraguay debe pagar los montos en capital reclamados por las recurrentes que forman los consorcios bancarios consti-

tuidos para la financiación de los préstamos otorgados a Rosi S.A. y Lapachos S.A., ya que el demandado no ha discutido la composición o acciones respectivas de los bancos dentro de los consorcios.

6.1. Los reclamos financieros deben ser cuantificados, bajo pena de inadmisibilidad, a menos que la ley federal disponga lo contrario (ATF 5P.1 / 2001 del 16 de marzo de 2001). Por lo tanto, en juicios cuyo propósito es obtener el pago de una cantidad de dinero, la ley cantonal puede exigir que los reclamos incluyan una cifra de la cantidad reclamada (ATP 4C.195/2003 del 13 de noviembre de 2003). Es admisible la regla de procedimiento que exige que las partes formulen alegaciones que sean claras, precisas y suficientemente determinantes (ATF 116 II 215, JdT 1991 I 34). Desde el punto de vista del derecho procesal de Ginebra, los reclamos deben formularse de forma precisa y redactada de tal forma que se pueda abrir el camino para una decisión ejecutoria (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op.cit, no.8 ad Art. 7 LPC).

6.2. Con respecto a las sumas prestadas a Rosi S.A. y Lapachos S.A., las reclamaciones hechas en primera instancia fueron redactadas de la siguiente manera: “más el interés contractual y moratorio a las tasas contractuales para cada uno de los tramos N° 1 a 14”. De acuerdo con los principios establecidos anteriormente, los reclamos relacionados con el interés contractual y moratorio deben indicarse en cifras para las tasas de interés y precisas en cuanto a la fecha en que ocurrió el evento (*dies a quo*).

Los recurrentes alegan que les corresponde a ellos, en el momento oportuno, realizar los cálculos detallados del interés en el contexto de la ejecución de la resolución final. En este sentido, si bien está autorizado, bajo ciertas condiciones, que el juez responsable de la constitución pueda compensar el hecho de no indicar la fecha en que comenzó el interés y mencionar la tasa del interés legal (véase Donzallaz, The Lugano Convention de 16 de septiembre de 1988 sobre jurisdicción y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 1997, Volumen II, N° 3390 ss.), este no parece ser el caso con respecto al interés contractual, y más aún en ese cálculo tales adiciones pueden llegar a ser de naturaleza compleja. De ello se deduce que las pretensiones, tal como están redactadas por los recurrentes, no son susceptibles de abrir el camino a una decisión ejecutoria y, por lo tanto, son inadmisibles.

6.3. Del artículo 312 LPC se desprende que una parte no puede presentar ante el Tribunal de Justicia reclamaciones que no se hayan presentado ante el Tribunal en primera instancia. Dichos nuevos reclamos son declarados inadmisibles en la medida en que excedan los presentados en primera instancia. (Bertossa / Gaillard / Guyet / Schmidt, op.cit, In.5 ad Art.312 LPC).

En el caso en cuestión, los apelantes presentaron alegaciones subsidiarias por primera vez en apelación, en base al art. 73 CO (código de obligaciones) en relación con los intereses sobre el capital de los préstamos sindicados a Rosi SA y Lapachos SA que también resultan inadmisibles.

7. Cassa di Risparmio di Torino afirma la existencia de una cuenta por cobrar basada en dos pagarés emitidos en liras italianas, de 2.681.839 euros con un interés del 12% al 25 de agosto de 1990, luego del 3% a partir del 1 de enero de 2002.

7.1. Las reglas de conflicto de leyes bajo Art 1086 y siguientes del CO se aplican cuando un estado *de facto* relativo a las letras de cambio afecta a un país que no se ha adherido a la Convención del 7 de junio de 1930 que establece una Ley Uniforme para Letras de Cambio y Pagarés (Staehelin, Comentario de Bale, 2002, n. 4 y comentarios preliminares sobre el Art. 1086-1095 CO). En el caso que nos ocupa, el suscriptor de los pagarés es una empresa paraguaya con sede en Paraguay, un país que no es parte de dicha convención.

El art. 1090 CC es una regla general que rige los efectos de las promesas documentadas que no se rigen por reglas especiales. El alcance de la obligación del deudor cae dentro de los efectos de una promesa documentada. La ley aplicable a los compromisos de endoso se determina de acuerdo con el art. 1090 al 2 CO (Staehelin, op.cit., N° 2, 5 y 9 ad Art. 1090 CO). De acuerdo con esta disposición, los efectos producidos por la firma de un documento promisorio son los de la ley del país en cuyo territorio se efectuaron las firmas.

Como la firma del endoso en territorio suizo no ha sido impugnada, la ley suiza se aplica al alcance de la obligación de la República del Paraguay. Además, el demandado no ha discutido ni la forma de los pagarés ni la forma debida de los endosos o protestos.

7.2. En este sentido, el art. 1098 al. 3 CO establece que se considera que el endoso se ha otorgado en nombre del suscriptor del pagaré, y las disposiciones sobre el endoso se aplican al resto. Por lo tanto, el endosante está obligado de la misma manera que si se hubiera mantenido como garante (Art. 1022 (1) CO). Debe pagar lo que debería haber pagado la garantía (Netzle, comentario de Bale, 2002, N° 2 ad Art, 1022 CO). El compromiso de endoso es válido independientemente de la obligación garantizada, a menos que la invalidez surja de una falla de procedimiento reconocible para un tercero al ver el proyecto de ley. Por lo tanto, el endoso tiene efectos legales incluso cuando es otorgado por una persona sin capacidad para contratar o cuya firma ha sido falsificada (Art. 1022 (2) CO; Netzle, op, cit., N° 3 y Art. 1022 CO). El hecho de que los pagarés fueran firmados por una persona cuya sola firma no vinculaba a los suscriptores, en este caso Rosi S.A. y Lapachos S.A., no tiene ninguna consecuencia en cuanto a la validez del endoso.

De conformidad con el art. 1045 CO, aplicable por referencia dada por el art. 1098 (1) CO, el tenedor puede reclamar el monto de la letra de cambio impagada con intereses, si ha sido estipulado (ch. 1), y el interés a una tasa del 6% a partir de la fecha de vencimiento (Ch. 2) . En este caso, no se pactó ningún interés en los pagarés. Además, debe mantenerse una tasa de inversión del 6%, debido a que no se ha tenido en cuenta el interés contractual del 12% propuesto por el solicitante.

De ello se desprende que la República del Paraguay deberá pagar el monto de los pagarés con intereses al 6% al 25 de agosto de 1990 y al 3% a partir del 1 de enero de 2002, de acuerdo con los reclamos finales en primera instancia exigidos por Cassa di Risparmio di Torino.

8. Hay motivos para examinar, finalmente, la acción contra SACE que tiene como objetivo obtener una declaración de que las condiciones que desencadenan la cobertura del seguro se han cumplido, es decir, el incumplimiento del pago por Rosi S.A., Lapachos S.A. y la República del Paraguay, respectivamente, previsto en las pólizas de seguro gobernado por la ley italiana.

8.1. El derecho de acción consiste en la posibilidad de tener una decisión judicial sobre los méritos de un reclamo presentado ante los tribunales. Supone que hay interés y legitimación para actuar. Es distinto del reclamo

en sí y se ejerce a través del reclamo. Si bien la legitimación activa es una especie de apéndice del reclamo en cuestión, difiere en que el propósito de la condición de legitimación activa es proteger a los tribunales al limitar el acceso a la justicia. Además, las restricciones fijadas a la admisibilidad de una acción dependen de la definición de los poderes del juez. La naturaleza y la legitimación se examinan a la luz de la *lex fori* para garantizar que corresponden a una situación que da lugar a una acción en el sistema jurídico del foro. Además, los reclamos se clasifican de acuerdo con las categorías de la *lex fori*, luego sujetos al régimen correspondiente de la misma ley (Knopfler/Schweizer, *Swiss Private International Law*, 1995, p.281 no.637).

La ley federal regula de manera exhaustiva la admisibilidad de una acción para una sentencia que afecte la relación jurídica dentro del ámbito del derecho privado federal, y el Art. 2 LPC tiene su propio alcance, particularmente en el área de derecho extranjero (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmist, op cit., No.2 ad Art. 2 LPC.) Este es el caso del contrato de seguro en el presente caso, que se rige por la legislación italiana.

De conformidad con esta disposición, una persona con legitimación activa para obtener el reconocimiento de la existencia o inexistencia de una relación legal puede presentar un reclamo ante el tribunal con jurisdicción.

En primer lugar, la acción prevista en la legislación de Ginebra tiene por objeto establecer la existencia o inexistencia de relaciones jurídicas, es decir, las relaciones jurídicas entre una persona y otra persona, y las consecuencias jurídicas individuales derivadas de ello (Perrot, la acción para una decisión y el interés en que sea admisible en Ginebra, SJ 1940 p-513). Además, la legitimación para actuar requiere que el demandante demuestre una incertidumbre tan grande con respecto a las relaciones jurídicas como para constituir una amenaza, incluso futura, con respecto a sus activos o intereses morales (Barde, Notas sobre la legislación, SJ 1945 p. 317)

8.2. Cabe señalar que el recurrente solo reclama la declaración de un hecho, a saber, el incumplimiento del pago por parte de los deudores principales y el garante, y no la existencia de relaciones jurídicas o las consecuencias jurídicas derivadas de ello. La admisibilidad de su acción es, por lo tanto, errónea a este respecto.

Además, el Tribunal tiene dificultades para discernir de qué manera exista una incertidumbre de una naturaleza que pueda causar una amenaza

a los activos o el interés moral de los recurrentes que solo pueda ser anulada por el fallo en la declaración requerida; máxime teniendo en cuenta que para hacer lugar a los reclamos de los apelantes, la Corte ya ha declarado el incumplimiento por parte de las empresas paraguayas y la República del Paraguay.

Finalmente, sobre la base de los principios que son válidos en la ley federal, se debe considerar que la acción declarativa es subsidiaria de la acción para una condena. Sin embargo, la acción declarativa puede tener un alcance diferente al de la acción para una condena cuando las partes no están de acuerdo con la existencia de una obligación y la simple declaración de la existencia de una obligación garantizaría la ejecución. (Bertossa/Gailard/Guyet/Schmidt, op., Cit.no.3 ad Art. 2; ATF 97 II 375, JdT 1973 I 59).

A este respecto, las recurrentes parecerían considerar que en caso de que la República del Paraguay se opusiera a la ejecución de una decisión de condena, la declaración de que se cumplieron las condiciones para la cobertura del seguro impulsaría a SACE el cumplimiento de sus obligaciones. Las recurrentes a veces pierden de vista el hecho de que su disputa con SACE no equivale simplemente a afirmar la existencia o inexistencia de un reclamo. En efecto, SACE cuestiona la validez del compromiso de la República del Paraguay como garante. También afirma que no se respetaron las obligaciones que permitirían cubrir el reclamo.

De ello se sigue que la acción de declaración de los demandantes y apelantes es inadmisibile, a falta de una razón legal para hacer una declaración inmediata (Bertossa/Gailalrd/Guyet/Schmidt, op. cit. No. 5 y Art. 2 LPC)

9. Dado que la República del Paraguay ha defendido sin éxito el reclamo de pago, salvo respecto a los reclamos sobre los intereses contractuales y moratorios, se le ordenará pagar tres cuartas partes de los costos en primera instancia y en apelación para este reclamo.

Los recurrentes, que, por otro lado, no tienen éxito en sus reclamos contra SACE, quedarán obligados solidariamente, a excepción de Cassa di Risparmio di Torino que no participó en las reclamaciones sobre este punto, a pagar los costos de primera instancia y de apelación con respecto a la moción de acción declarativa.

10. En aras de la claridad, todo el fallo impugnado se cancelará y se tomará una nueva decisión.

Por estos motivos

La corte:

Cuestiones de procedimiento

Declara admisible el recurso interpuesto por ING Bank (Suiza) S.A., Cosba Private Banking AG, Union des Banques Arabes et Francaises, Cassa di Risparmio di Torino, Banca di Roma International S.A., Mecfint (Jersey) Limited, Sanpaolo-Lariano Bank S.A., Banca Popolare di Milano y HSBC Bank USA contra la sentencia JTPI/12153/2003 dictada el 23 de octubre de 2003 por el Tribunal de Primera Instancia en el asunto C/9970/1995-1

Fondo del caso

Cancela el juzgamiento

Y reexamina y emite un nuevo fallo

Ordena a la República del Paraguay pagar los montos de:

- FR 5,000,000 a ING Bank (Suiza) S.A.,
- FR 10,000,000 a Cosba Private Banking AG,
- FR 15,000,000 a Union des Banques Arabes et Francaises,
- FR 6,700,000 a Sanpaolo- Lariano Bank S.A.,

Y las siguientes sumas:

- 2,681,839 Euros con un interés del 6% al 25 de agosto de 1990 y del 3% a partir del 1 de enero de 2002 a Cassa di Risparmio di Torino,
- 3,067,751 Euros a Cosba Private Banking AG,
- 8,691,962 Euros a Banca di Roma International S.A.,
- 5,112,919 Euros a Mecfint (Jersey) Limited,
- 5,828,727 Euros a Sanpaolo- Lariano Bank S.A.,
- 2,045,167 Euros a Banca Popolare di Milano,

LAUDOS

-3,272,268 Euros a HSBC Bank USA.

Declara inadmisibile la acción declarativa presentada por ING Bank (Suiza) S.A., Cosba Private Banking AG, Union de Banques Araves et Françaises, Banco de Roma International S.A., Mecfint (Jersey) Limited, Sanpaolo-Lariano Bank S.A., Banca Popolare di Milano y HSBC Bank USA contra Sezione Speciale por Assicurazione del Ciedito all'Esportazione (SACE)

Ordena a la República del Paraguay pagar las tres cuartas partes de los costos en primera instancia y en apelación por la acción de pago, que incluye en su totalidad la única indemnización procesal de FR 400,000, lo que constituye la participación en honorarios de abogados para ING Bank (Suiza) S.A., Cosba Private Banking AG, Union de Banques Arabes et Francaises, Cassa di Risparmio di Torino, Banco di Roma International S.A.; Mecfint (Jersey) Limited, Sanpaolo-Lariano Bank S.A., Banca Popolare di Milano y HSBC Bank USA.

Condenar al pago a ING Bank (Suiza) S.A., Cosba Private Banking AG, Unión, Union de Banques Arabes et Francaises, Cassa di Risparmio di Torino, Banco di Roma International S.A.; Mecfint (Jersey) Limited, Sanpaolo-Lariano Bank S.A., Banca Popolare di Milano y HSBC Bank USA por las costas de primera instancia y en apelación de la acción declarativa, que incluye en su totalidad la única indemnización procesal de FR. 100.000, que constituye la participación en honorarios de abogados para Sezione- Speciale per Assicurazione del Credito all'Esportazione (SACE).

Desestimar todas las demás afirmaciones hechas por las partes.

CASO GRAMONT BERRES.
Distrito de la Corte. Décima Sección. República y
Cantón de Ginebra. BNP PARIBAS, LONDON
BRANCH, Y LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY,
C/2595/2005 JTPI/17299/2010*

Distrito de la Corte

Décima Sección

República y Cantón de Ginebra

Recibido el 6 de octubre de 2010

El Poder Judicial

BNP PARIBAS, LONDON BRANCH, Y LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, C/2595/2005 JTPI/17299/2010

Del jueves 30 de setiembre de 2010.

Entre

BNP PARIBAS, LONDON BRANCH, con sede en la Avenida 10 Harwood, NW1 6 AA Londres (Reino Unido), demandante asistida por Patrice LE HOUELLEUR, Esq., y Pierre LALIVE, Esq., Lalive Avocats, Rue de la Mairie 35, Casilla Postal 6569, 1211 Ginebra 6 (GE), en cuya oficina legal constituyen domicilio.

Y

* Nota de traducción: Las citas, notas y abreviaturas del texto se refieren a constancias del expediente, fallos u obras jurídicas. La autoría de la traducción corresponde a la Srta. Adriana María Villalba Vera, funcionaria del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Cuarta Sala.

FALLOS INTERNACIONALES

LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, Presidencia de la República, Asunción, Paraguay, demandado, asistido por Enrico MONFRINI, Esq., Place du Molard 3, 1204 Ginebra (GE), en cuya oficina legal constituye domicilio.

Esta sentencia fue proveída para notificación a las partes por el registro de la corte el 5 de octubre de 2010.

HECHOS

1. Gustavo GRAMONT BERRES fue cónsul de la República del Paraguay en Ginebra desde el 6 de noviembre de 1979 al 7 de febrero de 1989. Él nunca fue acreditado como Embajador de la República del Paraguay en Suiza, debido a que el procedimiento de acreditación nunca fue completado.

La esposa de Gustavo GRAMONT BERRES es la sobrina de Alfredo SREOSSNER, que fue el Presidente de la República del Paraguay desde 1954 hasta el golpe de estado de 1989.

Gustavo GRAMONT BERRES y su esposa eran respectivamente presidente y vicepresidente de ROSI S.A., una sociedad organizada bajo las leyes paraguayas, constituida el 12 de marzo de 1969, con el objeto comercial original de operar por sí misma o por otros en negocios inmobiliarios, actividades comerciales, de agricultura y cualquier otra industria legal (Pruebas 4 y 8 del demandado).

2. Por decreto N° 39.808 del 27 de mayo de 1983, el Presidente de la República del Paraguay confirió a Gustavo GRAMONT BERRES el rango de Embajador en misión especial. Él fue encargado de tomar ciertas medidas relativas a programas de desarrollo de la República del Paraguay. Se especificó que estaba en una misión especial de cónsul de Paraguay en Ginebra. También se especificó que “el agente del gobierno” recibiría instrucciones pertinentes respecto de las medidas que el gobierno le pediría que tome y que el Ministro de Relaciones Exteriores le informaría de esas instrucciones (Prueba 9 del demandante).

3. El 22 de mayo de 1986, el Ministro de Hacienda de la República del Paraguay, César BARRIENTOS, informó a todas las partes interesadas, tanto a nivel nacional como internacional, que Gustavo GRAMONT BE-

LAUDOS

RRES, Embajador en misión especial de la República del Paraguay con oficina en Ginebra, era responsable de tomar todas las medidas que puedan contribuir para acelerar el proceso de desarrollo económico y social del país. Gustavo GRAMONT BERRES se volvió el representante autorizado del gobierno de Paraguay y tenía amplios poderes no solo para tomar medidas, sino también para aceptar y firmar documentos y operaciones relacionadas con la ejecución de programas y proyectos de desarrollo concernientes al gobierno nacional (prueba 10 del demandante).

4. El 23 de mayo de 1986, ROSI S.A. y MAT, Machine Alimentari Trasporti Srl (en adelante: MAT), una compañía italiana con sede en Parma (Italia), firmaron un contrato titulado “contrato de construcción y suministro”, en virtud del cual MAT acordaba construir una planta de enlatado de frutas para ROSI S.A. en La Colmena (Paraguay) por el precio de US\$ 25.000.000 (prueba 7 del demandante).

Los fondos debían ser proveídos por un préstamo a plazo de 10 años contratado por ROSI S.A. a favor de MAT, con un sindicato de bancos del cual OVERLAND TRUST BANK (en adelante: OTB), sucursal de Ginebra, una corporación suiza, era agente.

El préstamo fue garantizado tanto por la República del Paraguay como por la Sezione Speciale per l'Assicurazione del Credito all'Esportazione (SACE), una agencia de derecho público italiana que aseguraba los riesgos de exportación.

5. De ante mano, en vistas a la firma del contrato, por cartas del 30 de abril de 1986 enviadas a ROSI S.A., el Ministro de Hacienda del Paraguay y el Ministro de Industria y Comercio del mismo país confirmaron que la instalación de la planta de enlatado de frutas era de gran importancia para el gobierno de Paraguay (pruebas 4 y 5 del demandante).

6. En virtud del contrato del 31 de mayo de 1986, llamado “contrato de financiación” (en adelante: NFA) firmado por ROSI SA y OTB, OTB organizó la financiación del préstamo mediante vales cambiarios. El préstamo ascendía a CHF 40.000.000,00, dividido en catorce cuotas, para cada una de las cuales fue emitido un pagaré a ROSI SA como prueba. El pago de la primera cuota debía efectuarse 42 meses después de que los fondos fueran desembolsados; las subsecuentes cuotas vencían cada seis meses. El contrato estaba sujeto a la ley suiza (prueba 8 del demandante).

7. El 5 de junio de 1986, Gustavo GRAMONT BERRES firmó un documento titulado “GARANTÍA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY”, en virtud del cual él actuaba (prueba 11 del demandante):

“como representante de la República del PARAGUAY (el “garante”), debidamente autorizado por el decreto presidencial N° 39.808 y delegación de poder especial del Ministro de Hacienda, General D.I.M. (SR) César BARRIENTOS, para garantizar el préstamo, en nombre del Estado Paraguayo, hasta el monto máximo de SF 40.000.000,00 o su valor al cambio a moneda europea (el préstamo fue otorgado a ROSI SA, Asunción El “Prestatario/Emisor” de los pagarés por un grupo de bancos los “Bancos” o “Tenedores” de los pagarés o “Beneficiarios” de los pagarés) teniendo como agente a OVERLAND TRUST BANK – Ginebra el “Agente en virtud del acuerdo – CONTRATO DE FINANCIACIÓN el “Acuerdo o NFA” – firmado el 31 de mayo de 1986 por ROSI S.A. y OVERLAND TRUST BANK – Ginebra”.

De acuerdo a este documento, Gustavo GRAMONT BERRES declaró particularmente que él:

“daba a los bancos y tenedores de los pagarés la conjunta y solidaria, incondicional e irrevocable garantía de la República del PARAGUAY respecto de todos los compromisos asumidos por ROSI S.A. en los acuerdos “NFA” de capital, interés y todos los accesorios.

(...)

Como consecuencia de este compromiso, el garante se compromete a pagar a los bancos o tenedores de los pagarés, al primer requerimiento del agente, ya sea un pago normal o anticipado, todos los montos debidos por ROSI S.A. que no hayan sido pagados por éste”.

El garante (la República del Paraguay) también declaró:

“De conformidad con las disposiciones del acuerdo “NFA”, todas las disputas que surjan de los acuerdos “NFA” y de las garantías serán traídos ante las cortes suizas cuya jurisdicción es aceptada (por el garante) irrevocablemente, esta asignación de jurisdicción es, sin embargo, estipulada para el solo beneficio de los bancos o tenedores de los pagarés, quienes pueden renunciar a ello en favor de las cortes nacionales del Prestatario/Emisor de los pagarés...”.

LAUDOS

La garantía fue regida por el derecho suizo. La República del Paraguay aceptó irrevocablemente la jurisdicción de las cortes suizas y renunció a su inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

8. Este documento fue enviado por Gustavo GRAMONT BERRES al director de OTB, François-Xavier NICOLETTI, quien también recibió una copia del decreto del Presidente de la República del 27 de mayo de 1983, de la delegación especial del Ministro de Hacienda del 22 de mayo de 1986 y de la confirmación del mismo del 10 de octubre de 1986 (ACJC/1022/2004).

9. El 22 de agosto de 1986, OTB, por un lado, y el Banque Bruxelles Lambert (Suisse) S.A., Bank Europaischer Genossenschaftsbanken, BANQUE PARIBAS (Londres) y Union de Banques Arabes et Francaises, por el otro, firmaron un acuerdo denominado “acuerdo de agencia complementario” (en adelante: SAA) para el financiamiento del préstamo otorgado a ROSI S.A. OTB actuaba como oficial de crédito y agente de servicio bancario para los pagarés. Los diferentes bancos participaron en el préstamo hasta CHF 4.000.000,00 (prueba 12 del demandante).

BANQUE PARIBAS (Londres) depositó en la cuenta de ROSI S.A. en OTB las sumas de CHF 5.205.000,00, fecha de valor 8 de setiembre de 1986, CHF 2.450.000,00, fecha de valor 12 de noviembre de 1986 y CHF 2.345.000,00, fecha de valor 22 de enero de 1987, esto es, el monto total de CHF 10.000.000,00 (pruebas 18, 23 y 26 del demandante).

10. Por medio del contrato de fecha 22 de setiembre de 1986, el precio pactado en CHF 55.000.000,00 fue modificado, obligando a ROSI SA a pagar un monto adicional de CHF 6.700.000,00 a MAT (prueba 31 del demandante).

11. Por la adenda del 4 de diciembre de 1986, hecha al contrato celebrado el 31 de mayo de 1986, un préstamo adicional fue otorgado a ROSI S.A. (prueba 32 del demandante).

12. Entretanto, por resolución N° 1205 del 10 de octubre de 1986, el Ministro de Hacienda de la República del Paraguay, César BARRIENTOS, confirmó la delegación especial del 22 de mayo de 1986 a favor de Gustavo GRAMONT BERRES autorizándole a firmar, por el Ministerio de Hacienda o el Gobierno de la República del Paraguay, los documentos requeridos para

el financiamiento de las operaciones destinadas al desarrollo social y económico del país. Esta resolución también fue enviada al director de OTB (prueba 34 del demandante).

13. El 8 de abril de 1987, Gustavo GRAMONT BERRES firmó una “ADENDA DE LA GARANTÍA DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY – EMITIDA EL 5 DE JUNIO DE 1986”, en virtud de la cual “La garantía de la República del Paraguay se extendía por F.S. 6.700.000,00 elevando la garantía a un monto total de F.S. 46.700.000,00”. Gustavo GRAMONT BERRES actuó como representante de la República del Paraguay de acuerdo con el decreto presidencial N° 39.808 y la Resolución N° 1205 del Ministro de Hacienda (prueba 33 del demandante).

14. El monto de CHF 6.700.000,00 fue depositado por Sanpaolo-Lariano Bank SA (Luxemburgo) en virtud del acuerdo denominado “acuerdo de participación” firmado por OTB y Sanpaolo-Lariano Bank SA (Luxemburgo) el 4 de mayo de 1987 (prueba 36 del demandante).

15. Siguiendo un idéntico sistema, un préstamo de DM 54.800.000 fue además otorgado el 23 de marzo de 1987 y el 12 de febrero de 1988 por un sindicato de bancos cuyo agente era OTB, a la Compañía Industrial Agroforestal Lapachos de San Isidro S.A. (en adelante: LAPACHOS) en vista de la construcción por Pierre Hospital Spa, una compañía italiana con sede en Sondalo (Italia), de una planta de productos farmacéuticos en Paraguay.

16. En conexión con el préstamo otorgado a ROSI SA, en anticipación a la primera fecha de pago del 12 de marzo de 1990, i.e., cuarenta y dos meses después de que los primeros fondos fueran desembolsados en setiembre de 1986, OTB envió una carta a ROSI S.A. el 109 de setiembre de 1989, con copia a la República del Paraguay, informándole acerca del monto del capital e intereses a vencer en dicha fecha (prueba 48 del demandante).

OTB hizo lo mismo para los demás trece pagos que debían ser efectuados cada seis meses (prueba 49 del demandante).

17. ROSI SA no efectuó los pagos por el préstamo en las fechas de vencimiento establecidas, y la República del Paraguay controvirtió la validez de su compromiso.

18. Luego de que cargos criminales hayan sido presentados por el Procurador General de la República del Paraguay el 15 de marzo de 1990, Gustavo Gramont Berres fue condenado por la Corte Suprema de Justicia de dicho país el 30 de diciembre de 1997, a siete años de prisión por el uso de documentos falsificados y abuso de su calidad de oficial público, al mismo tiempo que fue absuelto del cargo de fraude en detrimento del Estado Paraguayo. En virtud de esa decisión, mediante la elaboración de documentos falsificados, Gustavo GRAMONT BERRES se benefició de los préstamos otorgados a las compañías que él mismo controlaba, gracias a las garantías de Paraguay producidas fraudulentamente para engañar a los bancos prestamistas. Para la Corte Suprema de Justicia, el Estado Paraguayo no había otorgado válidamente garantía alguna para las operaciones financieras entre Rosi SA y Lapachos SA, por un lado, y los bancos, por el otro lado (pruebas 7, 8, 17, 79, 21 y 22 del demandado).

19. El 23 de abril de 1997, la República del Paraguay planteó una acción criminal ante el Procurador General del Cantón de Ginebra (PP/4475/1997; pruebas 23 y 24 del demandado). Gustavo GRAMONT BERRES fue extraditado a Suiza basado en la orden de extradición del 5 de enero de 1998.

Los procesos terminaron el 22 de mayo de 2001. El Procurador General argumentó especialmente que, si Gustavo GRAMONT BERRES, cuyo nombre verdadero era Benjamin LEVY AVZARRADEL, fuera condenado por los cargos de fraude y uso de documentos falsos, él ya hubiera cumplido –en Paraguay, primero que todo, y luego en Suiza– la pena máxima a la que se puede ser condenado. Además, sostuvo que las investigaciones no revelaron cargos suficientes contra otras personas. Finalmente indicó respecto de los hechos alegados por la República del Paraguay, que debía advertirse que la investigación no ha, hasta la fecha, hecho posible la reconstrucción total de la contabilidad para las operaciones de financiamiento conducidas bajo la dirección de OTB.

20. Por moción presentada ante la Corte del Distrito de Ginebra el 7 de febrero de 1995, los bancos que participaron en el financiamiento del préstamo otorgado a ROSI y aquellos que han tomado parte en la financiación del préstamo otorgado a LAPACHOS demandaron a la República del Paraguay y a SACE por el pago (C/9970/1995; prueba 2 del demandante).

FALLOS INTERNACIONALES

21. El 31 de enero de 1996 el BANQUE PARIBAS (Londres) desistió de la demanda (prueba 2 del demandante).

22. SACE elevó una objeción de falta de jurisdicción *ratione loci*, y así lo hizo también la República del Paraguay, quien también invocó su inmunidad de jurisdicción.

23. Las peticiones de inadmisibilidad fueron definitivamente rechazadas por decisión del Tribunal Federal del 20 de agosto de 1998 (decisión del Tribunal Federal 4C.52/1998 del 20/08/1998).

El Tribunal Federal entendió, en lo sustancial, que la República del Paraguay actuó *jure gestionis*, y que por lo tanto este Estado no podía invocar la inmunidad de jurisdicción. La extensión de la jurisdicción ordinaria firmada por el Cónsul y manifestada en los instrumentos de la garantía era vinculante para la República del Paraguay. Finalmente, la objeción de falta de jurisdicción *ratione loci* invocada por SACE fue rechazada, debido a que el domicilio legal de OTB en Ginebra dio a las cortes de Ginebra jurisdicción para entender en todos los procedimientos legales entablados contra SACE.

La preparación del caso continuó. La Corte del Distrito ordenó que se provea con procedimientos criminales.

24. Por sentencia del 23 de octubre de 2003, la Corte del Distrito rechazó todas las pretensiones de los bancos.

25. Por resolución del 23 de setiembre de 2004, la Corte de Justicia de Ginebra sentenció a la República del Paraguay a pagar a los respectivos bancos el capital debido por los préstamos otorgados a ROSI SA y a LAPACHOS (ACJC/1022/2004).

26. Por resolución del 31 de mayo de 2005, el Tribunal Federal, pronunciándose sobre el fondo de la cuestión, rechazó la apelación interpuesta por la República del Paraguay contra la resolución de la Corte de Justicia del 3 de setiembre de 2004, haciendo lugar a la pretensión de los bancos (ATF 4C.380/2004 del 31/5/2005 parcialmente publicada en ATF 131 III 511).

El Tribunal Federal entendió que los documentos del 27 de mayo de 1983, 22 de mayo y 10 de octubre de 1986, que estaban destinados a demostrar ante terceros los poderes conferidos a Gustavo GRAMONT BERRES,

respecto de los cuales la Corte de Justicia no consideró que hayan sido falsificados –lo cual, además, la República de Paraguay no estaba alegando– fueron enviados a OTB, el agente de los bancos. Por lo tanto, se debe establecer que los poderes de representación otorgados por la República del Paraguay a su Cónsul en Ginebra fueron comunicados, y posteriormente se revelaron insuficientes como garantías emitidas en nombre de la República del Paraguay. El Tribunal consideró que no existen hechos que demuestren que los operadores económicos que contactaron con Gustavo GRAMONT BERRES deban haber tenido legítimas dudas respecto de sus poderes. Por el contrario, los documentos proveídos al director de OTB simplemente confirmaban la capacidad de obligar a la República del Paraguay de Gustavo GRAMONT BERRES. Además, esta República de ninguna manera ha alegado que los bancos u OTB hayan sido informados que los compromisos asumidos por el cónsul podrían no atenerse a las leyes de Paraguay. El Tribunal también consideró que ninguna evidencia indicaba que OTB haya fallado en dar al asunto la atención debida de acuerdo a las circunstancias.

El Tribunal entendió que la Corte de Justicia calificó correctamente el compromiso de la República del Paraguay, basado en los principios establecidos en materia bancaria y de garantías pagaderas al primer requerimiento.

Por tanto, dada su naturaleza autónoma, estas garantías fueron vinculantes para la República del Paraguay, independientemente de la validez de los contratos base. Por ello, no puede alegar que esos contratos no son válidos.

27. Entretanto, BANQUE PARIBAS, ahora PARIBAS desde 1997, fue adquirido por el Banque Nationale de Paris el 22 de mayo de 2000. Con la fusión, el Banque Nationale de Paris cambió su nombre a BNP PARIBAS.

28. El 6 de febrero de 2005, BNP PARIBAS, SUCURSAL LONDRES, demandó a la República del Paraguay por el pago de la suma de CHF 10.000.000,00. Pretendía que la República del Paraguay sea también sentenciada al pago del interés legal del 8% por año desde el 7 de febrero de 2000 e interés punitivo del 10% por año desde el 1 de setiembre de 1993.

29. Durante la audiencia preliminar del 30 de marzo de 2006, la República del Paraguay presentó una petición de inadmisibilidad *ratione loci* y una petición de inmunidad de jurisdicción.

30. En su contestación de fecha 20 de junio de 2006, la República del Paraguay invocó su inmunidad de jurisdicción y argumentando la falta de jurisdicción debido a la locación.

La República del Paraguay alega que los procedimientos penales hicieron posible demostrar los roles asumidos por Gustavo GRAMONT BERRES y François-Xavier NICOLETTI en la redacción de los documentos que contenían las garantías. De hecho, durante los procedimientos, Gustavo GRAMONT BERRES ha explicado que el contrato del 23 de mayo de 1986, en el que se menciona la garantía de la República del Paraguay, fue escrito por François-Xavier NICOLETTI. Ocurrió lo mismo con el NFA, vinculando a ROSI S.A. a OTB. Más aún, esos contratos fueron firmados solamente por su esposa, a pesar de que dos firmas eran necesarias, a lo cual OTB no reaccionó incluso cuando era consciente de los artículos de los estatutos de ROSI S.A. Además, los procesos penales iniciados en Italia han demostrado que se han pagado coimas a SACE para obtener su garantía. De acuerdo a las manifestaciones de protagonistas en el caso, François-Xavier NICOLETTI era el único que podía llegar a SACE, lo que demuestra su participación. No obstante, los procedimientos no progresaron, ya que la prescripción operó (pruebas 10, 39 y 40 del demandado).

La República del Paraguay considera que este tipo de actitud confirma la mala fe de OTB y por ende la mala fe de los bancos, por lo que ellos no pueden invocar la garantía.

Además, sostiene que los contratos son inválidos debido a que solamente la esposa de Gustavo GRAMONT BERRES los firmó, a pesar de que dos firmas eran necesarias.

31. En la valoración del 11 de setiembre de 2006, BNP PARIBAS, SUCURSAL LONDRES, solicitó que las pretensiones de inadmisibilidad sean rechazadas.

32. Por sentencia JTPI/14537/2006 del 12 de octubre de 2006, la Corte del Distrito rechazó las pretensiones de la República del Paraguay referentes a la inmunidad de jurisdicción y falta de jurisdicción *ratione loci*.

33. Por resolución ACJC/622/2007 del 25 de mayo de 2007, la Corte de Justicia confirmó la sentencia mencionada precedentemente.

LAUDOS

34. En su memorial de contestación del 26 de octubre de 2007, la República del Paraguay mantuvo sus pretensiones.

35. En sus manifestaciones del 8 de diciembre de 2009, BNP PARIBAS, SUCURSAL LONDRES, mantuvo sus pretensiones.

36. El 17 de diciembre de 2007 la Corte del Distrito ordenó la producción de los procesos civiles C/9970/1995 y procesos penales PP/4475/1995 mencionados precedentemente en esta causa.

37. El 6 de noviembre de 2008, a pedido de las partes, la Corte suspendió los procedimientos. Los procedimientos fueron reanudados el 16 de julio de 2009.

38. En sus manifestaciones del 4 de junio de 2010, la República del Paraguay mantuvo sus pretensiones.

39. Durante los argumentos orales del 10 de junio de 2010, BNP PARIBAS, SUCURSAL LONDRES indicó que dada la producción de los dos procesos civil y penal y la época de los hechos, el caso puede ser sentenciado. La República del Paraguay requirió el inicio de las indagaciones concernientes a los hechos. Al final de la audiencia, la Corte tomó el caso a consideración.

DERECHO

A. Acudir a los medios de prueba es requerido solo si dichos medios son tanto necesarios como útiles. La necesidad está relacionada con que las alegaciones válidamente presentadas, relevantes para la solución del caso, todavía no hayan sido probadas. La utilidad reside en la habilidad atribuida a las medidas ordenadas para llegar al resultado buscado, a saber, la prueba de los hechos pertinentes (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, *Commentaire de la LPC* Comentario de la LPC, ad art. 197 LPC).

En este caso, los hechos pertinentes se encuentran suficientemente probados, particularmente a través de la producción de los procesos penal y civil. Acudir a nuevos medios de prueba no es, por lo tanto, útil o necesario.

B. Antes que nada, la Corte recuerda que las defensas planteadas por el demandante ya han sido decididas por el Tribunal Federal. Como la Corte

de Justicia lo ha apuntado, si bien el demandante no aparece en los considerandos de la resolución del Tribunal Federal, los hechos son idénticos, ya que BNP PARIBAS, SUCURSAL LONDRES es uno de los cinco bancos que participaron en el préstamo otorgado a ROSI SA. En principio no hay, por lo tanto, razones para desviarse de los considerandos del Tribunal Federal sin una razón urgente o hecho nuevo.

C. Los derechos y obligaciones derivados de un contrato celebrado en nombre de otra persona por un representante autorizado pasan a la parte representada (art. 32 parágrafo 1 CO).

El efecto de la representación ocurre cuando dos condiciones se encuentran satisfechas, a saber, que el representante esté actuando en nombre de la parte representada, esto es, el representante debe indicar al tercero que no está actuando en su nombre, sino en el nombre de otro. La segunda condición es que el representante debe haber recibido de la parte representada el poder para celebrar el acto en su nombre (TERCIER, *Le droit des obligations* [El derecho de obligaciones], 4a ed., N° 396 y siguientes).

Sin tener en cuenta la voluntad de la parte representada, los artículos 33 parágrafo 3 CO y 34 parágrafo 3 CO protegen al tercero cuando esta parte ha confiado de buena fe en la apariencia creada por la parte representada. Este sistema está subordinado a dos condiciones: la parte representada ha informado a terceros de los poderes que no existen o que ya no existen, y el tercero ha confiado de buena fe en la información que se le ha proveído (TERCIER, *op. cit.*, N° 444 y siguientes).

Es aceptado que la comunicación de los poderes otorgados por la parte representada deben ser expresados mediante un poder notarial proveído al tercero por el representante (ATF 77 II 138 recital 1 p. 142).

La buena fe se presume, en virtud del artículo 3 parágrafo 1 CC, lo que significa que no es la buena fe, sino la mala fe la que debe ser probada. De este modo, la parte que tiene la carga de esta prueba puede destruir la presunción de buena fe demostrando que la contraparte era consciente del defecto legal, y por lo tanto, que estaba actuando de mala fe, o bien admitir esta presunción, pero probar, de conformidad con el artículo 3 parágrafo 2 CC, que la otra parte no puede invocar su buena fe, porque esta buena fe no es compatible con la atención que las circunstancias requerían del mismo (ATF 131 III 511 recital 3.2.2).

LAUDOS

Queda a criterio del juez evaluar en cada caso específico, teniendo en cuenta todas las circunstancias, la medida de atención que puede ser requerida al tercero. De acuerdo a las resoluciones legales dictadas en materia comercial, en un caso en el cual los poderes de representación fueron sencillamente excedidos, solo serias dudas acerca de los verdaderos poderes de representación pueden llevar a denegar la buena fe del tercero contratante; en caso de abuso, dudas relativamente débiles son suficientes. Así, cuando un representante abusa de sus poderes, el artículo 3 parágrafo 2 CC debe aplicarse sin restricción. Los requerimientos relacionados con la atención requerida del tercero, por tanto, aumentan; incluso una leve negligencia puede ya causar la pérdida del derecho a invocar la buena fe, particularmente cuando el tercero entra al acuerdo comercial por no prestar atención a la evidencia objetiva de abuso, que sugiere que el representante está actuando en contra de los intereses de la parte representada (ATP 131 IIU 551 recital 3.2.2).

El efecto de esta norma es que la parte representada esté obligada, en virtud de la ley y contra su voluntad. Debe asumir los riesgos que ha hecho correr a los terceros creando o tolerando, contrariamente a la buena fe, una apariencia en la que estos terceros confiaron de buena fe (TERCIER, op. cit. N° 444 y siguientes).

La idea es que la persona que permite la creación de la apariencia de un poder de representante se obliga por los actos celebrados en su nombre (ATF 4C.276/1999 del 21 de octubre de 1999, publicado en SJ 20000 I p. 198, recital 3c; ATF 124 III 418 recital 1c p. 421; ATF 99 II 39 recital 1 y 3).

a) En este caso, los poderes otorgados a Gustavo GAMONT BERRES resultaron de varios documentos, a saber: un decreto del Presidente de la República del Paraguay del 27 de mayo de 1983, confiriéndole el rango de embajador en misión especial, una delegación especial del Ministro de Hacienda del 22 de mayo de 1986 encargándole, en su calidad de embajador en misión especial, de tomar todas las medidas que puedan contribuir a la aceleración del proceso de desarrollo económico del país y designándolo como representante autorizado de la República del Paraguay con el poder de firmar documentos asociados con la ejecución de programas y proyectos de desarrollo de interés nacional. Esta delegación especial fue confirmada por una resolución del 10 de octubre de 1986 del Ministro de Hacienda, encargando al cónsul firmar, por el Ministro o por el gobierno de la República del

Paraguay, los documentos requeridos para financiar las operaciones destinadas al desarrollo social y económico del país.

Estos documentos, dirigidos a demostrar a terceros los poderes conferidos a Gustavo GRAMONT BERRES, fueron proveídos a OTB, el agente del demandante. Por lo tanto, debe establecerse que hubo comunicación de los poderes de representación otorgados por el demandado a su cónsul en Ginebra, quien más tarde probó no cubrir las garantías en cuestión firmadas a tenor de dichos poderes en nombre del demandado.

b) Aún es necesario examinar si la buena fe de OTB, el agente del demandante, puede ser aceptada, lo que el demandado controvierte. De hecho, sostiene que el demandante tuvo que haber sido consciente de que Gustavo GRAMONT BERRES no estaba autorizado para representarle. Además, sostiene que las revelaciones de Gustavo GRAMONT BERRES durante el proceso penal en Ginebra relacionadas con implicación de OTB en la creación de las garantías falsas hacen posible la exclusión de la buena fe.

En este caso, Gustavo GRAMONT BERRES estaba legalmente nombrado en el Consulado de Paraguay en Ginebra desde el 6 de noviembre de 1979 al 7 de febrero de 1989. Ahora bien, el reconocimiento por el Departamento Federal de Asuntos Extranjeros (DFAE) de la función de cónsul oficial de Gustavo GRAMONT BERRES en Ginebra supone que las formalidades necesarias entre Estados fueron debidamente cumplidas, y desde las perspectivas del derecho consular, que la designación del 27 de mayo de 1983, del Presidente de la República del Paraguay de Gustavo GRAMONT BERRES como embajador en misión especial y las aclaraciones hechas por el Ministro de Hacienda el 22 de mayo de 1986, acerca de la naturaleza de los deberes que le fueron encomendados a la parte en cuestión, no eran susceptibles, a priori, de levantar sospecha de las otras partes. La Convención de Viena del 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares (RS 0.191.02; art. 17 cap. 1) de hecho contempla, bajo ciertas circunstancias, que en un Estado donde el Estado remitente no tiene una misión diplomática, un oficial consular puede haber sido hecho responsable de ciertos actos diplomáticos. Los operadores económicos que fueron llevados a tratar con Gustavo GRAMONT BERRES pudieron así asumir legítimamente que el cónsul estaba debidamente autorizado para tratar con ellos.

LAUDOS

Además, ninguna prueba en la materia impugna la valoración del Tribunal Federal y la Corte de Justicia, en virtud de la cual OTB y el demandante no han demostrado temeridad y falta de prueba objetiva de abuso, asumiendo, basados en documentos oficiales que les fueron proveídos, que Gustavo GRAMONT BERRES podía comprometer válidamente al demandado y firmar las garantías en cuestión.

Por otra parte, en contrapartida a lo que alega el demandado, los procesos penales no demostraron que OTB haya estado directamente involucrada en la creación de los documentos falsificados. No es posible determinar, basados solamente en las manifestaciones de Gustavo GRAMONT BERRES, que este fuera el caso.

Así, no hay hechos que muestren que OTB y, como consecuencia, el demandante, hayan actuado con mala fe o que hayan actuado negligentemente.

El demandado está por lo tanto obligado por las garantías del 5 de junio de 1986, del 1 de setiembre de 1987 y por las adendas hechas en su nombre por Gustavo GRAMONT BERRES.

D. Las garantías bancarias pueden ser definidas, en general, como una promesa unilateral del banco de asegurar la disponibilidad de una cierta suma de dinero si el beneficiario la requiere, en virtud de sus acuerdos con el principal (TEVINI DU PASQUIER, *Commentaire romand* [Comentario en idioma francés], CO-I, N° 36 as art. 111 CO).

Primeramente, es necesario distinguir entre dos tipos de garantías, la autónoma o principal y la garantía accesorio. En el primer caso, el banco asegura el servicio prometido al acreedor como tal, independientemente del contenido y la validez de la obligación que surge de la relación base entre el beneficiario y el principal; mientras que cuando la garantía es accesorio, el banco vincula su potencial obligación de pago al no cumplimiento del contrato base entre el principal y el beneficiario. En presencia de una garantía autónoma, el garante no puede oponer excepciones u objeciones que resulten de la relación legal entre el beneficiario de la garantía y su deudor (contrato base). El beneficiario puede demandar al garante tan pronto como las condiciones establecidas en el texto de la garantía hayan sido satisfechas, y también puede obtener lo debido si la deuda del deudor principal no fue

contraída válidamente o se encuentra extinguida. Así pues, el pago al beneficiario será requerido al garante incluso si fue engañado por el principal. En cuanto a la garantía dependiente o accesoria, sus efectos son similares a los de la fianza (art. 492 y siguientes CO) en el sentido que la obligación de pago del garante dependerá de la relación contractual base entre el principal y el beneficiario. El garante puede, por tanto, invocar excepciones de la relación base, y si la deuda principal es nula, la garantía no tendrá ningún efecto. La distinción entre garantía principal y accesoria es compleja. Si la intención real y común de las partes no puede ser establecida, el compromiso del garante debe ser interpretado de acuerdo al principio de confianza, basándonos, primero, en el texto de la garantía.

En este caso, el Tribunal Federal determinó que los compromisos del 5 de junio de 1986 y del 1 de setiembre de 1987, firmados por Gustavo GRAMONT BERRES, debían ser caracterizados como garantía autónoma a primer requerimiento. No existe motivo para reconsiderar este análisis.

Considerando su naturaleza autónoma, estas garantías son vinculantes para el demandado independientemente de la validez de los contratos base, i.e., en este caso, los compromisos financieros suscriptos por ROSI S.A. con OTB, como agente del demandante. El demandado no puede, por lo tanto, invocar el hecho de que estos contratos son inválidos, porque no fueron firmados por personas autorizadas para comprometer a ROSI SA.

En la medida que el demandante no recibió el pago de las sumas de dinero puestas a disposición en relación con el préstamo a favor de ROSI SA, y dado que el demandado fue informado de ello, éste está obligado, en virtud de la garantía autónoma emitida, a pagar los montos resultantes de estos compromisos particularmente ante el demandante.

El demandado, por tanto, será condenado a pagar al demandante la suma de CHF 10.000.000,00 con intereses limitados al 7% desde el 7 de febrero de 2000 y 5% desde el 1 de setiembre de 1993, y no 8% ni 10% respectivamente, ya que el demandante no ha demostrado los méritos de estas pretensiones (art. 104 CO).

E. El demandado, que es la parte perdedora, será condenado a pagar las expensas de la corte y los costos, los que incluirán la compensación procesal de CHF 150.000,00, como parte de los honorarios de los abogados del demandante (art. 176 LPC).

LAUDOS

SOBRE ESTOS FUNDAMENTOS

LA CORTE DEL DISTRITO:

Resolviendo luego de un proceso contencioso y por medio de un procedimiento ordinario:

1. Condena a la República del Paraguay a pagar a BNP PARIBAS, SUCURSAL LONDRES, la suma de CHF 10.000.000,00 con 7% de interés desde el 7 de febrero de 2000 y 5% de interés desde el 1 de setiembre de 1993.

2. Condena a la República del Paraguay a pagar las costas y costos de la corte, los que incluyen una compensación procesal de CHF 150.000,00 como parte de los honorarios de los abogados de BNP PARIBAS, SUCURSAL LONDRES.

3. Rechazan todas las demás pretensiones de las partes.

**CASO GRAMONT BERRES.
ESTADOS UNIDOS, CORTE DE DISTRITO. DISTRITO
DE COLUMBIA. Corte del Distrito de Columbia.
Estados Unidos. SACE S.P.A. (Demandante) C/
REPÚBLICA DEL PARAGUAY (Demandada)”. 21/03/17.
(Acción civil N° 1:15-cv-1042) ***

Estados Unidos, Corte de Distrito
Distrito de Columbia

Caso 1:15-cv-01042-KBJ Documento 23 Registrado 03/21/17

Corte del Distrito de Columbia. Estados Unidos. SACE S.P.A. (Demandante) C/ REPÚBLICA DEL PARAGUAY (Demandada)”. 21/03/17. (Acción civil N°1: 15-cv-1042).

KETANJI BROWN JACKSON. Jueza de Distrito de los Estados Unidos.

ORDEN

Por las razones establecidas en el memorándum con los fundamentos legales que se acompañan, por este medio:

ORDENO que se **HAGA LUGAR** a la moción de la parte demandada de rechazo por falta de jurisdicción [13]; y

ORDENO ADEMÁS que la demanda planteada por el actor [1] se **RECHACE**, sin cosa juzgada material, por falta de jurisdicción en razón del sujeto. Por tanto, este caso está cerrado.

* Nota de traducción: Las citas, notas y abreviaturas del texto se refieren a constancias del expediente, fallos u obras jurídicas. La autoría de la traducción corresponde a la Srta. Adriana María Villalba Vera, funcionaria del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Cuarta Sala.

Esta es una orden final, apelable. *Ver* Fed. R. App. P. 4(a).

FUNDAMENTOS LEGALES - MEMORÁNDUM

La demandante SACE S.p.A. (“SACE”) es una sociedad anónima italiana que ha planteado la presente demanda a los efectos de ejecutar dos sentencias extranjeras que condenan al pago de sumas de dinero contra la demandada República del Paraguay (“Paraguay”). SACE alega que es titular de todos los derechos establecidos en dos sentencias suizas que condenan al pago de sumas de dinero que son “ejecutables contra Paraguay bajo las leyes de Suiza” (Demanda, ECF N° 1, §§ 12, 16); y ha incoado la presente acción de conformidad con la ley uniforme del distrito de Columbia de 2011 sobre reconocimiento de sentencias extranjeras que condenan al pago de sumas de dinero, (“la ley de reconocimiento D.C.”), Código D.C. §§ 15-361-71, pretendiendo una sentencia de la Corte que se pronuncie en contra de Paraguay, por el monto en dólares equivalente a las sentencias suizas, además de categorías específicas de intereses. (*Ver* demanda, monto solicitado ¶B). De modo significativamente relevante para los propósitos de la causa, la demanda de la SACE sostiene que esta Corte tiene jurisdicción en razón del sujeto para entender en esta acción de ejecución, de conformidad con lo previsto por la ley de inmunidad soberana extranjera (“FSIA” o “la ley”), 28 U.S.C. §§ 1602-11, debido a que Paraguay (un estado extranjero demandado) renunció a su inmunidad soberana respecto de los contratos de empréstito que constituyen la base de las sentencias suizas que condenan al pago de sumas de dinero.

(*Ver* demanda ¶1). *Ver también* 28 U.S.C. § 1605(a) (1) (admitiendo la jurisdicción sobre un estado extranjero en el caso “en que el estado extranjero haya renunciado a su inmunidad, ya sea expresa o implícitamente”).

Se ha presentado ante esta Corte la moción de Paraguay de rechazar la demanda de SACE por falta de jurisdicción en razón del sujeto, de conformidad con la Regla Federal de Procedimiento Civil 12 (b)(1). (Escrito del demandado fundamentando el pedido de rechazo (“memorial del demandado”), ECF N° 13-2.). Entre otras cosas, Paraguay insiste en que no ha habido renuncia válida de la inmunidad soberana de conformidad con lo establecido en la sección 1605 (a)(1) de la FSIA porque SACE no alega, ni puede alegar, que la autoridad paraguaya que supuestamente efectuó una renuncia expresa de las inmunidades soberanas paraguayas estaba efectivamente

LAUDOS

autorizada para hacerlo. (*Ver id.* en 25-35)¹. SACE contesta que la sección 1605 (a)(1) no requiere que una autoridad real sea quien renuncie a la inmunidad soberana de un estado extranjero, y que las circunstancias alegadas en la demanda son suficientes para llegar a una creencia razonable de que el oficial involucrado tenía la autoridad necesaria para efectuar la referida renuncia –esto es–, que los hechos alegados demuestran que hubo autoridad *aparente* para renunciar a las inmunidades soberanas. (Oposición del actor al pedido de rechazo del demandado (“oposición del actor”), ECF N° 16, en 23-30).

Por las razones que se expondrán a continuación, esta Corte concuerda con Paraguay en que la renuncia regulada por la FSIA requiere que sea una autoridad real la que renuncie a la inmunidad soberana del estado extranjero, lo cual se halla indisputablemente ausente en el presente caso. Esta Corte considera además que, incluso si la autoridad aparente fuese suficiente para alcanzar los requisitos de la renuncia en los términos de la FSIA, cualquier convicción de que la autoridad paraguaya en cuestión tenía autoridad para renunciar a la inmunidad soberana paraguaya es irrazonable, dado el hecho de que el agente no era un embajador debidamente acreditado ni estaba investido de poder para actuar en nombre de Paraguay a tal respecto, y que al mismo tiempo estaba notoriamente comprometido por intereses personales cuando efectuó las renunciaciones invocando dicha representación. Consecuentemente, esta Corte concluye que carece de jurisdicción en razón del sujeto para entender en la acción de ejecución promovida por SACE, y por lo tanto, debe HACERSE LUGAR a la moción de Paraguay de rechazar la demanda de SACE. Seguirá una orden por separado, acorde con este memorándum de fundamentación.

I. Antecedentes

A. Antecedentes fácticos

A menos que se diga lo contrario, los hechos que se relatan a continuación corresponden a la demanda de la SACE y a las pruebas adjuntadas.

¹ Las citas de página-número de los documentos que las partes han presentado refieren a los números de página que el sistema electrónico de presentación que la Corte les asigna automáticamente.

(Ver demanda; ver también Exs. de la demanda A – L, ECF N° 1-3 a 1-14). En particular, el relato de los hechos que se expone se basa en gran medida en las dos sentencias de la corte suiza que refieren a las condenas al pago de sumas de dinero que SACE pretende ejecutar en el presente juicio. (Ver sentencia de la Cámara Civil de la Corte de Justicia de Ginebra, 3 de septiembre de 2004, “sentencia suiza de 2004”), Ex. de la demanda A, ECF N° 1-3; sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 30 de septiembre de 2010 (“sentencia suiza de 2010”), Ex. de la demanda C, ECF N° 1-5; ver también demanda¶¶ 7, 11 (incorporando por referencia los hechos enunciados en las sentencias de la corte suiza).

1. Los proyectos de construcción que Paraguay supuestamente autorizó y garantizó

A mediados de la década de 1980, dos compañías privadas paraguayas –Rosi S.A. (“Rosi”) y Compañía Industrial Agroforestal Lapachos de San Isidro S.A. (“Lapachos”)– celebraron contratos de “construcción y suministro” con ciertas compañías italianas, que aceptaron emprender considerables proyectos de construcción en Paraguay. (Ver sentencia suiza de 2004 en 3, 10). Específicamente, en mayo de 1986, Rosi acordó pagar la suma de 25 millones de dólares por la construcción de una fábrica de frutas en conserva (*id.* en 3), y en enero de 1987, Lapachos acordó pagar 50 millones de marcos alemanes por una planta farmacéutica (*id.* en 10). Antes de la celebración del contrato, Rosi aparentemente recibió una carta del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Industria y Comercio de Paraguay en la cual se indicaba que “el gobierno ha considerado que el establecimiento de la fábrica de frutas en conserva es de alta prioridad”. (Sentencia suiza de 2004, en 4)². Ambos contratos establecían específicamente que los pagos multimillonarios en dólares que Rosi y Lapachos debían hacer, serían financiados por un periodo de diez años, mediante un préstamo bancario (Rosi) o un contrato de crédito (Lapachos), que serían ejecutados con instituciones financieras específicas. (Ver *id.* en 3, 10).

Como parte del plan de financiación, un accionista de ambas sociedades, Rosi y Lapachos –un hombre con el nombre de Gustavo Gramont Berres (“Gramont”)– se involucró en la negociación y ejecución de dos acuerdos de

² Esta Corte no fue proveída de una copia de la referida comunicación.

financiación (“NFAs”) que Rosi y Lapachos celebraron con un grupo de bancos organizado por el Overland Trust Banque (“OTB”). (*Id.* en 4-5). Los NFAs estaban sujetos a la ley suiza y fueron la fuente primaria de fondos para los contratos de construcción. (*Id.* en 4, 8 (explicando que el NFA de Rosi, junto con las subsiguientes adendas, cubrían un monto de 46.700.000 francos suizos.); *ver también id.* en 10, 13-14 (advirtiendo que el NFA de Lapachos y los créditos complementarios financiaban un préstamo por el monto de 54.800.000 marcos alemanes))³.

Además, y de considerable importancia en el caso, Gramont también firmó dos “garantías” incondicionales e irrevocables, en representación de la República del Paraguay, a los efectos de garantizar los préstamos acordados con el grupo bancario OTB. (*Ver* garantía de la República del Paraguay, 5 de junio de 1986 (“garantía Rosi”), declaración de Lucio Amoruso (“Amoruso Decl.”) Ex. 1, ECF N° 16-9; garantía de la República de Paraguay, 1 de setiembre de 1987 (“garantía Lapachos”), Amoruso Decl. Ex. 2, ECF N° 16-10.) Gramont firmó la garantía Rosi el 5 de junio de 1986, y la garantía Lapachos el 1 de setiembre de 1987. (*Ver* garantía Rosi en 4; garantía Lapachos en 4; *ver también* sentencia suiza de 2004 en 5, 10). El texto de ambas garantías era sustancialmente similar: Gramont pretendió haber sido “debidamente autorizado” por la “Constitución y la ley paraguaya” para otorgar las garantías de los préstamos de Rosi y Lapachos “en nombre del Estado Paraguayo”. (Garantía Rosi en 2; garantía Lapachos en 2). Así pues, en esencia, Gramont pretendió constituir a Paraguay como garante, respecto del pago de cualquier monto pendiente debido por Rosi o Lapachos al grupo bancario OTB, en virtud de los NFAs. (*Ver* garantía Rosi en 2-3; garantía Lapachos en 2-3). Además, en cada uno de los documentos de garantía, Gramont específicamente mencionó que “todas las disputas que surjan, referentes a los acuerdos y garantías del NFA deberán ser entendidas por las cortes de Suiza, cuya jurisdicción [Paraguay] reconoce irrevocablemente,” y que “[Paraguay] por este medio renuncia expresamente a los privilegios de inmunidad de jurisdicción y al privilegio de ejecución que pueda tener”. (Garantía Rosi en 4; garantía Lapachos en 4).

³ “SFr.” significa franco suizo. “DM” significa marco alemán, que era la moneda oficial en Alemania hasta que el mencionado país adoptara el euro en el año 2002.

Celebrados los contratos de construcción y los acuerdos de financiamiento, OTB contrató con SACE –una agencia italiana que asegura riesgos de exportación– para asegurar a los bancos del grupo contra los riesgos del no pago por parte de Rosi y Lapachos, y el riesgo de no pago por parte de Paraguay en su carácter de garante. (Ver sentencia suiza de 2004 en 6-7, 12). Luego, antes de cada fecha de pago semestral de Rosi, la primera de las cuales estaba fijada para el 12 de marzo de 1990, OTB envió cartas tanto a Rosi como a Paraguay, comenzando en setiembre de 1989, “informandoles sobre el monto del capital e intereses a ser pagados en el siguiente vencimiento” conforme con lo establecido en el NFA de Rosi. (Sentencia suiza de 2010 ¶ 16). Asimismo, OTB remitió cartas a Lapachos y a Paraguay sobre los pagos pendientes de capital e intereses debidos por Lapachos, antes de los vencimientos de cada una de las cuotas semestrales, el primero de los cuales estaba fijado para el 17 de abril de 1991. (Ver sentencia suiza de 2004 en 16).

Sin embargo, cuando las fechas de pago llegaron, tanto Rosi como Lapachos incumplieron su deber de “honrar sus obligaciones de pago”; y por ello, “los bancos contactaron a la República de Paraguay a fin de que cumpla sus obligaciones como garante.” (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, 23 de octubre de 2003, declaración de Ana C. Reyes (“Reyes Decl.”) Ex. 9, ECF N° 13-12, en 7). “Paraguay entonces informó a los bancos... el 11 de setiembre de 1990, que no se consideraba vinculado de manera alguna a los compromisos asumidos por [Gramont] (*id.*), ya su turno, SACE disputó su obligación de seguro respecto de la garantía de Paraguay (*versentencia del Tribunal Federal de Suiza, 20 de agosto de 1998, Reyes Decl. Ex. 11, ECF N° 13-14, en 5*). Y debido a que “las compañías paraguayas Rosi y Lapachos no pagaron las deudas garantizadas, ni la República del Paraguay o SACE honraron las garantías otorgadas”, los bancos iniciaron “procedimientos legales ante la corte de primera instancia en el Cantón de Ginebra” contra Paraguay “con el fin de obtener el pago de las sumas garantizadas,” y en contra de SACE, por una sentencia declarativa que establezca el incumplimiento de Paraguay, para que con ello puedan posteriormente requerir la satisfacción de la deuda a SACE, de conformidad con el contrato de seguro. (*Id.*; *ver también demanda* ¶ 5).

LAUDOS

A ello siguió un largo periodo de litigio, abarcando trámites judiciales en distintas instancias acerca de la impugnación de jurisdicción y del mérito, con varias apelaciones. El 3 de setiembre de 2004, la cámara civil de la Corte de Justicia de Ginebra (“la Corte de Justicia”) falló a favor de los bancos respecto de sus reclamos contra Paraguay, y “ordenó que Paraguay pague un total de 28.018.794 euros y 36.700.000 francos suizos” (*Id.* ¶7)⁴. Entretanto, uno de los bancos que había participado en el préstamo de financiación, pero había retirado sus reclamos legales en el litigio inicial –BNP Paribas, London Branch– “inició un procedimiento independiente contra Paraguay ante las cortes suizas” el 6 de febrero de 2005. (Demanda ¶ 9). El 30 de setiembre de 2010, las cortes suizas dictaron una sentencia en contra de Paraguay y a favor de BNP Paribas por el monto de 10.000.000 francos suizos, más intereses. (*Verid.* ¶ 11; *ver también* sentencia suiza de 2010 en 16).

Los bancos luego acordaron sus pretensiones con SACE en noviembre de 2009, y en el marco de tales transacciones, los bancos cedieron a SACE sus derechos de ejecutar todas las sentencias existentes y futuras contra Paraguay relacionadas con las garantías de Rosi y Lapachos, incluyendo las sentencias emanadas de las cortes suizas dictadas en 2004 y 2010 (*Ver* transacciones, Exs. de la demanda D-L, ECF N° 1-6 a 1-14).

2. El papel de Gramont, su cargo y su presunta autoridad

La moción de rechazar la demanda que Paraguay ha interpuesto en la presente causa se relaciona con el status y la autoridad del individuo que firmó las garantías que aseguraron los préstamos, garantías que constituyen la base de las sentencias suizas de condena al pago de sumas de dinero. Notablemente, como se menciona, Gramont desempeñó múltiples papeles a lo largo de la negociación y ejecución de los contratos de construcción y

⁴ La Corte de Justicia rechazó el reclamo de los bancos contra SACE (sentencia suiza de 2004 en 32-33), y un Tribunal de Apelación luego resolvió “rechazar la apelación final de Paraguay y confirmar la sentencia de la Corte de Justicia” el 31 de mayo de 2005. (Demanda ¶ 8; *ver también* sentencia del Tribunal Federal Suizo, 31 de mayo de 2005, Ex. de la demanda B, ECF No. 1-4, en 13, 27).

acuerdos de financiación que nos ocupan. Como presidente de Rosi y Lapachos, Gramont “era propietario de la mayoría de las acciones de ambas sociedades” junto con su esposa, quien era la vicepresidenta de Rosi. (*Ver* sentencia del Tribunal Federal Suizo, 31 de mayo de 2005, en 9). Además de ello, Gramont era sobrino político de quien en aquel entonces era presidente del Paraguay, Alfredo Stroessner (*ver id.* en 3)⁵, y cuando firmó las garantías de los préstamos de Rosi y Lapachos en nombre de la República de Paraguay, Gramont aparentemente confió en el respaldo de dicha relación, incluyendo un decreto presidencial y ciertos documentos emitidos por el Ministro de Hacienda de Paraguay, como la fuente de su autoridad para actuar en tal sentido. (*Ver id.* en 4).

Específicamente, Gramont había sido designado por su tío político para ocupar el cargo de “cónsul” paraguayo en Ginebra, Suiza, en noviembre de 1979. (Sentencia suiza de 2010 ¶ 1; *ver también* sentencia del Tribunal Federal Suizo, 20 de agosto de 1998, en 15-16 (haciendo notar que la República de Paraguay no tenía un embajador, una embajada, o una misión diplomática en Suiza en aquel momento)). En 1983, el Presidente Stroessner firmó un decreto por el cual se otorgaba a Gramont el título de “embajador en misión especial” (sentencia suiza del 2010 ¶ 2), y de este modo, le confirió “rango suficiente” para “facilitar la gestión de programas de desarrollo” para Paraguay. (*Ver* decreto presidencial N° 39.808 del 27 de mayo de 1983, Amoruso Decl. Ex. 3, ECF N° 16-11, en 2; *pero ver también* sentencia suiza del 2010 ¶ 1 (enfaticando que Gramont “nunca fue acreditado como embajador... en Suiza debido a que el proceso de acreditación nunca fue concluido”)).

Tres años después, el Ministro de Hacienda de Paraguay, Cesar Barrientos, pretendió aclarar el alcance de los poderes y atribuciones oficiales de Gramont en dos documentos. Primero, en una misiva del 22 de mayo de 1986, Barrientos informó a “cualquier institución, organización o individuo nacional o internacional interesado” que como embajador en misión especial en Ginebra, Gramont fue dotado de “amplios poderes”, y tenía la autoridad “no solo de fomentar negociaciones, sino también de recibir y firmar docu-

⁵ Stroessner fue el presidente de la República del Paraguay desde 1954 hasta 1989, cuando por un golpe militar fue derrocado. (*Ver* sentencia suiza de 2010 ¶ 1).

mentos, y de llevar a cabo operaciones relacionadas con la ejecución de programas y proyectos que promuevan” el desarrollo social y económico de Paraguay. (Misiva del Ministro de Hacienda. Amoruso Decl. Ex. 4, ECF N° 16-12, en 2). En segundo lugar, el Ministro de Hacienda emitió una resolución oficial por la cual se encomendaba a Gramont “la administración, presentación y negociación de negocios de financiación para solventar proyectos de inversión para el desarrollo socioeconómico” de Paraguay, y también otorgó a Gramont un poder especial para “firmar por el Ministerio de Hacienda de la República de Paraguay y/o por su gobierno la documentación necesaria” que aquellas negociaciones pudieran requerir. (Resolución N° 1205 del Ministerio de Hacienda, 10 de octubre de 1986, Amoruso Decl. Ex. 5, ECF N° 16-13, en 3). Sin embargo, la resolución también aclaraba expresamente que como “representante diplomático”, Gramont tenía la obligación de “mantener estricto contacto y constante coordinación con el Ministerio” y reportar todas las transacciones pertinentes (*Id.*).

A la larga, las autoridades paraguayas aparentemente consideraron que Gramont no se desempeñó, en la misión que le fue asignada, de una manera aceptable; debido a que el 15 de marzo de 1990, agentes fiscales presentaron una denuncia criminal en la que se acusaba a Gramont de “utilizar instrumentos de deuda inválidos para emitir supuestas ‘garantías’ a favor de instituciones financieras internacionales, respaldándose en el crédito público para pagar deudas privadas” de Rosi y Lapachos, y de “alterar ilegalmente... documentos públicos para dar una apariencia de autenticidad a las supuestas garantías suscriptas por el acusado”. (Sentencia del juzgado paraguayo de primera instancia en lo penal, del 30 de diciembre de 1992, Reyes Decl. Ex. 5, ECF N° 13-8, en 6-7). En 1992, Gramont fue condenado por una corte criminal en Paraguay (*ver id.*) y el 30 de diciembre de 1997, la Corte Suprema de Justicia le condenó a “siete años de prisión por uso de documentos falsificados y abuso de cargo público”. (Sentencia suiza de 2010 ¶ 18)⁶. Acusaciones criminales similares fueron hechas en Suiza,

⁶Gramont fue “absuelto respecto de la acusación de fraude en detrimento del Estado Paraguayo” (sentencia suiza de 2010 ¶ 18), porque, según la interpretación del juzgado de primera instancia en lo penal de Paraguay, “el gobierno no ha sido inducido a... pérdida financiera” porque los “requerimientos legales para que el gobierno paraguayo se comprometa con estas garantías no se han dado” (sentencia del juzgado de primera instancia de Paraguay, en 11-12).

pero Gramont no fue condenado allí, debido en gran parte al hecho de que ya había estado privado de su libertad en Paraguay por el tiempo máximo permitido por la ley suiza. (*Ver id.* ¶ 19).

B. Antecedentes procesales

Como cesionario de los derechos de los bancos de ejecutar las sentencias suizas de condena al pago de sumas de dinero de 2004 y 2010, SACE presentó su demanda ante esta Corte el 1 de julio de 2015. SACE invoca en su demanda la ley de reconocimiento de D.C. y solicita se dicte sentencia por el monto de □ 28.018.794 y 46.715.000 francos suizos (convertidos a dólares americanos al cambio actual), más intereses (calculados desde la sentencia suiza de 2010) e intereses posteriores al juicio. (*Ver* demanda, monto solicitado ¶¶ A–B)⁷. La demanda se refiere brevemente a la historia del litigio entre las partes en el extranjero, y luego menciona que SACE ha adquirido todos los derechos consignados en las sentencias suizas en virtud de las transacciones celebradas. (*Ver id.* ¶¶5-13). SACE reconoce que el “demandado, Paraguay, es un país extranjero” y como tal, es de ordinario titular de la inmunidad soberana correspondiente (*id.* ¶ 4), pero afirma que la excepción de renuncia de 28 U.S.C. § 1605 (a)(1) “se halla satisfecha” en el presente caso; por lo tanto, esta Corte tiene jurisdicción en razón del sujeto para atender la demanda propuesta (*id.* ¶ 1).

1. Moción paraguaya de rechazo

Paraguay ha presentado una moción de rechazo contra las pretensiones de SACE conforme con las reglas federales del proceso civil 12(b)(1), el 21 de enero de 2016. En la moción se argumenta que SACE no ha cumplido con la carga de comprobar la aplicabilidad de la excepción de renuncia prevista en la FSIA, y por lo tanto, Paraguay está dotado de la inmunidad soberana en juicio, por una serie de motivos.

En primer lugar, Paraguay alega que Gramont sólo podía renunciar válidamente a la inmunidad soberana paraguaya, en los términos de la FSIA, si tenía autoridad *real* para efectuar tal renuncia, y la demanda de SACE no alega “que Gramont haya tenido autoridad real— en contraposición

⁷ El símbolo □ significa Euro, que a la fecha es la moneda oficial de 19 de los 28 estados miembros de la Unión Europea.

a una mera autoridad aparente— para renunciar a las inmunidades soberanas de Paraguay”. (*Id.* en 26; *ver también id.* en 30 (explicando que “las cortes suizas no evaluaron si Gramont tenía la autoridad para renunciar a la inmunidad paraguaya al haber considerado que, bajo la ley suiza, Paraguay no tenía inmunidad para sus actos comerciales”). Paraguay insiste en que la demanda de SACE es “claramente deficiente” en la medida en que carece de fundamentos fácticos respecto de si Gramont tenía autoridad real para renunciar a la inmunidad soberana paraguaya (*id.* en 32), y Paraguay también afirma que tales fundamentos fácticos no existen, porque Gramont no tenía autoridad real para renunciar a la inmunidad soberana de Paraguay conforme con las leyes paraguayas (*ver id.* en 32-35).

Paraguay además sostiene que incluso si la FSIA permitiere las demandas contra países extranjeros cuya inmunidad haya sido renunciada por funcionarios con una autoridad meramente *aparente* para efectuar tales renunciaciones, el presupuesto de autoridad aparente no se cumple de acuerdo con las circunstancias del caso, porque “no hubo manifestación alguna del principal (Gobierno de Paraguay) a los terceros (los bancos) de que Gramont tenía autoridad para renunciar a la inmunidad soberana de Paraguay”, lo cual es requerido por el derecho común en materia de representación para argumentar que se estuvo ante una autoridad aparente. (Memorial de la demandada en 36; *ver también id.* en 36-39 (citando la obra *Restatement (Third) of Agency* § 3.03 (2006)); memorial de réplica de la defensa en apoyo de su moción de rechazo (“Def.’s Reply”), ECF N° 19, en 17-18). Al respecto, Paraguay sostiene que ninguno de los decretos o misivas a las que SACE se refiere “autorizó a Gramont a vincular al fisco paraguayo a crédito alguno, y mucho menos a uno en el cual una compañía, propiedad del mismo Gramont, era el deudor primario a ser garantizado”. (Memorial de la defensa en 37). Además, Paraguay sostiene que no puede entenderse que la figura de autoridad aparente se haya dado en el presente caso, porque los bancos claramente fallaron —antes de participar en los NFAs— en “cumplir su deber de investigar acerca de la autoridad de Gramont” para vincular a Paraguay. (*Id.* en 36; *ver también* réplica de la defensa en 13 & n.5).

Además de la crítica a lo alegado en la demanda respecto de la autoridad de Gramont para renunciar a la inmunidad soberana paraguaya, la moción de rechazo de Paraguay también sostiene que SACE debe ser judicialmente impedida de argumentar que Paraguay renunció a su inmunidad

soberana, y que la excepción de renuncia de la FSIA no se aplica en este caso como cuestión de derecho “porque todos los actos relacionados con las sentencias suizas tuvieron lugar fuera de los Estados Unidos”. (Ver memorial de la defensa en 41 (afirmando que sería injusto permitir que la demandante “utilice la validez de las supuestas garantías como una espada” en el presente juicio para sostener un argumento de renuncia, cuando en procesos anteriores, ante las cortes suizas e italianas, se ha permitido a la SACE utilizar “la invalidez de las garantías como un escudo”); ver también *id.* en 42 (“nada en el lenguaje llano de la excepción de renuncia de la FSIA, § 1605 (a)(1), sugiere que el Congreso haya tenido la intención de que mediante esa excepción se otorgue jurisdicción sobre disputas extraterritoriales”).

2. Oposición de SACE a la moción de rechazo

SACE niega vigorosamente haber incumplido su deber de demostrar que la excepción de renuncia a las inmunidades soberanas se ha producido en el presente caso. Antes que nada, SACE rechaza las afirmaciones de que una autoridad real (que admite que Gramont no tenía) es necesaria para vincular a un estado soberano a una renuncia expresa de inmunidades soberanas, y argumenta, en contrapartida, que la autoridad aparente es suficiente. (Ver oposición del demandante en 26-30 (citando *Aquamar, S.A. v. Del Monte Fresh Produce N.A., Inc.*, 179 F. 3d 1279, 1298 (Cir. 11º, 1999); *Jota v. Texaco, Inc.*, 157 F. 3d 153, 163 (Cir. 2º, 1998)). Para demostrar que Gramont tenía una autoridad aparente, SACE argumenta que la ley internacional de relaciones consulares constituye el marco legal aplicable (ver oposición del demandante en 23-26), y afirma que un cónsul debidamente acreditado como Gramont tiene “deberes consulares [que ordinariamente] consisten en promover el desarrollo de relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas (*id.* en 24 (comillas y citas internas omitidas); tiene poder suficiente para negociar con naciones extranjeras (*id.*); y “puede ser autorizado a ejecutar ciertos actos diplomáticos en países donde el estado de origen no tiene embajada” (*id.* (cita omitida)). SACE pone énfasis en el hecho de que las cortes suizas aplicaron estos principios internacionales cuando concluyeron que Gramont tenía autoridad aparente para ejecutar las garantías, y que aquellos mismos principios son igualmente aplicables a la cuestión de si Gramont tenía autoridad aparente para efectuar las renunciaciones de la inmunidad soberana paraguaya con respecto a las obligaciones establecidas por las garantías. (Ver *id.* en 23-26).

SACE también se respalda con firmeza en el decreto presidencial y en las cartas del Ministro de Hacienda, las cuales, según SACE, constituyen prueba bajo la ley internacional y demuestran la aparente autoridad de Gramont de ejercer facultades consulares válidas y firmar documentos para proyectos de desarrollo, como los contratos y acuerdos de financiación de Rosi y Lapachos. (*Ver id.* en 25-26). Dentro del marco alternativo de la ley común de representación, SACE sostiene, primero, que el importante “deber de investigar” que Paraguay invoca es inadecuado (*id.* en 26-27); segundo, que si dicho importante deber se aplica, habría “un conflicto potencialmente determinante entre la ley de Estados Unidos y la ley suiza”, de modo que la “decisión acerca de las normas aplicables pertinentes requerirá que esta Corte aplique” la ley suiza, porque es “la ley de la jurisdicción con la ‘relación más significativa para las partes y la transacción’” (*id.* en 28 (citando la obra *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 292 (1971))); y tercero, que Gramont tenía autoridad aparente para renunciar a la inmunidad soberana paraguaya de conformidad con la ley suiza (*id.* en 29).

Respecto del impedimento judicial invocado por Paraguay, SACE advierte que su anterior posición no prevaleció en ninguno de los procedimientos previos salvo uno, y que abandonó la posición de que las garantías eran inválidas después –y en respuesta– de la decisión final y definitiva de la corte extranjera sobre el punto. (*Id.* en 31-33). SACE sostiene además que la presunción contra la extraterritorialidad no se aplica en las leyes del Congreso que simplemente establecen jurisdicción, como la FSIA (*id.* en 34); que el Congreso pretendió que la disposición de renuncia de la FSIA fuera “una excepción a lo que comúnmente se da [en la FSIA], lo que por lo general requiere alguna forma de contacto con los Estados Unidos” (*id.* en 35 (alteración en el original) (citando *Verlinden B.V. v. Cent. Bank of Nigeria*, 461 U.S. 480, 490 n. 15 (1983))); y que, en cualquier caso, un requisito implícito de la relación interna se cumple porque “SACE ha promovido la presente acción al solo efecto de ejecutar las sentencias de las cortes suizas contra los bienes paraguayos en Estados Unidos” (*Id.* en 36).

La moción de Paraguay ha sido debidamente abordada y está lista para la revisión por parte de esta Corte. (*Ver* memorial de defensa; oposición del demandante; réplica de la defensa).

II. Marco legal y estándar jurídico

A. La ley de inmunidad de soberanía extranjera (FSIA)

La FSIA “constituye la única base para que las Cortes de este país tengan jurisdicción sobre un estado extranjero”. *Argentine Republic v. Amerada HessShipping Co.*, 488 U.S. 428, 443 (1988). La ley “impide a las Cortes federales y estatales ejercer su jurisdicción cuando un estado extranjero *tiene* derecho a la inmunidad, y... [también] confiere jurisdicción a las Cortes de distrito para atender juicios... cuando un estado extranjero *no tiene* derecho a la inmunidad”. *Id.* en 434 (énfasis en el original)⁸. Debido a la protección que la FSIA otorga, “el estado soberano extranjero tiene ‘inmunidad respecto del juicio y de las cargas respectivas del litigio... y no sólo una defensa sobre el fondo.’” *Youming Jin v. Ministry of State Sec.*, 475F Supp. 2d 54, 61 (D.D.C. 2007) (alteración en el original) (citando *Phoenix Consulting Inc. v. Republic of Angola*, 216 F. 3d 36, 39 (D.C. Cir. 2000)). “A los efectos de preservar el pleno alcance de tal inmunidad, la Corte del distrito debe tomar una decisión preliminar crítica respecto de su propia jurisdicción, decisión que debe ser tomada tan temprano como sea posible en el litigio; ignorar la cuestión implicaría frustrar el significado y el beneficio del derecho a la inmunidad de juicio”. *Phoenix Consulting*, 216 F. 3d en 39 (comillas y citas internas omitidas).

“La FSIA establece un marco específico para determinar si un estado soberano tiene inmunidad en juicio, y consecuentemente, si la Corte del distrito tiene jurisdicción”. *Id.*; *ver también Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, 610 (1992) (“La [FSIA] establece un marco global para determinar si una corte de este país, estatal o federal, tiene jurisdicción sobre un estado soberano”). En resumidas cuentas, un estado extranjero es “presuntamente inmune a la jurisdicción de las Cortes de los Estados Unidos, salvo que resulte aplicable una excepción específica al respecto”. *TJGEM LLC v. Republic of Ghana*, 26 F. Supp. 3d 1, 7-8 (D.D.C. 2013) (citando *Saudi Arabia v. Nelson*, 507 U.S. 349, 355 (1993), *confirmado*, N° 14-

⁸ “Si el proceso ha sido tramitado bajo [28 U.S.C.]§ 1608, existe jurisdicción personal sobre un estado extranjero para cada demanda en la que la corte tenga jurisdicción en razón del sujeto”. *Price v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F. 3d 82, 89 (D.C. Cir. 2002) (citando 28 U.S.C. § 1330 (b)).

LAUDOS

7036, 2015 WL 3653187 (D.C. Cir. 9 de junio de 2015); *ver también* 28 U.S.C. §§1604-07 (estableciendo que un “país extranjero debe ser inmune a la jurisdicción de las Cortes de los Estados Unidos” excepto en el caso específico de excepciones establecidas por la ley). Si un estado soberano demandado presenta una moción de rechazo invocando la defensa de la inmunidad soberana, “el demandante tiene la carga de probar que la [presunción] no debe aplicarse, demostrando que existe una excepción válida”. *Bell Helicopter Textron, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 734 F. 3d 1175, 1183 (Cir. D.C. 2013). Una vez que ello se haya comprobado, “el soberano tiene la carga de demostrar que la excepción no debe aplicarse”. *Id.*

En el caso que nos ocupa, en contestación a la solicitud paraguaya del reconocimiento de su inmunidad, SACE presenta solamente la excepción de “renuncia” a la inmunidad soberana, 28 U.S.C. §1605 (a)(1), que en la parte relevante, establece cuanto sigue:

Un estado extranjero no debe ser inmune a la jurisdicción de las Cortes de los Estados Unidos o de los Estados en cualquier caso... en el que el Estado extranjero haya renunciado a su inmunidad ya sea expresa o implícitamente, no obstante, el retiro de la renuncia que el estado extranjero pueda intentar.

Id. SACE afirma que en ambas garantías se renuncia expresamente a la inmunidad soberana. (Oposición del demandante en 16; *ver también* garantía Rosi en 4; garantía Lapachos en 4.)

Al abordar la cuestión de la renuncia expresa a la inmunidad soberana de un país extranjero en los términos de la FSIA, la jurisprudencia ha sido clara al establecer que “un estado soberano no renuncia a su inmunidad salvo que haya expresado clara e inequívocamente que lo hace.” *World Wide Minerals, Ltd. v. Republic of Kazakhstan*, 296 F. 3d 1154, 1162 (Cir. D.C. 2002) (cita omitida). Además, la renuncia a la inmunidad soberana debió haberse efectuado por alguien con autoridad suficiente, o –a lo sumo y en el peor de los casos– con autoridad aparente, para actuar en nombre de un estado extranjero soberano respecto de tal renuncia. *Ver Doe I v. State of Israel*, 400 F. Supp. 2d 86, 104 (D.D.C. 2005) (La Corte entiende que la soberanía extranjera es una ficción legal, en la medida en que dichos estados solo pueden actuar a través de sus funcionarios”); *ver también Oster v. Re-*

public of S. Africa, 530 F. Supp. 2d 92, 100 (D.D.C. 2007) (“Los estados soberanos pueden ser considerados responsables de los actos de un individuo si ese individuo actúa como como un funcionario competente y si su conducta se encuadra en una de las excepciones de inmunidad previstas en la FSIA.”), *confirmada con el nombre Oster v. Gov’t of Republic of S. Africa*, 298 F App’x 6 (Cir. D.C. 2008)⁹.

Cuando no se controvierte que el demandado es un “estado extranjero” y que en los términos de la ley debe ser inmune a la demanda (*ver, e.g.,* demanda ¶4 (concediendo que “Paraguay, el demandado, es un estado extranjero”)), “una corte de distrito debe revisar lo alegado en la demanda, los hechos no controvertidos, si los hubiere, que se le hubieran presentado por las partes, y –si la actora se presenta con evidencia suficiente cumpliendo con su carga de probar la excepción– resolver cuestiones de hecho controvertidas, debiendo el estado extranjero demandado asumir la carga de persuadir de sus argumentos”, *Robinson v. Gov.’t of Malaysia*, 269 F. 3d 133, 141 (Cir. 2ª 2001) (cita omitida).

B. Mociones de aplicación del artículo 12 (b)(1) en los casos de FSIA

El criterio establecido para el análisis de una moción de rechazo al abrigo de la norma 12(b)(1) en casos que conlleven la aplicación de la FSIA es un criterio con matices. “Promoviendo la moción de rechazo, el demandado puede controvertir tanto [1] el asidero legal” de lo alegado en la demanda “o [2] la situación fáctica subyacente a la excepción” sobre la cual se basa el actor; o bien ambos aspectos. *Phoenix Consulting*, 216 F. 3d en 40. “Una controversia respecto del alcance de las alegaciones consiste en atacar ‘las alegaciones de la demanda’ ‘sobre la base de la demanda’, mientras que una controversia fáctica está dirigida a los hechos relatados en la demanda.”

⁹ El circuito de D.C. aún tiene que determinar si se requiere la autoridad *real* o una mera autoridad aparente a los efectos de renunciar a la inmunidad soberana en los términos de la FSIA. Como se explicará más adelante, esta Corte comparte el criterio de la mayoría de las cortes de circuito que han abordado la cuestión de una autoridad representativa en el marco de la excepción de la FSIA, y por las razones expuestas en el apartado III. A., *infra*, concluye que la autoridad real es un requisito para satisfacer la excepción de renuncia en los términos de la FSIA.

Al-Owhali v. Ashcroft, 279 F. Supp. 2d 13, 20 (D.D.C. 2003) (citando *Loughlin v. United States*, 230 F. Supp. 2d 26, 35-36 (D.D.C. 2002)).

Al respecto, el modo en que la Corte del distrito debe abordar la moción de rechazo “depende de si la moción se presenta como una controversia sobre el alcance de las alegaciones o sobre los hechos en sí mismos”. *Phoenix Consulting*, 216 F. 3d en 40. Cuando el demandado plantea una controversia sobre el alcance de los hechos alegados, “la corte debe tener como verdadero lo alegado en la demanda y debe interpretar las alegaciones fácticas allí contenidas en la forma más favorable para la contraparte”, *Erby v. United States*, 424 F. Supp. 2d 180, 182 (D.D.C. 2006) (citas omitidas), tal como se daría en un caso de moción de rechazo opuesta al amparo del artículo 12 (b) (6), *ver Price v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya*, 294 F.3d 82, 93 (Cir. D.C. 2002) (notando que el estándar respecto del alcance de las alegaciones en el marco de la jurisdicción en razón del sujeto “es similar al que contempla el artículo 12 (b) (6)”). Para prevalecer sobre una impugnación relativa al alcance de las alegaciones, lo postulado en la demanda, “si es verdadero, debe demostrar que la conducta del demandado se encuadra dentro de por lo menos una excepción de inmunidad soberana de la FSIA”. *Agrocomplect, AD v. Republic of Iraq*, 524 F. Supp. 2d 16, 21 n.8 (D.D.C. 2007).

Por otro lado, cuando el demandado plantea una impugnación sobre los hechos relatados en la demanda, la Corte “debe considerar cuestiones más allá de lo alegado” a los efectos de determinar si tiene o no jurisdicción en razón del sujeto para entender en las pretensiones propuestas, *Jerome Stevens Pharms., Inc. v. FDA*, 402 F. 3d 1249, 1253 (Cir. D.C. 2005) (cita omitida), tal como se daría en un caso de moción de rechazo invocada bajo el artículo 12 (b) (1). “El demandante tiene la carga de establecer los elementos fácticos relevantes para la jurisdicción a través de la convicción de la prueba”, *Erby*, 424 F. Supp. 2d en 182 (citando *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555, 561 (1992)) (otras citas omitidas), y en la medida en que la jurisdicción depende de proposiciones fácticas independientes del mérito, el demandante debe presentar pruebas conducentes, ante la oposición del demandado”, *De Csepel v. Republic of Hungary*, 808 F. Supp. 2d 113, 127 (D.D.C. 2011), revocada parcialmente por otros motivos, 714 F. 3d 591 (Cir. D.C. 2013). Sin embargo, “a efectos netamente fácticos en el marco de la FSIA..., ello constituye puramente la carga de producir prueba; la carga de la persuasión pesa sobre el estado soberano que reclama su inmunidad, que

debe establecer la ausencia de base fáctica con argumentos convincentes.” *Id.* en 127-28 (comillas y citas internas omitidas).

III. Análisis

Los memoriales que SACE y Paraguay han presentado con respecto a la moción de rechazo presentada por Paraguay, abordan ambos tipos de impugnación, la que se refiere al alcance de las alegaciones y la relativa a los hechos contenidos en la demanda de SACE. Según Paraguay, la primera deficiencia en la alegación reside en el hecho de que la demanda de SACE no se refiere a la autoridad real de Gramont para renunciar a la inmunidad soberana paraguaya; Paraguay alega que tal defecto es fatal debido a que la renuncia, en los términos de la FSIA, solo puede ser válida si el agente que pretende emitir la renuncia de inmunidad del estado soberano efectivamente posee la autoridad real para hacerlo. (Memorial de la defensa en 26-30). En su contestación, SACE no controvertió el hecho de que Gramont carecía de autoridad real para otorgar las garantías y las renunciaciones explícitas de inmunidad soberana. (*Ver* transcripción de la audiencia en 46)¹⁰.

Sin embargo, SACE sostiene que no se requiere autoridad real para renunciar a la inmunidad soberana en los términos de la FSIA; al contrario,

¹⁰ SACE confirmó su posición en la audiencia sobre la moción durante el siguiente diálogo:

LA CORTE: ¿Es verdad que el Sr. Gramont no tenía autoridad real en las circunstancias dadas en el caso?

ABOGADOS DEL DEMANDANTE: No sostenemos que el Sr. Gramont Berres haya tenido autoridad real.

Transcripción de la audiencia en 46. Así pues, surge que SACE aceptó la realidad de que ninguna corte –ni siquiera las cortes suizas– ha concluido que Gramont efectivamente tenía autoridad para otorgar las garantías en nombre de Paraguay. De hecho, como Paraguay lo hace notar en su escrito de moción de rechazo, la corte de apelación que revisó el fallo suizo de 2004 mencionó que “era *imposible afirmar*” que Gramont tenía autoridad real “basándose en la información contenida en la sentencia de la corte”. (Memorial de la defensa en 30 (énfasis agregado; alteración en el original) citando la sentencia del Tribunal Federal Suizo en 16.) Del mismo modo, la sentencia suiza de 2010 reconoció que se probó que los “documentos... que supuestamente otorgaban autoridad a Gramont ‘no abarcaban las garantías en cuestión’”. (*Id.* (citando la sentencia suiza de 2010 en 12)).

según SACE, la autoridad aparente es legalmente suficiente, y las pruebas arrojadas –específicamente, el decreto presidencial de mayo de 1983, la carta del Ministro de Hacienda de mayo de 1986, y la resolución del Ministerio de Hacienda de octubre de 1986– demuestran que era razonable que los bancos consideren que Gramont tenía autoridad para vincular a Paraguay y para renunciar a su inmunidad respecto del pago de las deudas. (*Ver* oposición del demandante en 23-30). La impugnación de Paraguay respecto de la situación fáctica contra la demanda de SACE, surge en respuesta a la cuestión –alegada por SACE– de que lo arrojado al expediente demuestra que Gramont tenía autoridad aparente para otorgar las garantías: al contrario, para Paraguay “ninguno de los documentos referidos en las sentencias suizas indica que Gramont haya sido investido de algún poder o autoridad especial para renunciar a la inmunidad del estado”, y ninguno de los hechos alegados respecto de la financiación de los proyectos de construcción ni el otorgamiento de las garantías “hubieran significado para los bancos un argumento para creer que Gramont tenía autoridad para renunciar a la inmunidad paraguaya” (Memorial de la defensa en 36).

Por las razones que se expondrán con detenimiento más adelante, esta Corte concuerda con Paraguay en el sentido de que es necesaria una autoridad real para que un agente pueda efectuar una renuncia válida de la inmunidad soberana de un estado extranjero en los términos de la FSIA – conclusión que resuelve el presente caso, debido a que incluso SACE admite que no había autoridad competente en el caso. Alternativamente, incluso si la FSIA hubiera permitido renunciadas a la inmunidad soberana efectuadas por un funcionario con autoridad meramente aparente, esta Corte considera que SACE no ha demostrado que Gramont haya tenido autoridad aparente para renunciar a la inmunidad paraguaya, bajo las circunstancias que se dan en el presente caso. Por ello, esta Corte concluye que la demanda de SACE debe ser rechazada debido a que la corte carece de jurisdicción en razón del sujeto para entender en el juicio de ejecución de sentencias suizas de condena al pago de sumas de dinero, planteado por SACE contra Paraguay.

A. Gramont requería (pero, como se admitió, no tenía) autoridad real para renunciar a la inmunidad soberana de Paraguay en los términos de la FSIA.

Como se ha explicado, Paraguay sostiene que “un funcionario debe haber sido investido de autoridad real por el estado extranjero –y no basta una mera autoridad aparente– para invocar una excepción a la aplicación de la FSIA” (memorial del demandado en 27 (énfasis en original)), mientras que SACE afirma que la autoridad aparente es suficiente (oposición del actor en 29-30). La determinación acerca de si la FSIA requiere autoridad real o aparente constituye una cuestión de interpretación legal. *Ver, e.g., Asociación de Reclamantes v. United Mexican States*, 735 F. 2d 1517, 1521 (Cir. D.C. 1984) (explicando que, al momento de plantear una excepción de inmunidad en el marco de la FSIA, es deber de la Corte “realizar una interpretación del lenguaje utilizado a los efectos de determinar a qué se refirió el Congreso en esta norma en particular”). Y la cuestión es debatible porque la parte pertinente de la FSIA solo establece que “*el país extranjero*” debe “haber renunciado a su inmunidad ya sea expresa o implícitamente,” 28 U.S.C. § 1605 (a) (1) (énfasis agregado); *ver también* 28 U.S.C. § 1603 (a) (definiendo al “estado extranjero” en términos generales, de manera que implica “una subdivisión política de un país extranjero o una representación o incluso mediación de un país extranjero”), pero no especifica si un funcionario extranjero debe tener una autorización de su estado para participar en un acto que implique una excepción de la FSIA respecto a la inmunidad soberana del estado; ni se refiere a la cuestión de si un funcionario no competente puede comprometer al estado extranjero en los términos de una excepción de la FSIA si dicho funcionario *aparenta* estar autorizado.

Al Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia aún le queda por abordar el alcance del término “estado extranjero” en lo que respecta a lo dispuesto en la FSIA sobre renunciaciones (sección 1605 (a) (1)); esto es, no existen precedentes vinculantes en esta jurisdicción acerca de si el término mencionado implica solo a los funcionarios, subdivisiones y mediaciones que el estado extranjero haya efectivamente autorizado a los efectos de renunciar a las inmunidades soberanas, o si también incluye a aquellos que meramente aparentan tener tal autoridad para renunciar. Pero varios otros distritos han ya abordado la cuestión específica de la autoridad efectivamente competente vs. la autoridad aparente interpretando el término, similarmente utilizado, de “estado extranjero” en el marco de la excepción de

LAUDOS

“actividad comercial” de la FSIA, *ver* 28 U.S.C. § 1605 (a) (2), y como se explicará, la mayoría de ellos ha sostenido que una autoridad real es necesaria para invocar la excepción de la FSIA en cuestión.

1. El análisis legal mayoritario de la excepción de “actividad comercial” de la FSIA es instructivo

Al igual que la excepción de renuncia que se estudia, la excepción de actividad comercial de la FSIA está basada en ciertas conductas del “estado extranjero”:

Un estado extranjero no debe ser inmune a la jurisdicción de las Cortes de los Estados Unidos o de los Estados, en cualquier caso—

...

(2) en que la acción consista en una actividad comercial llevada a cabo en los Estados Unidos por el estado extranjero; o en un acto realizado en los Estados Unidos en relación con una actividad comercial del país extranjero en otro sitio; o en un acto llevado a cabo fuera del territorio de los Estados Unidos en relación con una actividad comercial del estado extranjero en otro sitio, siempre que el acto cause efectos directos en los Estados Unidos.

28 U.S.C § 1605 (a) (2). Al tiempo de interpretar esta excepción, las Cortes se han basado en el “arraigado” derecho federal de la inmunidad soberana derivada en Estados Unidos, que dispone “que los contratantes y los agentes del derecho común que actúan conforme al alcance de su función para los Estados Unidos tienen inmunidad soberana derivada” porque se considera que están actuando en nombre del soberano, y también se han respaldado en el corolario de dicha norma: “los actos del agente que sobrepasen los poderes que le han sido otorgados no son vinculantes para el gobierno”. *Velasco v. Gov’t of Indon.*, 370 F. 3d 392, 399 (Cir. 4º 2004) (énfasis agregado; comillas y citas internas omitidas); *ver también Larsen v. Domestic & Foreign Commerce Corp.*, 337 U.S. 682, 689 (1949) (“Cuando los poderes del funcionario estén limitados por ley, las acciones que sobrepasen aquellas limitaciones son consideradas como individuales y no como acciones soberanas. El funcionario no está llevando a cabo el negocio que el estado le ha encomendado o lo está haciendo en una manera prohibida por el estado”).

FALLOS INTERNACIONALES

En consecuencia, los tribunales de los circuitos cuarto, quinto y noveno han concluido que “la excepción de actividad comercial puede ser invocada en contra del estado soberano sólo cuando los funcionarios tengan autoridad real”. *Velasco*, 370 F. 3d en 400; *ver también Phaneuf v. Repub. of Indon.*, 106 F. 3d 302, 307-08 (Cir. 9º 1997) (sosteniendo, en un caso en el que “funcionarios de un gobierno extranjero excedieron el alcance de sus autoridades al momento de emitir y certificar la validez de ciertos pagarés”, que “si el estado extranjero no ha dotado de poderes suficientes a su funcionario para actuar, las actuaciones no autorizadas efectuadas por tal funcionario no le pueden ser atribuidas al estado extranjero”); *Dale v. Colagiovanni*, 443 F. 3d 425, 429 (Cir. 5º 2006) (“Concordamos con los tribunales de los circuitos cuarto y noveno en que los actos de un funcionario llevados a cabo con una autoridad aparente son insuficientes para configurar la excepción de actividad comercial de la FSIA”). Jurisprudencia convincente de dicho distrito sostiene, en el mismo sentido, la postura de que es necesaria una autoridad real en lo que respecta a la cuestión de la excepción de actividad comercial de la FSIA. *Ver TJGEM LLC*, 26 F. Supp. 3d en 10 & nn. 5-6 (rechazando la teoría de la autoridad aparente y concluyendo que la excepción de actividad comercial de la FSIA no puede ser aplicada si la actora se basa en la conducta de un funcionario que no había sido dotado de autoridad real); *cf. Red Lake Band of Chippewa Indians v. U.S. Dep’t of Interior*, 624 F. Supp. 2d 1, 19 (D.D.C. 2009) (“Los contratos celebrados por funcionarios del gobierno que carecen de autoridad para vincular al gobierno de los Estados Unidos no son coactivamente exigibles”).

Esta Corte no ve razón por la cual el término “estado extranjero”, tal como aparece en la disposición de renuncia de la FSIA, deba ser interpretado de manera distinta. Es un “principio general de interpretación de la ley” que “a las palabras o frases idénticas en la misma ley se les debe dar normalmente el mismo significado”. *Powerex Corp. v. Reliant Energy Servs., Inc.*, 551 U.S. 224, 232 (2007); *ver también Samantar v. Yousuf*, 560 U.S. 305, 319 (2010) (“No interpretamos las frases de la ley aisladamente; leemos las leyes como un conjunto”. (Segunda alteración en el original) (Comillas y citas internas omitidas)). SACE no ha argumentado que el Congreso haya tenido la intención de darle un significado distinto al término “estado extranjero” en la sección 1605 (a) (1) (la excepción de renuncia) y en la sección 1605 (a) (2) (la excepción de actividad comercial), ni sería sencillo distinguir entre estas dos excepciones de la FSIA en el sentido expuesto, porque el

mismo fundamento que sostiene el requisito de la autoridad competente respecto de la actividad comercial de un gobierno extranjero se aplica a las renunciaciones, y tal vez se aplica *aún más*, dado que la renuncia a la inmunidad soberana se traduce directamente en la voluntad de un estado soberano extranjero de someterse a la jurisdicción de las cortes de otro país. Dicho de otra manera, la autoridad actual es de especial relevancia cuando el acto particular efectuado por un representante, supuestamente en nombre del gobierno extranjero, es de naturaleza pública o soberana –tal como lo es el acto de renuncia a la inmunidad soberana de un gobierno, *ver Themis Capital, LLC v. Dem. Rep. Congo*, 881 F. Supp. 2d 508, 523 (S.D.N.Y. 2012) (explicando que las “acciones que someten a los soberanos extranjeros a la jurisdicción y autoridad de las Cortes de los Estados Unidos,... tal como las renunciaciones a la inmunidad soberana conforme con la FSIA, son actos públicos”) – y si una renuncia expresa va a constituir la base para desvirtuar la presunción de la inmunidad soberana que la FSIA proporciona, es razonable esperar que la fuerza vinculante que tenga el funcionario extranjero para efectuar la renuncia esté debidamente establecida. *Cf. World Wide Minerals, Ltd.*, 296 F. 3d en 1162 (requiriendo que un estado extranjero debe haber expresado “clara e inequívocamente” su intención de renunciar a la inmunidad soberana).

Es por las razones expuestas que la posición contraria del tribunal del segundo circuito, respecto de la cuestión de la autoridad aparente vs. la autoridad real, no es convincente. De hecho, el tribunal del segundo circuito ha sostenido que la mera autoridad aparente de un funcionario que actúa en nombre del estado puede ser suficiente para vincular al país extranjero en los términos de la excepción de actividad comercial de la FSIA. *Ver First Fid. Bank, N.A. v. Gov't of Antigua and Barbuda-Permanent Mission*, 877 F. 2d 189, 193 (Cir. 2º 1989). Pero dicho tribunal también ha reconocido que “es posible que las personas que comprometen a los gobiernos actúen sin hacerlo en nombre del gobierno”, *“Republic of Iraq v. ABB AG*, 290 F. Supp. 2d 517, 537 (S.D.N.Y. 2013), *confirmada*, 768 F. 3d 145 (Cir. 2º 2014), y ha disminuido el alcance de lo dicho en *First Fidelity* en el sentido de “permitir que una autoridad aparente vincule a un estado involucrado en actos de comercio privados, pero exigir que se trate de una autoridad real al tiempo de vincular a un soberano involucrado en actividad [comercial] pública”, *id.* (énfasis agregado); *ver también Themis Capital, LLC*, 881 F. Supp. 2d en 523 (intentando unificar las diversas decisiones del tribunal del circuito,

respecto de la excepción de actividad comercial, teniendo en cuenta que “cuando la cuestión se trata de un acto público efectuado por un funcionario del gobierno”, las cortes requieren la acreditación de la competencia real de la autoridad que la invoca, pero “cuando la cuestión se trata de un acto privado efectuado por un funcionario del gobierno, las cortes han hecho lugar a los reclamos en los casos de autoridad aparente”). Así, no queda claro si el segundo circuito permitiría que el criterio de la autoridad aparente predomine con respecto a la renuncia expresa de inmunidad soberana efectuada por un supuesto funcionario en nombre del estado extranjero, lo cual, inquestionablemente, se califica como acto público.

Todo esto significa que el peso de la jurisprudencia respecto de la excepción de actividad comercial de la FSIA sostiene que la desaparición de la inmunidad soberana solo tiene lugar cuando el funcionario del estado extranjero tiene autoridad real para comprometerse en las actividades comerciales que lleven, según la ley, a dicho resultado. Y debido a que esta Corte no advierte diferencia conceptual entre el funcionario del “estado extranjero” al que el Congreso se refiere en la excepción de actividad comercial, *ver* 28 U.S.C § 1605 (a) (2), y el funcionario del “estado extranjero” que debe, clara e inequívocamente, renunciar a la inmunidad soberana del estado extranjero en los términos de la excepción de renuncia, *id.* § 1605 (a) (1), la Corte disiente con el argumento de SACE de que una autoridad aparente es suficiente para provocar la excepción de renuncia a la presunción de inmunidad que la FSIA otorga.

2. Los casos en los que se sugiere que la autoridad aparente es suficiente son claramente distinguibles, y el requisito de la autoridad competente es coherente con los principios del derecho internacional

Impertérrito, SACE señala las opiniones de los tribunales de los circuitos segundo y décimo primero en *Jota v. Texaco*, 157 F. 3d 153 (2d Cir. 1998), y *Aquamar S.A. v. Del Monte Fresh Produce N.A., Inc.*, 179 F. 3d 1279 (Cir. 11º 1999), que analizan la cuestión de la autoridad aparente vs. la autoridad real en el marco de la excepción de renuncia de la FSIA. (*Ver* oposición del demandante en 30.) Pero estos casos no permiten alcanzar un resultado distinto. En *Aquamar*, el tribunal del circuito décimo primero analizó si en ausencia de circunstancias extraordinarias, un intento de renuncia de inmunidad soberana emitido por “la autoridad superior de una misión

diplomática debidamente acreditada (*como un embajador*)” en el contexto de un *proceso judicial* debe ser considerado suficiente para configurar una excepción de renuncia de la FSIA. *Aquamar*, 179 F. 3d en 1295 (énfasis agregado) (notas al pie omitidas). A pesar de que los funcionarios diplomáticos que actuaron como representantes ante los tribunales no estaban debidamente autorizados por el estado extranjero, el tribunal del circuito décimo primero resolvió que a la luz de los poderes internacionalmente reconocidos de los embajadores, las Cortes de los Estados Unidos pueden confiar razonablemente en que la debida designación por parte del estado extranjero en una posición de dicha relevancia, implica la presunción de que dicho individuo tiene autoridad de renunciar a la inmunidad soberana en procesos judiciales. *Id.* en 1294; *ver también id.* en 1295, 1296 (basándose en las proposiciones del derecho internacional consuetudinario que establecen que “un diplomático representante de un estado soberano posee funciones y poderes extraordinarios” y que “las atribuciones de un embajador contemplan la autoridad para representar la posición de su país ante tribunales extranjeros”); *GDG Acquisitions LLC v. Gov.’t of Belize*, No. 16-12397, 2017 WL 766915, en *6 (Cir. 11º 28 de febrero de 2017) (sosteniendo que *Aquamar* no se aplica a los casos que “no impliquen las actuaciones de un embajador”). El agente que pretendió actuar en nombre de un estado extranjero en el proceso judicial debatido en *Jota* también era un embajador, y debido a “la facultad tradicional de los embajadores de representar los intereses del estado ante cortes extranjeras”, el tribunal del segundo circuito resolvió que la Corte del distrito está “autorizada a confiar en esa representación, salvo que haya sabido que carecía de tales facultades”. *Ver Jota*, 157 F. 3d en 163; *ver también Themis Capital, LLC*, 881 F. Supp. 2d en 525 n.6 (explicando que *Aquamar* y *Jota* “consideraron que la autoridad aparente era suficiente para admitir... renuncias a la inmunidad soberana... por embajadores extranjeros, atendiendo a la facultad tradicional de los embajadores de representar los intereses del estado ante las cortes extranjeras” (comillas y citas internas omitidas)).

En ninguno de los dos casos se sostiene que la autoridad aparente es *siempre* suficiente para que la renuncia a la inmunidad soberana sea vinculante en cualquier contexto. Y tampoco los fundamentos se extienden más allá de la mera proposición de que un individuo con el rango de embajador aparenta razonablemente tener la facultad de representar los intereses del estado extranjero soberano en procesos legales, y ciertamente no imponen

la conclusión de que una autoridad aparente es todo lo que se requiere para vincular a un estado extranjero a una renuncia expresa de inmunidad soberana que está unida a una garantía financiera firmada por un cónsul. Así, esta Corte concuerda con Paraguay en que los pocos casos que sugieren que una autoridad aparente puede ser suficiente para renunciar a una inmunidad soberana en ciertas circunstancias, no resultan aplicables al presente caso. (Réplica de la defensa en 14-16).

Por el contrario, la excepción de renuncia de la FSIA evidencia claramente la intención del Congreso de requerir que “el estado extranjero” actúe, y cuando esa disposición es considerada a la luz de la ley como un conjunto, la mejor interpretación consiste en considerar que se refiere solo a aquellos representantes que están debidamente autorizados para actuar en nombre del estado. Ver *Phaneuf*, 106 F. 3d en 307-08 (razonando, basado en el llano texto de la ley, que “si el estado extranjero no ha dotado de poderes a su funcionario para actuar, el acto del funcionario no autorizado” no corresponde “al estado extranjero” y por lo tanto, “no puede ser atribuido al estado extranjero” (énfasis en el original)); ver también *Transamerica Leasing, Inc. v. La República de Venezuela*, 200 F. 3d 843, 850 (Cir. D.C. 2000) (expresando “dudas... que en un caso de mera autoridad aparente” ello sea suficiente para atribuir los actos al estado extranjero); cf. *Mar. Int’l Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, 693 F 2d 1094, 1107 (Cir. D.C. 1982) (“Hemos dicho que las actuaciones [de un funcionario]... no pueden implicar una renuncia de la inmunidad [soberana] si el país [soberano] no lo ha autorizado”). En otras palabras, la FSIA “indica inequívocamente que solo los actos oficiales, i.e., los actos efectivamente autorizados por el “estado extranjero”, pueden implicar una excepción de [renuncia]” (memorial de la demandada en 28), y que “si el Congreso hubiera tenido la intención de hacer que los actos de un funcionario que actuó sin autoridad vinculen al estado extranjero en los términos de la [excepción de renuncia], podría y debería haberlo legislado así” (*id.* en 28-29).

Además, incluso si la expresión “el estado extranjero”, en los términos de la norma de la renuncia de la FSIA es considerada ambigua, esta Corte debe interpretar la expresión restrictivamente y de manera que “evite injerencias irrazonables en la autoridad soberana de las naciones”, *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 164 (2004), y también de modo concordante con los principios del derecho internacional. En efecto,

cuando el Congreso promulgó la FSIA, tuvo la intención específica de crear un “régimen legal que incorpore principios reconocidos por el derecho internacional”. H.R. Rep. N° 94-1487, en 14 (1976), *reimpreso en 1976 U.S.C.C.A.N 6604, 6613*. Y la SACE no ha empleado mayores esfuerzos para argumentar en contra del entendimiento de esta Corte relativo a que los principios básicos de derecho internacional también sostienen que una autoridad aparente no es suficiente para renunciar a una inmunidad soberana. *Ver, e.g., Hazel Fox, The Law of State Immunity 267 (2002)* (explicando que conforme con los principios del derecho internacional, “el consentimiento, ya sea expreso o implícito, debe ser del Estado; el consentimiento a la jurisdicción o renuncia a la inmunidad por un representante del Estado, debe ser autorizado por el Estado”).

Por todas las razones expuestas, esta Corte concluye que la frase “estado extranjero”, que aparece en 28 U.S.C. §1605 (a) (1), se refiere únicamente a los funcionarios de los estados extranjeros que están *efectivamente* autorizados a renunciar a la inmunidad soberana. No se controvierte que Gramont no tenía autoridad real para actuar en nombre de Paraguay al tiempo en el que otorgó las garantías por los préstamos de sus empresas privadas, las cuales contenían supuestas renunciaciones a la inmunidad soberana; por lo tanto, SACE no ha satisfecho su carga de probar que la excepción de renuncia resulta aplicable a este caso. En consecuencia, esta Corte carece de jurisdicción en razón del sujeto para entender la demanda promovida por SACE, y la misma debe ser rechazada.

B. La autoridad aparente también está ausente de acuerdo a las circunstancias de este caso

Dejando de lado el requerimiento legal de que un funcionario que pretenda renunciar a la inmunidad del estado soberano en los términos de la FSIA debe contar con autoridad competente (lo cual, de por sí, resuelve el presente caso), también resulta claro para esta Corte que los hechos y circunstancias alegados en la demanda y en los documentos acompañados demuestran que Gramont carecía incluso de autoridad *aparente* para renunciar a la inmunidad soberana de Paraguay por medio de las garantías que emitió, y por lo tanto, la impugnación a los hechos opuesta por Paraguay contra lo relatado en la demanda de la SACE también procede. “La autoridad aparente consiste en el poder que tiene el funcionario u otro sujeto para intervenir en las relaciones del principal con terceros, cuando el tercero

tiene la razonable convicción de que la persona tiene la autoridad debida para actuar en nombre del principal y que aquella convicción surge de las manifestaciones del principal”. Restatement (Third) of Agency § 2.03; *ver también Arriaga v. Fla. PacFarms, L.L.C.*, 305 F. 3d 1228, 1245 (Cir. 11^o 2002) (“Cuando se aplican los principios sobre representación de las leyes federales, ‘La obra Restatement... of Agency... constituye un punto de partida útil a los efectos de la discusión de los principios generales de la representación’”. (segunda alteración en el original) (citando *Burlington Indus v. Ellertth*, 524 U.S. 742, 755 (1998))). Así, para demostrar que Gramont poseía autoridad aparente para renunciar a la inmunidad paraguaya, SACE debió haber demostrado (1) que Paraguay se había manifestado en ese sentido, y (2) que los bancos tenían la razonable convicción de que Gramont tenía autoridad para renunciar, en vista de la manifestación de Paraguay. *Ver, e.g., Transamerica Leasing*, 200 F. 3d en 850.

Según el criterio de esta Corte, no se da en el caso ni una manifestación de Paraguay, ni una convicción razonable de que Gramont tenía autoridad para renunciar a la inmunidad soberana. Respecto del requerimiento de manifestación, “una persona expresa su consentimiento o su intención a través de palabras escritas o habladas o a través de su conducta”. Restatement (Third) of Agency § 1.03. Entonces, por ejemplo, el principal puede manifestar que su representante está autorizado para actuar en su nombre, declarándolo expresamente. *Ver id.* § 3.03 cmt. b. El principal también puede manifestar su intención de autorizar a su representante “poniendo a su funcionario en una posición determinada” con facultades reconocidas, “o poniendo a su funcionario a cargo de una transacción o situación [particular]” de tal manera que el tercero pueda “asumir natural y razonablemente que el funcionario está dotado de autoridad para efectuar actuaciones que se corresponden con su posición o su rol, salvo que ese tercero haya tenido noticia de hechos que sugieran lo contrario”. *Id.* Pero en este caso, SACE no ha señalado ninguna declaración o acto de Paraguay en el que éste manifieste el consentimiento del estado de otorgar a Gramont la autoridad de proponer que el fisco sea garante de una deuda adquirida por su empresa privada, y mucho menos ninguna conducta de Paraguay que haya evidenciado la decisión de permitir que Gramont renuncie a la inmunidad soberana del país respecto de los futuros litigios legales que puedan entablarse respecto de la falta de pago de dichos préstamos.

LAUDOS

El hecho de que Paraguay haya podido haber autorizado a Gramont para representar al país en ciertas cuestiones no es suficiente: si bien el decreto presidencial del 27 de mayo de 1983, por ejemplo, faculta a Gramont a “facilitar ciertas gestiones relacionadas a programas de desarrollo de [Paraguay]” (Decreto presidencial N° 39.808, en 2), SACE no ha arrimado prueba alguna de que los contratos de Rosi y Lapachos se encontraban entre los “programas de desarrollo” a los que aludieron las autoridades paraguayas, y de los hechos surge que Gramont hizo mucho más que solo “facilitar” la “gestión” de tales negocios. El decreto presidencial tampoco pretende establecer los poderes o facultades específicos que Paraguay le otorgó a Gramont cuando el presidente le nombró “Embajador de Misión Especial”; de hecho, el decreto establece expresamente que el grado de autoridad de Gramont y los detalles de la misión especial le serían comunicados a Gramont y al Ministerio de Relaciones Exteriores posteriormente. (*Ver id.*) Así, nada de lo que se expresó en el documento demuestra el consentimiento o la intención de Paraguay de autorizar a Gramont para renunciar a la inmunidad soberana del país, en una transacción comercial o en ningún otro caso.

En los documentos emitidos por el Ministro de Hacienda el 22 de mayo de 1986 y el 10 de octubre de 1986 no se manifiesta que Paraguay haya consentido la autoridad de Gramont para que otorgue las garantías y renuncie a la inmunidad de Paraguay respecto de dichas obligaciones. (*Ver* oposición del demandante en 11-12, 25-26). Con referencia a la autoridad de Gramont, la carta del 22 de mayo mencionaba únicamente su facultad de negociar y firmar documentos que tengan relación con “la ejecución de los programas y proyectos de [desarrollo]” (Misiva del Ministro de Hacienda en 2), y la subsiguiente resolución, de fecha 10 de octubre de 1986, otorgaba facultades solo para “gestionar, presentar y negociar propuestas,” y a firmar la “documentación necesaria” para ciertas transacciones financieras (Resolución N° 1205 del Ministerio de Hacienda en 2, 3). Así, ninguno de los documentos comprueba que Paraguay haya delegado su autoridad para renunciar a la inmunidad en relación con un contrato o una propuesta, y tampoco ninguno de los documentos ni siquiera se acerca a sugerir que Gramont estaba dotado de autoridad para actuar independientemente o sin previa aprobación del estado soberano. Por el contrario, al establecer el “estricto contacto y constante coordinación con el Ministerio de Hacienda,” así como constantes reportes a la entidad financiera, la resolución *limitó* expresa-

mente los poderes de Gramont. (Resolución N° 1205 del Ministerio de Hacienda en 3). Así pues, las cortes suizas se refirieron debidamente a estos documentos como poderes especiales (sentencia suiza 2004 en 8), los cuales, por su naturaleza, otorgan autoridad solamente para intervenir en transacciones específicamente autorizadas y consentidas por el principal. *Cf.* Restatement (Second) of Agency § 3 (1958) (“Un mandatario especial es un mandatario autorizado para ejecutar una única transacción o una serie de transacciones que no implican una continuidad de servicio”).

Resulta también llamativo el hecho de que Gramont carecía de título reconocido de “Embajador” debidamente acreditado –era solamente un “Cónsul” acreditado– y el hecho de que un cónsul tiene poderes limitados para actuar en nombre de su soberano constituye un consolidado principio del derecho internacional. *Ver* Constantin Economides, *Consuls*, en 9 Max Planck Inst. For Comparative Pub. Law & Int’l Law, *Encyclopedia of Pub. Int’l Law* 40 (Rudolf Bernhardt ed., 1986) (explicando que “el criterio comúnmente adoptado para la distinción entre diplomáticos y cónsules” es la diferencia del alcance de su “carácter representativo” respecto del estado de origen; a diferencia de un embajador, la autoridad del cónsul es “específica” para “cuestiones dentro de su competencia” y “secundaria respecto de los agentes diplomáticos”); *ver también* *The Anne*, 16 U.S. 435, 445 (1818) (“se supone que un cónsul, a pesar de ser un agente público, está investido de autoridad *solo para propósitos comerciales*. Él... no es considerado como un ministro, como un agente diplomático de su estado soberano con autoridad, en virtud de su cargo, de representarle en sus negociaciones con estados extranjeros, o reivindicar sus prerrogativas.” (énfasis agregado)). Esto es, mientras los embajadores son “oficiales diplomáticos” que “representan ampliamente al estado extranjero” en el país anfitrión,

Ver Black’s Law Dictionary (Ed. 10º 2014) (definiendo “embajador”), los cónsules son meros “agentes comerciales del gobierno” a quienes se “encarga el deber de promover los intereses comerciales del estado,” pero “no son agentes diplomáticos,” *id.* (definiendo “cónsul” (énfasis agregado; comillas y citas internas omitidas); *ver también* *Hourani v. Mirtchev*, 769 F. 3d 1, 13 (Cir. D.C. 2015) (enfaticando que “el embajador no es cualquier funcionario del gobierno, al contrario, es un oficial cuya función se define por la capacidad de emitir declaraciones por” y “representar al país de origen...

en el país anfitrión” (primera alteración del original) (comillas y citas internas omitidas)). Por ello, las Cortes han sostenido desde hace tiempo que un cónsul “no es competente, por su mero cargo, para presentarse [ante nuestras cortes] por su gobierno y alegar inmunidad”, *The Sao Vicente*, 260 U.S. 151, 154 (1922), ni, por ende, renunciar a la misma, *ver Fox, The Law of State Immunity* en 185 (haciendo notar que en las cortes de los Estados Unidos, una petición de inmunidad o renuncia “emitida por un ... cónsul ... no sería atendida”); *ver también James J. Hogan, International Law---Sovereign Immunity*, 15 U. Miami L. Rev. 450, 452 (1961) (“El representante debidamente autorizado de un estado extranjero es la única persona competente para presentarse e invocar cuestiones de jurisdicción. Las representaciones de un Cónsul General... son ineficaces”)¹¹.

El argumento definitivo respecto de cualquier otra alegación acerca de la existencia de la autoridad aparente –i.e., que los bancos concluyeron

¹¹ La SACE alega que el hecho de que no existía en Suiza un embajador paraguayo debidamente acreditado al tiempo en que Gramont fungía de cónsul debe ser considerado en el análisis respecto de la autoridad aparente, debido a que Paraguay pudo haber tenido la intención de dotar a Gramont de los poderes necesarios para comprometer al país en ciertos actos diplomáticos. (Veroposición del demandante en 24-26.) Pero un cónsul extranjero puede atribuirse responsabilidades propias de un embajador *únicamente* en el caso de que el estado anfitrión lo haya consentido y autorizado previamente. *Ver* Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y Protocolo Opcional en Disputas, 24 de abril, 1963, 21 U.S.T. 77, T.I.A.S. No. 680; *ver también The Sao Vicente*, 260 U.S. en 154-55 (explicando que los deberes de un cónsul son comerciales y que si bien pueden ser ampliados por poderes especiales para abarcar actos diplomáticos, tales ampliaciones deben “ser reconocidas por el gobierno bajo cuyo dominio [el cónsul] pretende ejercer [autoridad diplomática]” a los efectos de que los actos sean efectivos (comillas y citas internas omitidas)); *United States v. Deutsches Kalisyndikat Gesellschaft*, 31 F. 2d 199, 203 (S.D.N.Y. 1929) (“Un soberano extranjero no puede autorizar a sus funcionarios... a asumir cualquier función soberana o gubernamental dentro del dominio de otro estado soberano, sin su consentimiento”). SACE no ha aportado evidencia alguna de que Suiza haya consentido el ejercicio de la autoridad diplomática de Gramont. *Cf. The Anne*, 16 U.S. en 446 (concluyendo que el cónsul general era “incompetente” para ejercer defensas legales en nombre de un soberano cuando “no existía indicio alguno, o prueba, de ninguna autoridad diplomática” reconocida por el estado anfitrión).

razonablemente que Gramont estaba autorizado para renunciar a la inmunidad soberana de Paraguay respecto de las obligaciones financieras aseguradas por las garantías— es el hecho de que las garantías en sí mismas, que Gramont había negociado y suscripto, eran claramente parte de una operación financiera vinculada con intereses propios de Gramont, y que lo beneficiarían personalmente en su carácter de accionista principal de Rosi y Lapachos. Tal circunstancia era suficiente para poner sobre aviso a los bancos acerca de que la autoridad de Gramont de emitir garantías vinculantes en nombre de Paraguay era cuestionable. Como se ha mencionado, la convicción de que el principal ha autorizado a su funcionario a actuar puede ser considerada irrazonable cuando se dan “hechos que sugieren lo contrario”, Restatement (Third) of Agency § 3.03 cmt. B, y el contrato consigo mismo ha sido considerado por mucho tiempo un hecho decisivo a este respecto. *Cf. Aquamar*, 179 F. 3d en 1299 (negándose a dudar de la presunta autoridad de un embajador para vincular a un extranjero soberano por medio de una renuncia, cuando dicho embajador ha presentado únicamente un escrito judicial en nombre del soberano, lo que la Corte consideró que se refiere al “tipo de deber que tradicionalmente le corresponde realizar a un diplomático en nombre de su nación, antes que una transacción comercial en la cual [el embajador] pudo haber participado por intereses propios”). En otras palabras, constituye un principio bien arraigado en materia de representación que, “en el contexto de las negociaciones, la posición del agente como representante debe despertar duda razonable en un tercero cuando el agente parece estar usando su condición para vincular al principal en una transacción que no va a importar un beneficio para éste” sino que más bien beneficia al representante. *Id.* § 2.03 cmt. d.

En el caso que nos ocupa, surge del expediente que los bancos tenían conocimiento, o debían haberlo tenido, de la participación de Gramont en las compañías privadas que fueron beneficiadas por las garantías que supeitamente firmó en nombre de Paraguay. La esposa de Gramont fue la signataria de la NFA de Rosi (Rosi NFA, ECF No. 16-16, en 14), lo cual, por sí mismo, tuvo que haber alertado a los bancos de la participación personal e indecorosa de Gramont en el negocio. Es más, las garantías no aparentaban constituir beneficio directo alguno a favor del gobierno paraguayo o de ninguna empresa de propiedad estatal, y el otorgamiento de tales garantías en beneficio de una compañía privada no tuvo precedentes en la historia

paraguaya. (Ver Sentencia del juzgado penal de primera instancia de Paraguay, del 30 de diciembre de 1992, en 9; *ver también* Restatement (Third) of Agency § 2.03 cmt. d (haciendo notar que un negocio que no tiene precedentes en la historia del principal “debe llamar razonablemente la atención de un tercero”). El hecho de que Gramont haya también pretendido otorgar las garantías poniéndoles un sello de la embajada paraguaya que no existía (*ver* sentencia del juzgado penal de primera instancia de Paraguay en 16-17) constituye otro hecho llamativo que debió haber alertado a los bancos acerca de la potencialidad de que la conducta de Gramont no haya sido autorizada. Cuando todos estos aspectos cuestionables de la actividad de Gramont, llevada a cabo por sus intereses personales en el marco del otorgamiento de las garantías, se tienen en cuenta, esta Corte tiene pocas dudas de que, a la luz de los hechos, la confianza ciega de los bancos en la pretendida autoridad de Gramont para renunciar a la inmunidad soberana paraguaya resulta manifiestamente irrazonable. *Ver* Restatement (Third) of Agency § 2.03 cmt. d (explicando que cuando el negocio no importa un beneficio económico para el principal, “las preguntas relevantes para el tercero que celebra el negocio con el mandatario son si resulta razonable creer que el principal ha autorizado, consentido o aceptado las acciones del representante, y si el alcance del consentimiento del representado se corresponde con la conducta del representante”).

El quid de la cuestión es este: incluso “las acciones de un embajador con competencia aparente, en materia legal, no vinculan automáticamente al estado que representa”, *First Fidelity*, 877 F. 2d en 193, y por lo tanto, “los hechos de un determinado caso deben ser acabadamente examinados”, *id.* Tras haber analizadocuidadosamente la situación fáctica del presente caso, esta Corte considera que los enunciados vagamente redactados por parte del Presidente y del Ministro de Hacienda no dan lugar a una convicción razonable de que Paraguay haya tenido la intención de dotar a Gramont con autoridad ilimitada para actuar en su nombre, ni más específicamente, para renunciar a su inmunidad soberana en el marco de ningún negocio comercial. Y si hubiera cabido tal convicción, los hechos vinculados con los intereses personales de Gramont en las transacciones que las garantías pretendían asegurar, socavan por completo su razonabilidad. En consecuencia, incluso si la excepción de renuncia de la FSIA abarcara renunciadas por funcionarios con mera autoridad aparente, esta Corte considera

que dadas las circunstancias del caso, SACE no ha conseguido demostrar que Paraguay renunció a su inmunidad en los términos de la FSIA.

IV. Conclusión

SACE ha promovido la presente acción a los efectos de ejecutar dos sentencias de condena al pago de sumas de dinero que han dictado las Cortes suizas en contra de la República del Paraguay. Si bien no se discute que los tribunales suizos son competentes para resolver las cuestiones que les fueran presentadas y por ende las partes deben respetar la decisión (*veroposición* del actor en 21-23), la cuestión que importa a *esta* Corte es el alcance de su propia jurisdicción para entender en la acción promovida por SACE de conformidad con la ley federal, y la Corte tiene el deber de realizar sus propias consideraciones, de modo independiente, respecto de la situación fáctica presentada a los efectos de comprobar su competencia en los términos de la FSIA.

Bajo el estricto compromiso de cumplir tal deber, esta Corte ha concluido, primero y ante todo, que la FSIA admite renunciaciones a la inmunidad soberana de un país extranjero solo si ésta fuera emitida por un funcionario del estado con autoridad real para hacerlo, de lo cual Gramont—respecto a la renuncia efectuada en el caso que se estudia— admitidamente carecía. Únicamente en base a ello, SACE ha fallado en su carga de demostrar que resulta aplicable al caso una excepción a la regla de la inmunidad impuesta por la ley. Aún más: con base en los hechos alegados en la demanda y las pruebas del expediente presentadas ante esta Corte, la misma considera que SACE no ha demostrado que Paraguay haya prestado su consentimiento respecto del ejercicio de la autoridad invocada por Gramont en relación con las garantías, de manera que los bancos hayan podido tener la razonable convicción de que Gramont tenía poder suficiente para otorgar las garantías en nombre de Paraguay y para renunciar a la inmunidad paraguaya en juicio. Así pues, la inmunidad soberana de Paraguay en los términos de la FSIA permanece indemne en materia fáctica y legal, y esa inmunidad determina que esta Corte no posee jurisdicción en razón del sujeto para entender en la presente acción. En consecuencia, y como se dispuso en

LAUDOS

la orden que se acompaña, debe HACERSE LUGAR a la moción de rechazo de Paraguay en contra de la demanda promovida por SACE.

LAUDO HAYES.
Laudo Rutherford B. Hayes. Washington, D.C.
12 de noviembre de 1878*

Laudo Rutherford B. Hayes

12 de noviembre de 1878

Washington, D.C.

Rutherford B. Hayes, Presidente de los Estados Unidos de América, a todos aquellos a quienes el presente concierne, saludo:

Considerando que de conformidad con el artículo cuarto del tratado de límites celebrado entre la República Argentina y la República del Paraguay, del 3 de febrero de mil ochocientos setenta y seis, se ha estipulado que el dominio o derecho al territorio comprendido entre el Río Verde y el brazo principal del Río Pilcomayo, incluyendo la ciudad de Villa Occidental, deberá ser sometido a la decisión final de un arbitraje;

Y considerando que a tenor del artículo quinto del mismo instrumento, ambas altas partes contratantes acordaron elegir al Presidente de los Estados Unidos de América como árbitro para decidir sobre el derecho a poseer el territorio precedentemente descripto;

Y atendiendo a que las altas partes contratantes han, dentro del plazo estipulado, presentado debidamente su invitación al árbitro propuesto, la que ha sido aceptada por él, y han, además, presentado debidamente sus

* Nota de traducción: Las citas, notas y abreviaturas del texto se refieren a constancias del expediente, fallos u obras jurídicas. La autoría de la traducción corresponde a la Srta. Adriana María Villalba Vera, funcionaria del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Capital, Cuarta Sala.

FALLOS INTERNACIONALES

correspondientes memorias, y los documentos, títulos, mapas, citas, referencias y todos los antecedentes que han juzgado favorables a sus derechos, de conformidad con los artículos sexto y octavo de dicho tratado:

Ahora, por tanto, se hace conocer, que yo, Rutherford B. Hayes, Presidente de los Estados Unidos de América, habiendo apreciado debidamente dichas declaraciones y dichas pruebas, por el presente acto determino que la mencionada República del Paraguay es titular legal y justo del mencionado territorio entre los ríos Pilcomayo y Verde, y de la Villa Occidental, allí situada, y yo, por lo tanto, adjudico a la República del Paraguay el territorio de la orilla occidental del río que lleva ese nombre, entre el Río Verde y el brazo principal del Pilcomayo, incluyendo la Villa Occidental.

En testimonio de ello suscribo y hago estampar a continuación el sello de los Estados Unidos.

Hecho, en triplicado, en la ciudad de Washington el día doce de noviembre, en el año de nuestro Señor mil ochocientos setenta y ocho, y de la Independencia de los Estados Unidos de América ciento tres.

LAUDO ARBITRAL.
CIADI. 10/02/12. “SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE
SURVEILLANCE S.A. (Demandante) y REPÚBLICA
DEL PARAGUAY (Demandada)”.
(CASO No. ARB/07/29) *

Laudo Arbitral

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO
DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

CIADI. 10/02/12. “SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SUR-
VEILLANCE S.A. (Demandante) y REPÚBLICA DEL PARAGUAY
(Demandada)”. (CASO No. ARB/07/29).

Miembros del Tribunal:

Dr. Stanimir A. Alexandrov, Presidente

Sr. Donald Francis Donovan

Dr. Pablo García Mexía

Secretaria del Tribunal: Sra. Mercedes Cordido-Freytes de
Kurowski En representación de la Demandante:

Sr. Olivier Merkt y Sr. Nicolas Grégoire

Société Générale de Surveillance S.A., Ginebra, Suiza

y

* Extraído de la página web: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C258/DC3532_Sp.pdf

Sr. Paul Friedland y Sr. Damien Nyer

White & Case LLP, Nueva York

En representación de la Demandada:

Dr. José Enrique García Ávalos

Procurador General de la República del Paraguay, Asunción, Paraguay

y

Sr. Brian C. Dunning, Srta. Irene Ribeiro Gee y Sr. David Cinotti

Venable LLP, Nueva York

I. ANTECEDENTES PROCESALES

A. Inicio del arbitraje

1. El 19 de octubre de 2007, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o el “Centro”) recibió una solicitud de arbitraje con fecha de 16 de octubre de 2007 (la “Solicitud”) presentada por SGS Société Générale de Surveillance S.A. (“SGS” o la “Demandante”) contra la República del Paraguay (“Paraguay” o la “Demandada”) (conjuntamente, las “partes”). La Solicitud fue realizada en el marco del Acuerdo entre la República del Paraguay y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones celebrado el 31 de enero de 1992, con fecha de entrada en vigor 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 (el “Convenio del CIADI” o el “Convenio”).

2. El 19 de noviembre de 2007, el Secretario General Adjunto del CIADI envió a la Demandante y a la Demandada una Notificación del Acto de Registro de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI.

3. El 30 de enero de 2008, la Demandante solicitó, de acuerdo con la Regla 2(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “Reglas de Arbitraje”), que el Tribunal de Arbitraje se constituyera, de conformidad con las disposiciones del Artículo 37(2)(b)

LAUDOS

del Convenio. El CIADI acusó recibo de esta notificación mediante carta enviada a las partes en la misma fecha. En consecuencia, se confirmó que: (1) el Tribunal estaría formado por tres árbitros; (2) un árbitro sería designado por cada parte y el tercero, el presidente del Tribunal, sería designado por acuerdo de las partes; y (3) las designaciones se realizarían de conformidad con el procedimiento establecido en la Regla 3 de las Reglas de Arbitraje.

4. Mediante carta de 31 de enero de 2008, la Demandante designó al Sr. Donald Francis Donovan, nacional de los Estados Unidos de América, como miembro del Tribunal.

El 31 de marzo de 2008, la Demandada designó al Dr. Pablo García Mexía, nacional de España. No se presentaron objeciones contra ninguno de los nombramientos.

5. El 20 de febrero de 2008, ante la ausencia de un acuerdo entre las partes sobre la designación del Presidente del Tribunal, la Demandante solicitó que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI fuera quien designara al árbitro que actuaría como presidente del Tribunal, tal como establece el Artículo 38 del Convenio y la Regla 4(1) de las Reglas de Arbitraje.

6. Mediante carta de 20 de mayo de 2008, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró al Dr. Stanimir A. Alexandrov, nacional de Bulgaria, como tercer árbitro y presidente del Tribunal. No se presentaron objeciones contra dicho nombramiento.

7. El Tribunal se constituyó oficialmente el 27 de mayo de 2008, de conformidad con el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI. Originalmente se designó al Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Principal del CIADI, para actuar como Secretario del Tribunal. El 16 de abril de 2009, el Secretario General Interino informó al Tribunal que como consecuencia de una redistribución de la carga de trabajo del Centro, sería el Dr. Sergio Puig de la Parra, CIADI, quien actuaría como nuevo Secretario del Tribunal. El 5 de noviembre de 2010, la Secretaria General informó al Tribunal que el Dr. Puig sería reemplazado por la Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski.

B. Excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada

8. El 8 de abril de 2008, la Demandada presentó un Memorial de Excepciones a la Jurisdicción del Centro. Durante la primera sesión del Tribunal el 30 de junio de 2008, la Demandada presentó una alegación complementaria a sus excepciones a la jurisdicción fechada el 26 de junio de 2008. Ambos documentos constituyeron el Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada.

9. La Demandante presentó su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción el 22 de septiembre de 2008.

10. La primera sesión del Tribunal se celebró en la sede del Centro en Washington, D.C. Durante la sesión, el Tribunal escuchó las propuestas de las partes respecto de las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada en su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción del Centro. Se acordó la suspensión del procedimiento sobre el fondo, tal como establecen el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje 41(3), mientras se encontrara pendiente la resolución de las excepciones jurisdiccionales opuestas por la Demandada.

11. La audiencia sobre las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada se celebró en Washington, D.C., el 6 de abril de 2009.

12. Las partes estuvieron representadas como sigue:

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.

LAUDOS

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

Sr. Agustin Saguier Abente, Estudio Jurídico Saguier Abente

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

13. Los Sres. García y Dunning y la Sra. Dubowy se dirigieron al Tribunal en representación de la Demandada. El Sr. Friedland se dirigió al Tribunal en representación de la Demandante.

14. El 9 de junio de 2009, la Demandada se dirigió por escrito al Tribunal para hacer referencia a la decisión sobre jurisdicción dictada el 29 de mayo de 2009 en el caso *BIVAC c. Paraguay*, Caso CIADI N°ARB/07/9¹. El Tribunal autorizó a ambas partes a presentar breves escritos posteriores a la audiencia, sobre la relevancia de la decisión del caso BIVAC respecto de los argumentos ya expuestos por ellas en el presente caso. La Demandada realizó su presentación mediante carta fechada el 3 de julio de 2009, mientras que la Demandante hizo lo propio mediante carta de fecha de 23 de julio de 2009.

C. Decisión sobre Jurisdicción

15. El 12 de febrero de 2010, el Tribunal emitió su Decisión sobre Jurisdicción. El Tribunal desestimó las excepciones opuestas por la Demandada y concluyó que poseía jurisdicción para decidir sobre las reclamaciones de la Demandante en virtud de los Artículos 4(1), 4(2) y 11 del Tratado. El Tribunal decidió reservarse la decisión sobre la asignación de costas hasta la finalización del procedimiento. Se adjunta una copia de la Decisión de Jurisdicción al presente Laudo, la cual es parte integrante del mismo.

¹ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay*, Caso CIADI N°ARB/07/9, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009.

D. Presentaciones sobre el fondo

16. Tras consultarlo con las partes, el Tribunal emitió el 24 de marzo de 2010 una resolución procesal con el objetivo de establecer un cronograma para las presentaciones sobre el fondo.

17. El 31 de mayo de 2010, la Demandante presentó su Memorial sobre el fondo. La Demandante también presentó las declaraciones testimoniales del Sr. Carlos Musalem, quien ostentaba el cargo de Director Nacional de SGS en el Paraguay cuando ocurrieron los hechos que dieron lugar a la presente diferencia, y del Sr. Michael Lironi, Vicepresidente Financiero y Administrativo de la División de Servicios de Gobiernos e Instituciones de SGS en Ginebra.

18. Mediante carta de 10 de septiembre de 2010, el abogado de la Demandada solicitó que se modificara el cronograma de presentaciones a fin de otorgarle a la Demandada un plazo adicional de seis semanas, hasta el 1 de noviembre de 2010, para presentar su Memorial de Contestación. Mediante carta de 15 de septiembre de 2010, la Demandante propuso como fecha límite alternativa el 6 de octubre de 2010. El 16 de septiembre de 2010, el Tribunal informó a las partes de que accedía a la solicitud de la Demandada de posponer la fecha de presentación del Memorial de Contestación al 1 de noviembre de 2010. En dicha fecha, la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre el fondo.

19. El 28 de febrero de 2011, la Demandante presentó su Réplica sobre el fondo. La Demandante también presentó una segunda declaración testimonial del Sr. Musalem. El 1 de abril de 2011, la Demandada presentó su Dúplica sobre el fondo.

E. Audiencia sobre el fondo

20. La audiencia sobre el fondo se celebró en Washington, D.C. el 4 y 5 de mayo de 2011.

21. Las partes estuvieron representadas como sigue:

Demandante

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

LAUDOS

Sr. Nicolas Grégoire y Sr. Olivier Merkt, 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. Brian C. Dunning y Sr. David N. Cinotti, Venable LLP

22. Los Sres. Friedland y Nyer se dirigieron al Tribunal en representación de la Demandante. Los Sres. García, Dunning y Cinotti se dirigieron al Tribunal en representación de la Demandada.

23. El Sr. Musalem rindió su testimonio en persona y el Sr. Lironi lo hizo a través de teleconferencia. Se formularon preguntas tanto al Sr. Musalem como al Sr. Lironi durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio en el primer día de la audiencia.

24. Al concluir la audiencia, el Presidente del Tribunal solicitó a las partes que elaboraran sus presentaciones sobre costas y honorarios, y que dichas presentaciones fueran entregadas al Tribunal a más tardar a fines de julio de 2011.

F. Presentaciones sobre costas y honorarios y cierre del procedimiento

25. El 1 de julio de 2011, la Demandada presentó su Declaración de Costas, donde reclamó US\$ 696.985,20 en concepto de honorarios y US\$ 31.222,03 en concepto de gastos. En la misma fecha, la Demandante presentó su Declaración de Costas, donde reclamó US\$ 1.792.605,95 en concepto de honorarios de abogados y US\$ 1.121.180,55 en concepto de otros gastos y desembolsos. El 24 de enero de 2012 el Tribunal declaró el cierre del procedimiento conforme a la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

A. El Contrato

26. En 1995, el Ministerio de Hacienda del Paraguay invitó a cinco compañías – SGS; Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control BIVAC B.V. (“BIVAC”); Cotecna Inspection S.A.; Inchcape Testing

Services Ltd.; e Inspectorate Worldwide Services – a presentar sus ofertas para suministrar servicios de inspección “pre-embarque”, es decir, servicios que consistían en la inspección de bienes importados con anterioridad a su embarque para garantizar la recopilación precisa de información sobre importaciones y facilitar el cobro de aranceles aduaneros. SGS y BIVAC fueron las compañías seleccionadas. El 6 de mayo de 1996, el Ministerio de Hacienda y SGS celebraron un Contrato sobre Prestación de Servicios Técnicos de Inspección de Pre-Embarque de las Importaciones (el “Contrato”)². El Contrato permanecería vigente durante tres años, contados a partir del 15 de julio de 1996.

27. Dentro del título “NATURALEZA Y OBJETO DEL CONTRATO”, éste establece que el programa de inspección pre-embarque había sido diseñado “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. . .”³.

28. En términos generales, el Contrato exigía a SGS brindar tres categorías de “servicios técnicos”:

29. De conformidad con las Cláusulas 2.1 a 2.8, inclusive, del Contrato, SGS debía suministrar servicios de inspección pre-embarque y otros servicios relacionados, que incluirían la emisión de Certificados de Inspección o Reportes de Discrepancia, tal como se analiza a continuación.

30. De acuerdo con la Cláusula 2.9 del Contrato, SGS brindaría capacitación a los funcionarios paraguayos de Aduanas que “incluiría... las técnicas empleadas por el personal de SGS, los procedimientos técnicos, administrativos y organizacionales, con el objeto de lograr una eficiente y efectiva ejecución y protección de los ingresos tributarios y conformar un cuerpo de funcionarios especializados en valoración aduanera”.

31. Conforme a la Cláusula 2.10 del Contrato, SGS ayudaría a crear una base de datos de Aduanas a fin de organizar la información contenida en los Certificados de Inspección y a capacitar a los funcionarios paraguayos en la utilización de dicha base de datos.

² Contrato, Anexo C-4.

³ Contrato, Anexo C-4.

LAUDOS

32. El proceso para realizar las inspecciones pre-embarque se llevaba a cabo en diversas etapas. Los importadores presentaban solicitudes ante una oficina de enlace de SGS en el Paraguay para que inspeccionara los embarques designados. SGS instaló una oficina de enlace en Asunción, así como otras dos oficinas más pequeñas en Ciudad del Este y Encarnación, para asistirle en el cumplimiento del Contrato. Si SGS determinaba que era necesario realizar una inspección, de conformidad con la Cláusula 2.1 del Contrato, realizaría “la inspección física de las mercaderías antes del embarque, en el país de procedencia y/u origen, a fin de determinar si las mercaderías presentadas a inspección corresponden a lo declarado a SGS por el importador”. En algunos casos, SGS informaba al importador de que no era necesario llevar a cabo una inspección⁴. Según la Cláusula 2.2 del Contrato, si SGS determinaba que era necesario realizar una inspección, debía “verificar el precio facturado por el vendedor y establecer si el mismo se encuentra dentro de los límites razonables, para los niveles de precio de exportación, prevalecientes en dicho mercado o en el mercado internacional”. De conformidad con las Cláusulas 2.3 y 2.4 del Contrato, SGS ofrecía su opinión a Aduanas sobre el valor aduanero apropiado y la clasificación arancelaria de las mercaderías y, en virtud de la Cláusula 2.6, verificaba el país de origen.

33. Una vez efectuada la inspección, conforme a la Cláusula 2.8 del Contrato, SGS entregaba a Aduanas una copia de un Certificado de Inspección o bien, si SGS estaba en desacuerdo con la documentación de embarque presentada por el importador, un Reporte de Discrepancia. Según la Cláusula 5.2 del Contrato, SGS también entregaría a Aduanas un informe mensual que incluiría, entre otras cosas, los detalles de las inspecciones realizadas durante el mes.

34. De conformidad con la Cláusula 4 del Contrato, por cada inspección, el Paraguay se comprometía a pagar a SGS la suma mayor entre (a) los honorarios equivalentes al 1.3% del valor FOB de las mercaderías indicadas en el Certificado de Inspección o en el Reporte de Discrepancia; y (b) US\$ 280. SGS le enviaría al Ministerio una factura mensual expresada en dólares estadounidenses y las facturas serían pagadas dentro de los 20 días siguientes a su recepción. Conforme a la Cláusula 4.5 del Contrato, si el

⁴ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, páginas 163-164.

Ministerio de Hacienda cuestionaba una factura, el Ministerio estaba obligado a pagar los montos que no hubieran sido cuestionados. Según la Cláusula 5.6 del Contrato, SGS no “sería responsable de ningún reclamo que no se hubiera iniciado dentro de los doce (12) meses posteriores a la fecha de emisión del Certificado de Inspección”.

35. De conformidad con la Cláusula 5.4 del Contrato, SGS entregó un aval de fiel cumplimiento por un monto de US\$ 250.000.

36. La Cláusula 9 del Contrato contenía una cláusula de elección de fuero que establecía que “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”.

37. El Contrato estipulaba diversos mecanismos de rescisión. Según la Cláusula 7.1 del Contrato, cualquiera de las partes podía rescindir el Contrato por el incumplimiento de la otra parte. De conformidad con la Cláusula 7.2, el Ministerio de Hacienda podía, siempre y cuando lo notificara con 120 días de anticipación, rescindir unilateralmente el Contrato por razones de “oportunidad, mérito o conveniencia”. Por último, la Cláusula 8.2 estipulaba que el Contrato podía ser resuelto si, con al menos cuatro meses de anticipación a su vencimiento, cualquiera de las partes notificaba a la otra su intención de no continuar con el Contrato.

38. Además del Contrato, el Paraguay dictó diversas normas que regulaban la prestación de servicios. Entre ellas estaba la Resolución N° 1171 de 3 de julio de 1996 (“Resolución N° 1171”) que, entre otras cosas, exigía la realización de inspecciones de los embarques valorados en menos de US\$ 3.000 cuando dichos envíos formaran parte de una orden de embarque cuyo valor conjunto fuera superior a US\$ 3.000. Asimismo, la Resolución N° 1579 de 10 de septiembre de 1996 (“Resolución N° 1579”) exceptuaba determinados envíos de la inspección pre-embarque, incluidas “aquellas importaciones

liberadas y las exoneradas de los tributos aduaneros e internos, contenidas en las disposiciones de carácter general o en Leyes Especiales”⁵.

B. Facturas impagadas

39. El Contrato entró en vigor en julio de 1996. Tal como se analizará detalladamente más adelante, las partes decidieron por mutuo acuerdo no renovar el Contrato al finalizar su plazo original de tres años y el Contrato fue rescindido en junio de 1999. Durante la vigencia del Contrato, SGS llevó a cabo aproximadamente 100.000 inspecciones y emitió 35 facturas mensuales⁶. El Ministerio de Hacienda pagó solo 10 de dichas facturas⁷. Veinticinco de las 35 facturas emitidas por SGS no fueron pagadas, lo que asciende a un total (de capital, sin intereses) de US\$ 39.025.950,86⁸. Estos hechos no están sujetos a controversia.

C. Conversaciones acerca de la falta de pago de facturas por parte de la Demandada durante la vigencia del Contrato

40. Entre julio de 1996 y la fecha de la rescisión del Contrato en junio de 1999, representantes de SGS y del Gobierno del Paraguay mantuvieron un diálogo permanente sobre las facturas impagadas y las condiciones establecidas en el Contrato.

41. Paraguay pagó las facturas correspondientes al período julio-noviembre de 1996. La factura correspondiente a diciembre de 1996 fue pagada con varios meses de retraso⁹ y el Congreso paraguayo no asignó fondos

⁵ La Demandada traduce esta disposición en el sentido de que no están sujetas a inspección “*any and all tax free imports free and clear of those duties or internal taxes, as described in general or special laws*”. Memorial de Contestación, párrafo 24. La traducción incluida en el Anexo C-76 de la Demandante es sutilmente diferente: “*Those imports released and those exempted from customs duties and internal taxes contained in the general provisions or Special Laws*”.

⁶ Declaración Lironi, párrafo 17.

⁷ Declaración Lironi, párrafo 17.

⁸ Declaración Lironi, párrafo 18.

⁹ Declaración Lironi, Anexo B.

para pagar las facturas de la Demandante correspondientes al año 1997¹⁰. Según el Sr. Musalem, el Ministro de Hacienda comunicó a SGS en marzo de 1997 que la falta de asignación de fondos para 1997 fue un descuido y que “se incluiría una disposición para el pago de las facturas en el presupuesto del año siguiente”¹¹.

42. En un intercambio epistolar con el Ministerio de Hacienda durante marzo y abril de 1997, SGS propuso modificar las condiciones de pago del Contrato y el Ministerio de Hacienda propuso pagar a SGS, al menos en parte, los servicios brindados en 1997¹². El Ministerio de Hacienda también indicó en su carta que “plantearía al Parlamento Nacional la ampliación del presupuesto” de modo tal que los pagos pudieran incrementarse posteriormente en 1997 y que “a partir de enero/98 los pagos se estarían dando cumplimiento normal y regularmente ya que éstos gastos estaríamos incluyendo en el Presupuesto del año 1998”¹³.

43. SGS aceptó finalmente un plan de pago propuesto por el Paraguay. También accedió a reducir el honorario mínimo por inspección a US\$ 200 y aceptó dos cambios relativos a las inspecciones de productos petrolíferos¹⁴. En primer lugar, SGS accedió a reducir con carácter retroactivo la tarifa *ad valorem* sobre los productos petrolíferos de 1,3% a 0,8% del valor FOB correspondiente al período enero-agosto de 1997. SGS emitió notas de crédito en favor del Ministerio por la diferencia¹⁵. En segundo lugar, SGS

¹⁰ Primera Declaración Musalem, párrafo 35; Anexo C-84.

¹¹ Primera Declaración Musalem, párrafo 35.

¹² Memorial de la Demandante, párrafos 57-58, donde se citan los Anexos C-82 y C-83; Primera Declaración Musalem, párrafo 37.

¹³ Carta del Ministerio de Hacienda a SGS y BIVAC del 7 de abril de 1997, Anexo C-83.

¹⁴ Carta de SGS y BIVAC a Aduanas del 7 de octubre de 1997, Anexo C-87.

¹⁵ Carta de SGS al Ministerio de Hacienda de 1 de octubre de 1997, Anexo C-

LAUDOS

accedió a interrumpir de forma definitiva las inspecciones de productos petrolíferos a partir del 1 de septiembre de 1997¹⁶.

44. Mientras tanto, SGS continuó realizando inspecciones y presentando facturas mensuales ante el Ministerio. En julio de 1998, el Ministerio envió una carta a SGS en la que “informó que [...] recibió las facturas de la SGS [...] correspondientes a los servicios de Inspección Pre-embarque prestados a favor del Gobierno de la República del Paraguay” que totalizaban, en ese momento, US\$ 24 millones aproximadamente y señaló que dicha “suma [...] representa la deuda pendiente de pago del Estado paraguayo a favor de la SGS”¹⁷. La carta también indicaba lo siguiente:

Es deseo de este Ministerio dar cumplimiento de acuerdo a las normas contractuales al pago por los servicios prestados durante el año 1998, y con respecto a la deuda acumulada del año 1997 le informamos que este Ministerio se encuentra estudiando y analizando las posibilidades y mecanismos legales que permitan la regularización de esta deuda en una concertación de intereses¹⁸.

45. En septiembre de 1998, el Ministerio de Hacienda solicitó que la Contraloría General de la República del Paraguay revisara los contratos de SGS y BIVAC¹⁹. SGS sostiene que se enteró de esta investigación a través de la prensa²⁰. SGS informó al Ministerio de Hacienda que estaba dispuesta a colaborar con la Contraloría para solucionar los asuntos que estuvieran

¹⁶ Carta de SGS al Ministerio de Hacienda de 1 de octubre de 1997, Anexo C-86; Carta de SGS y BIVAC a Aduanas de 7 de octubre de 1997, Anexo C-87; Primera Declaración Musalem, párrafo 38; y Declaración Lironi, párrafo 16.

¹⁷ Nota N° 663 del Ministro de Hacienda al Gerente General de la Oficina de Enlace de SGS de 28 de julio de 1998, Anexo C-16.

¹⁸ Nota N° 663 del Ministro de Hacienda al Gerente General de la Oficina de Enlace de SGS de 28 de julio de 1998, Anexo C-16.

¹⁹ Resolución N° 853 de la Contraloría General de 30 de septiembre de 1998, Anexo C-19.

²⁰ Memorial de la Demandante, párrafos 71-72, *donde se cita* la Carta de SGS al Ministerio de Hacienda de 16 de noviembre 1998, Anexo C-97.

pendientes²¹. A solicitud de SGS, ésta se reunió con el Contralor General el 11 de noviembre de 1998²² y el 2 de diciembre de 1998 le envió una carta al Contralor General donde explicaba que creía que el pago estaba siendo retenido a causa de la investigación que el Contralor General llevaba a cabo, y ofreció su ayuda para suministrar la información que fuera necesaria²³. En una carta enviada a SGS el 9 de diciembre de 1998, el Contralor General señaló que “los trabajos de la Contraloría General en el Ministerio de Hacienda nada tienen que ver con los pagos de honorarios por los servicios prestados ...”²⁴. El Contralor General emitió su informe el 22 de febrero de 1999 y recomendó que el Ministerio de Hacienda realizara estudios técnicos a fin de “determinar si la contratación de estas firmas verificadoras realmente contribuyen a optimizar el volumen de las recaudaciones impositivas y a mejorar los mecanismos para el control del cumplimiento de las obligaciones tributarias, de manera a poder determinar la conveniencia económica de este tipo de contratación ...”²⁵.

46. En el año 1999, las partes comenzaron a hablar abiertamente sobre la posibilidad de rescindir el Contrato. El 27 de enero de 1999, SGS informó al Ministerio de Hacienda de que se consideraría autorizada a rescin-

²¹ Carta de SGS al Ministerio de Hacienda de 16 de noviembre de 1998, Anexo C-97.

²² Primera Declaración Musalem, párrafo 41; Carta de SGS a la Contraloría General de 2 de diciembre de 1998, Anexo C-98.

²³ Carta de SGS a la Contraloría General de 2 de diciembre de 1998, Anexo C-98.

²⁴ Memorial de la Demandante, párrafos 74-75; Carta de la Contraloría General a SGS de 9 de diciembre de 1998, Anexo C-99.

²⁵ Informe de la Contraloría General de la República titulado “Examen Especial sobre el Proceso de Contratación de la Empresa B.I.V.A.C. Internacional y S.G.S. de Surveillance por el Ministerio de Hacienda” de 22 de febrero de 1999, Anexo C-101.

dir el Contrato dentro de los 15 días hábiles siguientes, si Paraguay no realizaba un pago parcial de buena fe de US\$ 5.000.000²⁶. El Ministerio de Hacienda respondió mediante carta fechada el 29 de enero de 1999, en la que señaló que las demoras en el pago se debían al “mal manejo del Presupuesto del año 1998 ejecutado por el Gobierno anterior, tal como fue públicamente denunciado por esta Administración en su oportunidad y muchos de estos compromisos no fueron ni siquiera contabilizados, con la consiguiente dificultad que ello implica”. La carta agregaba que “la Administración actual iniciará próximamente desembolsos para responder las obligaciones que hayan sido asumidas y cumplidas de conformidad con las normas legales vigentes”²⁷.

47. El 19 de febrero de 1999, el Presidente del Paraguay dictó un decreto mediante el cual autorizaba al Ministerio de Hacienda a rescindir los contratos celebrados con SGS y BIVAC de conformidad con la Cláusula 8.2 del Contrato que, tal como fue señalado, brinda a una parte la posibilidad de no renovar el Contrato con posterioridad al vencimiento del plazo inicial de tres años²⁸. Según el Sr. Musalem, el Ministro de Hacienda informó a SGS unos días después de que intentaría realizar un pago de buena fe sobre la deuda pendiente y, poco tiempo después, el Ministerio pagó la factura de SGS correspondiente al mes de agosto de 1998²⁹. SGS se dirigió al Ministro de Hacienda mediante carta de 10 de marzo de 1999, en la que señalaba que, a la luz del pago realizado, pospondría la rescisión del Contrato³⁰.

²⁶ Memorial de la Demandante, párrafo 77; Carta del Vicepresidente Ejecutivo Senior de SGS al Ministro de Hacienda de 27 de enero de 1999, Anexo C-26.

²⁷ Memorial de la Demandante, párrafo 78, Nota N° 111 del Ministro de Hacienda a SGS (Ginebra) de 29 de enero de 1999, Anexo C-27.

²⁸ Memorial de la Demandante, párrafo 80, *donde se cita* el Decreto N° 2003 de 19 de febrero de 1999, Anexo C-28.

²⁹ Memorial de la Demandante, párrafos 85-86; Primera Declaración Musalem, párrafo 44; Declaración Lironi, Anexo B; Carta de SGS al Ministerio de Hacienda de 23 de febrero de 1999, Anexo C-102.

³⁰ Memorial de la Demandante, párrafo 86; Carta de SGS al Ministerio de Hacienda de 10 de marzo de 1999, Anexo C-106.

48. El Gobierno del Paraguay renunció en marzo de 1999, tras el asesinato del Vicepresidente. Según la Demandante, el nuevo Presidente, Luis González Macchi, se reunió con SGS y le solicitó que continuara prestando sus servicios. Según el Sr. Musalem, “durante esta reunión, el Presidente también llamó al recientemente designado Ministro de Hacienda y le indicó que le concediera a SGS una reunión para llegar a un acuerdo y poner fin al reclamo de SGS”³¹. De acuerdo con lo señalado por el Sr. Musalem, unos días después “el Ministro de Hacienda reiteró el compromiso del Gobierno de efectuar el pago a SGS ...”³². En abril, SGS envió una carta al Ministro de Hacienda en donde explicaba que pospondría la rescisión del Contrato y expresaba su esperanza de que recibiría el pago³³. SGS también se refirió a la posibilidad de celebrar un nuevo contrato con el Ministerio.

49. El 30 de abril de 1999, el Ministerio de Hacienda envió carta a SGS, donde indicaba que el Ministerio “ha derivado el caso que nos ocupa a conocimiento y consideración de los diferentes organismos técnicos de la Institución, los que una vez que elaboren el informe pertinente, el Ministerio de Hacienda estará en condiciones de sentar una postura al respecto”³⁴.

50. Según el Sr. Musalem, el Ministerio de Hacienda y SGS acordaron por mutuo consentimiento en una reunión celebrada el 1 de junio de 1999 rescindir el Contrato³⁵. La fecha efectiva de rescisión fue establecida en el 7 de junio de 1999³⁶. El Ministerio envió carta a SGS, donde señalaba que las obligaciones de las partes en virtud del Contrato se extinguirían, “salvo los

³¹ Primera Declaración Musalem, párrafo 46.

³² Primera Declaración Musalem, párrafo 47.

³³ Memorial de la Demandante, párrafo 92; Carta de SGS al Ministerio de Hacienda de 6 de abril de 1999, Anexo C-107.

³⁴ Carta del Ministerio de Hacienda a SGS de 30 de abril de 1999, Anexo C-108; Memorial de la Demandante, párrafo 93.

³⁵ Memorial de la Demandante, párrafo 94; Primera Declaración Musalem, párrafo 50.

³⁶ Memorial de la Demandante, párrafo 96.

LAUDOS

derechos y acciones ya adquiridos”³⁷. SGS aceptó e hizo referencia a los montos pendientes adeudados en virtud del Contrato hasta mayo de 1999³⁸. El Ministerio de Hacienda liberó el aval de fiel cumplimiento depositado por SGS³⁹.

51. En julio de 1999, el Fiscal General del Estado solicitó al Ministerio de Hacienda que retuviera el pago de SGS y BIVAC “hasta tanto el Examen Especial del Contralor General no haya concluido, salvo que ellas presenten documentación respaldatoria que acredite suficientemente la deuda pendiente”⁴⁰.

52. Mediante carta de 22 de julio de 1999 enviada por SGS al Ministro de Hacienda, SGS indicó que las partes “acordaron en una reunión previa el pago de la deuda pendiente” (traducción del Tribunal)⁴¹. Sin embargo, el 27 de agosto de 1999, el Ministro de Hacienda respondió que “al respecto, lamentablemente debo manifestar la imposibilidad de dar curso a lo solicitado, por las razones vertidas personalmente en oportunidad de nuestra

³⁷ Nota N° 1083 del Ministro de Hacienda al Vicepresidente Ejecutivo Senior de SGS de 4 de junio de 1999, Anexo C-32.

³⁸ Carta del Vicepresidente de SGS al Ministro de Hacienda de 4 de junio de 1999, Anexo C-33.

³⁹ Memorial de la Demandante, párrafo 97, *citando* la Declaración Lironi, párrafo 22; Carta de UBS a SGS de 12 de octubre de 1999, Anexo C-115.

⁴⁰ Memorial de la Demandante, párrafo 99; Carta del Fiscal General del Estado al Ministerio de Hacienda de 14 de julio de 1999, Anexo C-110.

⁴¹ Memorial de la Demandante, párrafo 101; Carta del Vicepresidente Ejecutivo Senior de SGS al Ministro de Hacienda de 22 de julio de 1999, Anexo C-34.

conversación . . .”⁴². SGS expresó su descontento y propuso nuevas condiciones para resolver la cuestión⁴³. El 20 de octubre de 1999, el Director Administrativo del Ministerio de Hacienda presentó un cuadro a SGS que resumía las facturas adeudadas, que totalizaban US\$ 39.025.950,31⁴⁴.

53. Diversos artículos publicados en prensa durante noviembre de 1999 señalaban que el Presupuesto Nacional del 2000 no había asignado fondos para realizar el pago a SGS⁴⁵. Según la Demandante, este hecho fue confirmado en un informe elaborado por la Embajada de Suiza sobre las reuniones mantenidas en julio de 2000 entre representantes suizos y paraguayos⁴⁶. Según el informe, el Sr. Rubén Darío Maciel, Director General de Presupuesto, señaló:

En 1999, el Paraguay desembolsó un monto de 22.523.855.917 Guaraníes . . . bajo la partida presupuestaria “Otros honorarios”. Según Rubén Darío Maciel, dicho monto fue supuestamente pagado al competidor de SGS, Bureau Veritas/Bivac. El presupuesto 2000, en el cual pude consultar la partida “Otros honorarios”, no incluye ningún pago a SGS o Bivac. Sin embargo, según Rubén Darío Maciel, el parlamento supuestamente prohibió que se registren otros pagos en esta categoría sin su aprobación, de allí la necesidad del departamento del tesoro de presentar un proyecto de ley *ad hoc* ante el parlamento, cosa que no ha sucedido (traducción del Tribunal).

⁴² Memorial de la Demandante, párrafo 103; Carta del Ministerio de Hacienda a SGS de 27 de agosto de 1999, Anexo C-112.

⁴³ Memorial de la Demandante, párrafo 104; Carta del Vicepresidente Ejecutivo Senior de SGS al Ministro de Hacienda de 16 de septiembre de 1999, Anexo C-35.

⁴⁴ Memorial de la Demandante, párrafo 106; Nota N° 351 del Director Administrativo, Ministerio de Hacienda, a SGS (Ginebra) de 20 de octubre de 1999, Anexo C-37.

⁴⁵ Memorial de la Demandante, párrafo 107; artículo periodístico titulado “Suiza reclama a Paraguay deuda de US\$ 30 millones” de 26 de noviembre de 1999, Anexo C-116

⁴⁶ Memorial de la Demandante, párrafo 108; Carta interna del *Chargé d'affaires* suizo de 17 de julio de 2000 (énfasis en el original), Anexo C-120.

LAUDOS

54. Un diario local informó, el 16 de septiembre de 2000, de que el Ministro de Hacienda había señalado que los contratos de SGS y BIVAC eran de carácter “ilegal”⁴⁷. Según el artículo:

El titular de Hacienda dijo que hay indicios de que las cuentas fueron asumidas de manera ilegal durante la época de Wasmosy. Recordó que el primer día que acudió a su oficina le quisieron hacer firmar una autorización de pago a ambas empresas por 28.000 millones de guaraníes, que lo rechazó. Sin embargo, el Ministro no fue claro cuando se le consultó si llevarán el caso a la justicia paraguaya.

55. En febrero de 2001, el Ministerio de Relaciones Exteriores se dirigió al Ministerio de Hacienda a fin de solicitar que el Ministerio “contemple el reconocimiento de las deudas a las referidas firmas y se estudie un plan de pagos que permita negociar con las firmas acreedoras”⁴⁸. En respuesta, el Abogado del Tesoro emitió un dictamen donde concluyó que los contratos celebrados con SGS y BIVAC eran válidos. Sin embargo, también señaló (en el párrafo 5) que “la Contraloría General de la República está verificando las prestaciones realizadas por las Empresas contratadas, a fin de establecer si los trabajos cumplidos se ajustan al contrato, a los principios y a las normas positivas que rigen este tipo de negocios jurídicos” y (en el párrafo 7) que “el Estado Paraguayo no podría abonar las deudas pendientes, antes de concluir el tantas veces citado Examen Especial de la Contraloría General de la República”. El dictamen recomendaba (en el párrafo 10.2) que “el Ministerio de Hacienda deberá tramitar las solicitudes de previsión presupuestaria, a fin de abonar en su oportunidad las deudas contraídas con las firmas SGS y BIVAC INTERNACIONAL, conforme a la liquidación final

⁴⁷ Memorial de la Demandante, párrafos 111-112; artículo periodístico titulado “Deuda asumida por [el Presidente] Wasmosy con SGS y BIVAC es ilegal” de 16 de septiembre de 2000, Anexo C-121.

⁴⁸ Dictamen N° 139 emitido por el Abogado del Tesoro de la Abogacía del Tesoro, Ministerio de Hacienda, de 12 de febrero de 2001, Anexo C-42.

que se realizará en base al resultado del examen especial de la Contraloría General de la República”⁴⁹.

56. El 31 de julio de 2001, un diario paraguayo informó sobre el anuncio realizado por el Ministro de Hacienda de que “no se pagará un solo guaraní si el Congreso no lo autoriza considerando que las deudas no están presupuestadas”⁵⁰. Según el relato del artículo, el Ministro observó que el Contralor General había realizado cuestionamientos “sobre la legalidad de los contratos firmados con SGS y BIVAC, por lo que no corresponde abonar ninguna deuda” y que el informe del Contralor General había sido enviado a la Abogacía del Tesoro.

57. A fines de 2001, SGS buscó la confirmación por parte del Ministerio de Hacienda de que su actividad permanecería exenta de impuestos, tal como establece la Cláusula 4.6 del Contrato⁵¹. El 4 de enero de 2002, el Ministerio de Hacienda envió a SGS un dictamen elaborado por un abogado interno del Ministerio donde se confirmaba que el trabajo de SGS estaba libre de impuestos⁵². Cinco días después, SGS remitió el dictamen a la Dirección General de Recaudaciones del Ministerio⁵³.

58. El 18 de enero de 2002, una fiscal de la jurisdicción solicitó que la Dirección General de Recaudaciones confirmara si SGS había solicitado una

⁴⁹ Dictamen N° 139 emitido por el Abogado del Tesoro de la Abogacía del Tesoro, Ministerio de Hacienda, de 12 de febrero de 2001, Anexo C-42

⁵⁰ Memorial de la Demandante, párrafo 121; artículo periodístico titulado “No se pagarán deudas a la SGS y la BIVAC” de 31 de julio de 2001, Anexo C-122.

⁵¹ La Cláusula 4.6 del Contrato, titulada “Incidencia tributaria”, reza: “Los honorarios y la forma de pago establecidos en este Contrato se han acordado libres de impuestos. En caso de modificarse las normas tributarias vigentes, los mismos serán ajustados en la medida requerida para mantenerlos al nivel inicialmente pactado”. Véase Contrato, Anexo C-4.

⁵² Carta del Ministerio de Hacienda a SGS de 4 de enero de 2002, Anexo C-124.

⁵³ Memorial de la Demandante, párrafo 125; Carta de SGS a la Dirección General de Recaudaciones de 9 de enero de 2002, Anexo C-126.

exención impositiva⁵⁴. La solicitud se vinculaba con una investigación de una persona innominada por “lesión de confianza”. El Ministerio de Hacienda informó a la fiscal que SGS no había presentado ninguna declaración de impuestos⁵⁵. En febrero de 2002, la fiscal determinó que la cuestión impositiva no estaba relacionada con su investigación en el caso de lesión de confianza. Sin embargo, ordenó que la información que había recabado fuera enviada al Ministerio Público por “investigación de hechos de evasión impositiva”⁵⁶. Según la Demandante, la investigación fue desestimada el 16 de diciembre de 2002⁵⁷.

59. Según señaló la prensa, después de que un nuevo gobierno asumiera la dirección del país en 2003, el Ministro de Hacienda manifestó, con referencia a la deuda pendiente con SGS y BIVAC, que el Paraguay “buscará honrar todos los compromisos que correspondan y estén en la legalidad”⁵⁸. Sin embargo, en marzo de 2004, el Viceministro de Hacienda dictó la Resolución N° 274 que suspendió los pagos “hasta tanto se establezcan la veracidad de posibles irregularidades por parte de las empresas contratadas en el cumplimiento del contrato. . .”⁵⁹. La Resolución N° 274 también creó una Comisión para negociar todo pago una vez que hubiera “establecido] la postura definitiva del Ministerio de Hacienda con respecto a la procedencia o no del pago de la deuda pendiente con las empresas verificadoras”. La

⁵⁴ Memorial de la Demandante, párrafo 126; Carta de la Agente Fiscal Delvalle a la Subsecretaría de Estado de Tributación del Ministerio de Hacienda de 18 de enero de 2002, Anexo C-127.

⁵⁵ Carta del Ministerio de Hacienda a la Agente Fiscal Delvalle de 25 de enero de 2002, Anexo C-128.

⁵⁶ Resolución N° 14 de 11 de febrero de 2002, Anexo C-129.

⁵⁷ Memorial de la Demandante, párrafos 127-128; Solicitud de Desestimación de 19 de noviembre de 2002, Anexo C-130; Sentencia N° 1984 de 16 de diciembre de 2002, Anexo C-131.

⁵⁸ Memorial de la Demandante, párrafo 130; artículo periodístico titulado “Borda cree que ciertas deudas son litigables” de 1 de octubre de 2003, Anexo C-132.

⁵⁹ Memorial de la Demandante, párrafo 133; Resolución del Ministro de Hacienda N° 274 de 3 de junio de 2004, Anexo C-47.

Comisión comunicaría sus conclusiones al Ministro de Hacienda a más tardar el 3 de septiembre de 2004; sin embargo, su mandato se prorrogó y la Comisión fue finalmente disuelta en febrero de 2005 sin haber elaborado informe sustantivo alguno⁶⁰. La Comisión concluyó que “la determinación del nivel de cumplimiento del Contrato por parte de las empresas BIVAC y SGS va más allá del ámbito financiero de esta Comisión y requieren estudios técnicos aduaneros marcadamente específicos, como asimismo el acompañamiento de toda la documentación de respaldo de la operativa realizada”. Luego, recomendaba que Aduanas continuara con las investigaciones⁶¹.

60. Posteriormente, el Ministerio de Hacienda ordenó a Aduanas que comenzara una nueva investigación. Sin embargo, en mayo de 2005, la prensa informó de que la Directora Nacional de Aduanas, Margarita Díaz de Vivar, admitió que “las administraciones aduaneras del pasado han reconocido la existencia de deudas con las empresas verificadoras SGS y BIVAC. . . pero Díaz de Vivar explicó que actualmente el caso ya no se encuentra en manos de Aduanas y que el tema deberá ser definido en el Ministerio de Hacienda”⁶².

61. En mayo de 2005, el Ministerio de Hacienda inició una investigación sobre el cumplimiento por parte de SGS y BIVAC y, según un intercambio epistolar entre las partes, aparentemente un comité especial todavía continuaba investigando el asunto durante la segunda mitad de 2006⁶³.

⁶⁰ Memorial de la Demandante, párrafos 135-136; Resolución del Ministro de Hacienda N° 687 de 4 de noviembre de 2004, Anexo 48; y Resolución del Ministro de Hacienda N° 43 de 3 de febrero de 2005, Anexo C-50.

⁶¹ Resolución del Ministerio de Hacienda N° 43 de 3 de febrero de 2005, Anexo C-50.

⁶² Artículo periodístico titulado “Aduanas anteriores admitieron las deudas con SGS y BIVAC” de 12 de mayo de 2005, Anexo C-136

⁶³ Memorial de la Demandante, párrafos 138 y 143; artículo periodístico titulado “Hacienda anuncia investigación de deudas con SGS y BIVAC” de 7 de mayo de 2005, Anexo C-135; y Carta de SGS al Ministerio de Hacienda de 8 de noviembre de 2006, Anexo C-138.

62. Mientras tanto, SGS y el Ministerio de Hacienda continuaban dialogando al respecto, y el Gobierno paraguayo continuaba debatiendo sobre cómo proceder. En junio de 2005, SGS le escribió al Ministerio de Hacienda para solicitar una propuesta de plan de pago⁶⁴. En agosto de 2005, el Contralor General elaboró un informe donde señalaba que el Ministerio de Hacienda no había incluido la deuda pendiente con SGS en el balance general del Ministerio para el ejercicio fiscal 2004⁶⁵. En 2006-2007, SGS escribió varias cartas al Ministerio de Hacienda donde proponía planes de pago y solicitaba nuevas negociaciones⁶⁶. Una carta de SGS de abril de 2007 describe una reunión celebrada con el Ministro de Hacienda el 18 de diciembre de 2006 en la que el Ministro expresó su interés en la propuesta de SGS de negociar un plan de pago mensual⁶⁷. Una carta de SGS de 24 de mayo de 2007 menciona una reunión celebrada con el Ministro de Hacienda el 10 de mayo de 2007, en la que el Ministro ofreció realizar una reunión con el Presidente a fin de presentarle la situación de deuda y realizar propuestas para formalizar un acuerdo⁶⁸. Además de las cartas mencionadas, y con posterioridad a la rescisión del Contrato en junio de 1999, SGS envió facturas en

⁶⁴ Carta de los abogados de SGS al Ministro de Hacienda de 8 de junio de 2005, Anexo C-51.

⁶⁵ Informe interno de la Contraloría General de 25 de agosto de 2005, Anexo C-54.

⁶⁶ Carta de SGS al Ministerio de Hacienda de 7 de febrero de 2006, Anexo C-137; Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 3 de abril de 2006, Anexo C-56; Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 1 de septiembre de 2006, Anexo C-57; Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 8 de noviembre de 2006, Anexo C-138; Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 9 de noviembre de 2006, Anexo C-139; Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 5 de diciembre de 2006, Anexo C-140; Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 12 de enero de 2007, Anexo C-60; Carta de SGS al Vice-ministro de Hacienda de 14 de enero de 2007, Anexo C-61; Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 17 de abril de 2007, Anexo C-62; y Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 24 de mayo de 2007, Anexo C-63.

⁶⁷ Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 17 de abril de 2007, Anexo C-62.

⁶⁸ Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 24 de mayo de 2007, Anexo C-63.

concepto de intereses al Ministerio de Hacienda entre abril de 2000 y marzo de 2006⁶⁹.

63. Después de que SGS continuara exigiendo el pago de la deuda pendiente en virtud del Contrato, y de que BIVAC iniciara un arbitraje en febrero de 2007 relativo a los montos adeudados en virtud de su propio contrato, el Presidente del Paraguay dictó el Decreto 10.485 el 22 de junio de 2007, mediante el cual instaba al Procurador General a “determinar la existencia y exigibilidad de los reclamos” presentados por BIVAC y SGS. El Decreto 10.485 establecía que “a los efectos de precautelar los intereses patrimoniales del Estado, previamente se debe verificar la prestación efectiva de los servicios a fin de determinar la existencia material y jurídica del supuesto crédito reclamado, con la pertinente aclaración de que la medida administrativa no importa reconocimiento, convalidación o aceptación de las pretensiones de las firmas afectadas y/o que provoquen interrupciones o suspensiones de plazos de prescripción”⁷⁰.

64. La Demandante instó el presente arbitraje en octubre de 2007.

D. Naturaleza no controvertida de los hechos

65. La secuencia general de los hechos descritos anteriormente y la documentación escrita que los describe no son objeto de controversia. La Demandada cuestiona la narración de los hechos por parte del Sr. Musalem, ya que su testimonio escrito y oral fue elaborado varios años después de que tuvieran lugar los hechos en cuestión. La Demandada también afirma que el Paraguay en ningún momento realizó una promesa inequívoca de pago y sostiene que gran parte de las conversaciones entre las partes se encuentra protegida por el privilegio conciliatorio. El Tribunal abordará la relevancia de estas cuestiones a su debido tiempo. Sin embargo, más allá de estos puntos, ninguna de las partes cuestiona la existencia de estos acontecimientos tal cual fueron descritos.

⁶⁹ Declaración Lironi, párrafo 19; Facturas en concepto de intereses, Anexo C-144.

⁷⁰ Decreto N° 10485 del 22 de junio de 2007, Anexo C-141.

III. MÉRITO DE LAS RECLAMACIONES

66. La Demandante alega que la Demandada incumplió sus compromisos al amparo del Artículo 11 del TBI al no respetar las obligaciones que asumió frente a SGS. La Demandante también alega que la Demandada obstaculizó la inversión de la Demandante con medidas indebidas y discriminatorias en violación del Artículo 4(1) del TBI y que negó a la Demandante un trato justo y equitativo en quiebra del Artículo 4(2) del TBI.

67. Por las razones que se explican a continuación, el Tribunal concluye que la Demandada incumplió sus compromisos al amparo del Artículo 11 del TBI. Por lo tanto, no es necesario que el Tribunal aborde las reclamaciones de la Demandante respecto de los Artículos 4(1) y 4(2) del TBI, dado que surgen de hechos idénticos y no derivarían, aun cuando el Tribunal determinara que concurre un incumplimiento, en un aumento de la indemnización en favor de la Demandante. El Tribunal volverá sobre este asunto tras su análisis sobre las reclamaciones basadas en el Artículo 11.

A. Evaluación de las reclamaciones al amparo del Artículo 11 del TBI

68. El Artículo 11 del TBI, la llamada “cláusula paraguas”, establece que “cada Parte Contratante respetará en todo momento las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”.

69. La Demandante presenta dos reclamaciones relacionadas, pero independientes al amparo del Artículo 11. En primer lugar, la Demandante afirma que la Demandada no cumplió con el Contrato al no haber respetado sus obligaciones de pago y que dicho incumplimiento constituye en sí mismo una violación del Artículo 11. En segundo lugar, la Demandante afirma que la Demandada realizó promesas de pago adicionales respecto de las facturas de SGS, a través de varias manifestaciones orales y escritas durante la vigencia del Contrato y con posterioridad a su rescisión, promesas aquellas que tampoco cumplió. La Demandante sostiene que estas manifestaciones adicionales son obligaciones exigibles en virtud del Artículo 11.

70. La Demandada opone diversas excepciones frente a las reclamaciones hechas por la Demandante al amparo del Artículo 11, cada una de las cuales será analizada a continuación. Sin embargo, antes de hacerlo, y dada la superposición de las defensas planteadas por la Demandada en la

fase sobre el fondo y los argumentos presentados durante la fase jurisdiccional del presente arbitraje, el Tribunal comenzará su análisis sobre las reclamaciones de la Demandante basadas en el Artículo 11 con un resumen de las determinaciones más relevantes contenidas en la Decisión sobre Jurisdicción. Luego, el Tribunal se referirá a estas conclusiones durante su análisis de los argumentos específicos que han presentado, tanto la Demandante como la Demandada, durante la fase sobre el fondo.

1. La Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal

71. En su Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal llegó a tres conclusiones con respecto a las reclamaciones de la Demandante al amparo del Artículo 11: (a) el Tribunal poseía jurisdicción sobre las reclamaciones; (b) al poseer jurisdicción sobre las reclamaciones, el Tribunal debía resolverlas independientemente de la existencia de una cláusula de elección de fuero en el Contrato; y (c) las reclamaciones eran admisibles. No repetiremos la línea argumental que sustenta cada conclusión, dado que la Decisión sobre Jurisdicción se incorpora en su totalidad en el presente Laudo. Sin embargo, durante el transcurso de su análisis, el Tribunal llegó a diversas conclusiones que son directamente relevantes para realizar su evaluación sobre el fondo de las reclamaciones, las cuales es por ello necesario repetir.

72. En primer lugar, el Tribunal rechazó el argumento esgrimido por la Demandada de que un mero incumplimiento contractual no puede constituir una violación del Artículo 11 a menos que concurra con un acto “soberano”. El Tribunal concluyó (párrafo 167) que “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”. El Tribunal explicó lo siguiente (párrafo 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... En el texto literal de la cláusula] 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. (Citas omitidas).

73. El Tribunal también concluyó que, aun cuando fuera necesario demostrar un abuso del poder soberano para justificar una reclamación al amparo del Artículo 11, un incumplimiento contractual por parte del Paraguay bien podría constituir un acto soberano. Tal como se estableció en la Decisión sobre Jurisdicción (párrafo 135), “lógicamente, se puede caracterizar como ‘acto soberano’ todo acto de un Estado soberano, incluidos los realizados 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”.

74. La consecuencia de la decisión del Tribunal es que la Demandante puede justificar una reclamación al amparo del Artículo 11 si puede demostrar que el Paraguay no cumplió sus compromisos en virtud del Contrato, con independencia de si los representantes paraguayos reconocieron posteriormente la deuda a la Demandante a través de promesas adicionales de pago, verbales o escritas, o de si realizaron algún otro “acto soberano” del tipo que fuere, como modificar una ley u otra norma para impedir el pago de las facturas de SGS.

75. En segundo lugar, el Tribunal (párrafos 173-185) rechazó el argumento de la Demandada según el cual la cláusula de elección de fuero estipulada en el Contrato privaba al Tribunal de jurisdicción para conocer de las reclamaciones de la Demandante al amparo del Artículo 11 o en el sentido de que dicha cláusula hacía inadmisibles tales reclamaciones, en la medida en que se basaban en la premisa de que la Demandada había incumplido el Contrato. El Tribunal determinó, tras haber decidido que poseía jurisdicción para conocer de las reclamaciones, que estaba obligado a resolverlas. El Tribunal concluyó (párrafo 172) que “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”.

76. En tercer lugar, el Tribunal concluyó que su asunción de jurisdicción sobre las reclamaciones de una supuesta violación por parte del Paraguay del deber de respetar sus obligaciones contractuales con base en el Artículo 11 es congruente con la intención de las Partes al negociar el TBI. El Tribunal señaló (párrafo 176) que “[l]os 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 éste” (citas omitidas).

77. Ninguna de las conclusiones anteriores excluyó la posibilidad de que cualquier manifestación adicional o supuestas promesas de pago realizadas por representantes paraguayos pudieran constituir en sí mismas compromisos vinculantes en virtud del Artículo 11 del TBI. En efecto, el Tribunal concluyó (párrafo 167) que el Artículo 11 “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”. Por lo tanto, las manifestaciones verbales o escritas realizadas al margen del Contrato podrían ser exigibles en virtud del Artículo 11 en determinadas circunstancias. Sin embargo, el Tribunal determinó claramente en su Decisión sobre Jurisdicción que no era necesario demostrar la naturaleza vinculante – ni tan siquiera la relevancia – de tales manifestaciones ajenas al Contrato a fin de probar que el incumplimiento de una parte con sus compromisos contractuales violaba por sí solo el Artículo 11.

78. Con base en estos antecedentes, el Tribunal abordará a continuación los argumentos de las partes presentados durante la fase sobre el fondo del presente arbitraje.

2. Sobre si la Demandada no garantizó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales

a. La Demandante ha cumplido con su carga de la prueba inicial de que la Demandada no garantizó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales

79. Tal como fue señalado en el caso *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, “d]e acuerdo con la práctica internacional (y la práctica nacional general) establecida, la carga de la prueba incumbe a quien afirma determinados hechos “⁷¹ (traducción del Tribunal). En consecuencia, la Demandante tiene la carga de la prueba inicial al presentar sus reclamaciones y la Demandada tiene la carga de la prueba respecto de las defensas que plantee. Así, la Demandante tiene la carga de probar que la falta de pago por parte de la Demandada de las facturas de SGS violó las obligaciones contractuales asumidas por la Demandada y, por tanto, el Artículo 11 del TBI. La Demandada tiene la carga de probar sus defensas mediante la demostración, por ejemplo, de que la falta de pago de las facturas se ve justificada por los propios incumplimientos de la Demandante con sus obligaciones contractuales o por algún otro motivo.

80. Frente a los hechos en cuestión, resulta claro que la Demandante ha cumplido con su carga inicial de la prueba. No es objeto de controversia que el Paraguay no pagó 25 facturas a SGS, que totalizan la suma de US\$ 39.025.950,86. Tampoco lo es que dichas facturas fueron emitidas de conformidad con el Contrato y que la falta de pago de facturas emitidas apropiadamente constituye un incumplimiento por parte del Paraguay con sus obligaciones contractuales. Además, tal como el Tribunal ha establecido ya, el incumplimiento de una Parte con sus obligaciones contractuales puede constituir por sí mismo una violación del Artículo 11 del TBI. Por lo tanto,

⁷¹ *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI N° ARB/02/7, Laudo de 7 de julio de 2004, párrafo 58 (“Soufraki, Laudo”). Véase también *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/99/6, Laudo de 12 de abril de 2002, párrafo 90; *Alpha Projektholding GMBH c. Ucrania*, Caso CIADI N° ARB/07/16, Laudo de 8 de noviembre de 2010, párrafo 236; y *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI N° ARB/87/3, Laudo Definitivo de 27 de junio de 1990, párrafo 56.

la Demandante ha cumplido con su carga de la prueba inicial en cuanto a que el Paraguay no cumplió sus obligaciones contractuales y ha revertido la carga hacia la Demandada, que debe probar su defensa de que la falta de pago estaba justificada.

b. Las defensas de la Demandada

81. La Demandada plantea tres argumentos principales en su defensa: (i) el supuesto incumplimiento de sus obligaciones contractuales fue “asumido por Paraguay (en su caso) como un agente normal del mercado y no conllevaban ningún abuso de sus poderes soberanos”; (ii) en cualquier caso, la cláusula de elección de fuero prevista en el Contrato impide la exigencia de responsabilidad; y (iii) la propia Demandante incumplió el Contrato, liberando tal incumplimiento a la Demandada de sus obligaciones contractuales. El Tribunal analizará cada una de estas defensas a continuación.

(i) El argumento de la Demandada de que el Paraguay no abusó de sus poderes soberanos

(a) La postura de la Demandada

82. La Demandada afirma que un incumplimiento contractual por parte de un Estado sólo puede violar una cláusula paraguas contenida en un TBI si el acto gubernamental en cuestión constituyó un abuso de poder soberano. Según la Demandada, “SGS debe fundamentar que Paraguay abusó del poder de su gobierno” y la mera falta de pago de facturas no es suficiente para establecer que ha existido una violación del Artículo 11⁷². Aun en el supuesto caso de que la Demandada hubiera violado sus obligaciones contractuales, argumenta la Demandada, las acciones del Paraguay “son de la clase de actuaciones que pueden y a menudo se dan en transacciones comerciales privadas y, sin más, no pueden ser caracterizadas como supuestos ‘abusos de poder gubernamental’”. “Después de todo,” afirma la Demandada, “una mera falta de pago de los importes supuestamente debidos en base a un contrato es una situación en la que cualquier parte privada podría verse involucrada”⁷³.

⁷² Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 78.

⁷³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 87.

83. La Demandada reconoce que el Tribunal ya estableció en su Decisión sobre Jurisdicción que un mero incumplimiento contractual podría en sí mismo violar el Artículo 11 sin tener que ir acompañado de un abuso del poder soberano. Sin embargo, la Demandada afirma que el Tribunal desvirtuó su argumento en la Decisión sobre Jurisdicción. Para asegurarse de que no haya confusión con respecto a este asunto, el Tribunal citará la aclaración efectuada por la Demandada sobre su postura⁷⁴:

Paraguay no sostiene que cada incumplimiento contractual por parte del Estado esté automáticamente desvinculado de la responsabilidad internacional. Cuando concurren ciertas circunstancias que no se dan en el presente caso, algunos incumplimientos contractuales pueden traer causa de un abuso de poder gubernamental y por tanto pueden ser enjuiciables en base a un tratamiento estándar justo y equitativo o incluso en base a una cláusula “umbrella”.

84. Para sustentar su postura, la Demandada cita una serie de casos que incluye a *Siemens c. Argentina*, *Bayindir c. Pakistán*, *RFCC c. Marruecos*, *Waste Management c. México*, *Impregilo c. Pakistán* y *Duke c. Ecuador*⁷⁵, todos los cuales respaldarían la afirmación de que un incumplimiento contractual por parte de un gobierno sólo puede considerarse como un incumplimiento del TBI si conlleva un abuso del poder soberano.

85. La Demandada también invita al Tribunal a evitar interpretar el Artículo 11 en términos más amplios que aquéllos en los que el Gobierno suizo ha interpretado una disposición similar contenida en el TBI Suiza-

⁷⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 79.

⁷⁵ *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, párrafo 253; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sayani A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/29, Laudo de 27 de agosto de 2009, párrafo 179; *Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N° ARB/00/6, Laudo de 22 de diciembre de 2003, párrafos 51, 100; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, Laudo de 30 de abril de 2004, párrafo 115; *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción de 22 de abril de 2005, párrafos 259-62; *Duke Energy Electroquil Partners c. República del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/04/19, Laudo de 18 de agosto de 2008, párrafo 340.

Pakistán.⁷⁶ Además, la Demandada argumenta que el Tribunal debería concluir, tal como lo hizo el tribunal del caso *SGS c. Pakistán*, que la cláusula paraguaya no extiende su aplicación a las reclamaciones por incumplimiento contractual⁷⁷.

86. La Demandada argumenta que la Demandante no ha probado que el Paraguay haya abusado de su poder soberano y que, por lo tanto, no ha demostrado que la Demandada haya violado el Artículo 11 del TBI. Si bien la Demandante calificó varios actos y declaraciones realizados por las autoridades del gobierno paraguayo como actos “soberanos” que bloquearon el pago a SGS, la Demandada afirma que dichos actos no fueron suficientes para probar la reclamación de la Demandante. Según la Demandada⁷⁸:

La conducta de Paraguay posterior al incumplimiento y supuestamente escandalosa tampoco la hace diferente. Tal y como le ocurre a Paraguay en el presente caso, cualquier parte comercial podría tener cambios múltiples en sus órganos de dirección en un corto período de tiempo, llevar a cabo más de una consulta interna en sus derechos y obligaciones en base a un contrato y objetar en varios momentos y de diferentes maneras sobre aspectos relativos al desempeño del contrato de la contraparte. Y, tal y como una parte comercial privada haría, el gobierno de Paraguay se sometió a la jurisdicción de su sistema judicial para la resolución de conflictos sobre su actuación.

(b) La postura de la Demandante

87. La Demandante observa que el Tribunal ya ha estimado en su Decisión sobre Jurisdicción que un incumplimiento contractual podría violar el Artículo 11 aun en ausencia de un abuso de poder soberano. La Demandante argumenta, por un lado, que las decisiones que cita la Demandada para respaldar su postura no requerían del ejercicio de poder soberano para que concurra una violación de una obligación internacional, y por otro, que las secciones de los laudos sobre los que la Demandada se basa no se

⁷⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 92.

⁷⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 93 y nota 94.

⁷⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 87.

referían a reclamaciones al amparo de la cláusula paraguas. De hecho, según la Demandante, el tribunal del caso *Siemens* en realidad siguió un enfoque similar al adoptado en la Decisión sobre Jurisdicción⁷⁹.

88. La Demandante también argumenta que, aun cuando debiera probar la concurrencia de un abuso de poder soberano para sustentar su reclamación al amparo del Artículo 11, “en los años posteriores a la finalización del Contrato, Paraguay encargó investigaciones e indagaciones respecto del Contrato y la deuda con SGS, con lo que logró la paralización del pago”⁸⁰. En opinión de la Demandante, estos actos constituyen el tipo de actos soberanos que según la Demandada son requisitos necesarios para plantear una reclamación al amparo del Artículo 11. Según la Demandante, éstos actos no los podría realizar un particular. En palabras de la Demandante, “Una sociedad privada no puede encubrir sus actos con el manto de la autoridad gubernamental. Una sociedad privada tampoco puede invocar a voluntad la maquinaria del sistema judicial penal. Si SGS hubiera estado tratando con una sociedad privada, tampoco habría visto a partes diferentes de su contraparte contractual, como el Fiscal General y el Interventor general, involucrarse en el cumplimiento del Contrato”⁸¹.

(c) El análisis del Tribunal

89. El Tribunal no comparte el argumento de la Demandada en el sentido de que es necesario que concurra un abuso de poder soberano para demostrar una violación del Artículo 11. De hecho, a pesar de las objeciones de la Demandada en contrario, no existe una distinción significativa entre el argumento que ha planteado la Demandada durante la fase sobre el fondo y el argumento que ha planteado – y que el Tribunal rechazó – durante la fase jurisdiccional del presente arbitraje.

90. El Artículo 11 del TBI establece que cada Parte Contratante respetará en todo momento las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”. En cuanto al

⁷⁹ Réplica de la Demandante, párrafo 80.

⁸⁰ Réplica de la Demandante, párrafo 66.

⁸¹ Réplica de la Demandante, párrafo 69.

sentido corriente del término, un compromiso contractual es la “obligación”-tipo jurídicamente vinculante. Por tanto, si se aplican los principios-estándar de interpretación de los tratados⁸², un compromiso contractual es una “obligación” según los términos del Artículo 11.

91. El Artículo 11 exige la “observancia” de las obligaciones. También según el sentido corriente del término, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en un contrato constituye una clara falta de “observancia” de las obligaciones asumidas. Nada en el Artículo 11 establece o da a entender que un gobierno sólo incumplirá el deber de respetar sus obligaciones si abusa de su poder soberano. Por lo tanto, si se aplican una vez más los principios-estándar de interpretación de los tratados, un incumplimiento contractual por parte del Paraguay con respecto a la inversión de un inversionista suizo constituye una violación del Artículo 11.

92. La mayoría de las decisiones citadas por la Demandada para justificar su postura no vienen al caso, dado que no sostienen que un abuso de poder soberano sea necesario para establecer la violación de una cláusula paraguas. La sección de *Bayindir* (párrafo 180) en la que se basa la Demandada versa sobre una reclamación de trato justo y equitativo. Lo mismo sucede con los laudos *RFCC* (párrafos 51, 100), *Waste Management* (párrafo 115) y *Duke* (párrafos 332-345). El caso *Impregilo* (párrafos 259-285) versaba sobre reclamaciones por la violación del principio de trato justo y equitativo, la imposición de medidas injustas y discriminatorias, y la expropiación sin compensación.

93. La Demandada cita el caso *SGS c. Pakistán* para respaldar la afirmación de que la “obligación” protegida por una cláusula paraguas no incluye los meros contratos⁸³. Sin embargo, tal como el Tribunal ya ha establecido en su Decisión sobre Jurisdicción, el Artículo 11 del TBI no aporta base alguna para excluir los contratos del alcance de las “obligaciones” regidas en el artículo. Tal como se señaló en la Decisión sobre Jurisdicción (párrafo 169), sobre este punto ésta se “aparta de la decisión del caso *SGS*

⁸² El Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

⁸³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 93.

c. *Pakistán . . .*”. De igual manera, el Tribunal no está de acuerdo con el laudo del caso *Siemens* en la medida en que concluyó que era necesario que existiera un abuso de poder soberano para establecer la existencia de una violación de la cláusula paraguas. En este sentido, el Tribunal sigue la línea de razonamiento de otros tribunales del CIADI que han concluido que la cláusula paraguas puede aplicarse incluso en ausencia de un abuso del poder soberano⁸⁴.

94. Con respecto a la inquietud planteada por la Demandada de que el Tribunal estaría interpretando la cláusula paraguas en términos más amplios que aquéllos en que lo hizo el Gobierno suizo⁸⁵, el Tribunal sólo debe señalar que tanto el Tribunal como el Gobierno suizo concuerdan en que el alcance del Artículo 11 se extiende a las obligaciones contractuales. Como ya se señaló, el Tribunal abordó esta cuestión en su Decisión sobre Jurisdicción (párrafo 169).

95. A la vista de estas conclusiones, el debate entre las partes sobre si Paraguay realizó actos de carácter soberano y, de ser así, si tales actos constituyeron un abuso del poder soberano, es irrelevante. En suma, si Paraguay no respetó sus obligaciones contractuales, entonces violó el Artículo 11. No resulta necesario realizar ningún otro análisis sobre si los actos del Paraguay deben calificarse como “soberanos” o como “comerciales”.

⁸⁴ Véase *Burlington Resources Inc. y otros c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010, párrafo 190. Véase también *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/04/19, Laudo de 18 de agosto de 2008, párrafo 320 (donde se reconoce que la mayoría de las decisiones que han abordado la cuestión no han concluido que la “interferencia de un ente soberano” sea necesaria para que concurra el incumplimiento de una cláusula paraguas).

⁸⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafos 92-93.

(ii) El argumento de la Demandada de que la cláusula de elección de fuero excluye una exigencia de responsabilidad

(a) La postura de la Demandada

96. La Demandada argumenta que, de conformidad con el Derecho paraguayo y las condiciones del Contrato, la regla de elección de fuero contenida en la Cláusula 9 del Contrato excluye una asignación de responsabilidad por parte del Tribunal. Tal como se explicó anteriormente, la Cláusula 9 del Contrato establece que “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”. La Demandada afirma que la cláusula de elección de fuero impide que el Tribunal exija responsabilidad a la Demandada por presunta inobservancia de sus obligaciones contractuales, ya que toda cuestión sobre si la Demandada incumplió el Contrato debe ser sometida a los tribunales nacionales.

97. La Demandada sostiene que este argumento pertenece a la fase sobre el fondo de la diferencia. Según la Demandada, la regla de elección de fuero contenida en la Cláusula 9 del Contrato y las obligaciones de pago estipuladas en la Cláusula 4 del Contrato constituyen una única obligación. En opinión de la Demandada, “la ‘obligación’ que asumió Paraguay fue pagar a SGS o resolver las diferencias relativas al pago ante los tribunales nacionales. Paraguay no ha incumplido esa obligación; los tribunales paraguayos han estado a disposición durante la controversia entre las partes para resolver las reclamaciones de pago de SGS”⁸⁶ (traducción del Tribunal).

98. La Demandada reconoce que el Tribunal ya ha establecido en su Decisión sobre Jurisdicción que la cláusula de elección de fuero no priva de jurisdicción al Tribunal ni hace inadmisibles las reclamaciones de la Demandante. La Demandada argumenta que la postura que ha articulado durante la fase sobre el fondo no es incompatible con la decisión previa del Tribunal. La Demandada alega que “la cuestión de fondo no es determinar si el Tribunal debiera negarse a conocer de la reclamación con base en la cláusula de elección de fuero (es decir, favoreciendo una jurisdicción nacional alternativa), sino si SGS fracasó al probar sus alegaciones porque el

⁸⁶ Dúplica de la Demandada, párrafo 45.

Paraguay nunca repudió su compromiso de ofrecer una jurisdicción nacional para resolver las diferencias que respecto al pago pudieran surgir. Esa cuestión de fondo no ha sido resuelta”⁸⁷ (traducción del Tribunal).

99. La Demandada también reconoce que el Gobierno suizo, una de las Partes del TBI, ha adoptado la postura de que una cláusula paraguas ampara también las reclamaciones por meros incumplimientos contractuales, pero argumenta que “el Gobierno suizo no abordó la cuestión de si lo que genera la correspondiente obligación contractual es el contrato en su totalidad (tal como sostiene Paraguay) o si cada cláusula contractual puede considerarse como una obligación separada (tal como argumenta SGS)”⁸⁸ (traducción del Tribunal). En otras palabras, la Demandada sostiene que la postura del Gobierno suizo respecto del alcance de la cláusula paraguas no excluía la posibilidad de que una cláusula de elección de fuero inserta en un contrato pudiera impedir la exigencia de responsabilidad en virtud del TBI, al menos mientras la Demandada permanezca dispuesta a someter la diferencia contractual al cauce de solución sentado en dicha cláusula.

(b) La postura de la Demandante

100. La Demandante argumenta que la Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal ya rechazó el argumento de la Demandada en el sentido de que la cláusula de elección de fuero estipulada en el Contrato impide que el Tribunal exija responsabilidad a la Demandada en virtud del Artículo 11⁸⁹. Según la Demandante, “al parecer, el Paraguay sugiere que este Tribunal no es el foro autorizado para determinar tal incumplimiento. Esta conclusión, naturalmente, atenta contra la determinación anterior del Tribunal en su Decisión sobre jurisdicción de que el Tribunal posee jurisdicción sobre la pretensión de SGS al amparo del Artículo 11 y de que dicha pretensión es inmediatamente admisible independientemente de la cláusula de elección de foro”⁹⁰.

⁸⁷ Dúplica de la Demandada, párrafo 46.

⁸⁸ Dúplica de la Demandada, párrafo 48.

⁸⁹ Réplica de la Demandante, párrafos 86-89.

⁹⁰ Réplica de la Demandante, párrafo 88.

(c) El análisis del Tribunal

101. El Tribunal no comparte el argumento de la Demandada. La ley aplicable a la reclamación de la Demandante es el TBI, que incluye el Artículo 11 del TBI y las disposiciones relativas a la resolución de diferencias entre un inversionista y un Estado contenidas en el Artículo 9 del TBI. El Artículo 11 requiere de la Demandada que ésta respete sus obligaciones frente a los inversionistas suizos. La “obligación” en cuestión en la presente diferencia es el Contrato. No hay dudas de que el Contrato exige el pago de conformidad con los procedimientos de facturación allí establecidos y de que la Demandada no ha pagado la gran mayoría de las facturas emitidas por SGS. En tales circunstancias, el Tribunal no ve dificultad alguna en concluir que la Demandada incumplió sus obligaciones contractuales.

102. La Demandada realiza grandes esfuerzos para argumentar que no está objetando la decisión jurisdiccional del Tribunal sino que está haciendo una defensa sobre el fondo. La Demandada sostiene que no puede concluirse que ha incumplido sus obligaciones contractuales a menos que la Demandante pruebe que aquélla ha incumplido sus obligaciones de pago en virtud del Contrato y frustrado la aplicación de la cláusula de elección de fuero. En opinión de la Demandada, estos dos elementos forman una única obligación contractual. Por lo tanto, argumenta la Demandada, la mera inobservancia de sus obligaciones de pago no incumple el Contrato por sí sola y mucho menos el TBI.

103. El argumento de la Demandada puede resumirse de la siguiente manera: (1) el Artículo 11 del TBI exige que se cumpla el Contrato; (2) el Contrato requiere que la Demandada pague a SGS; (3) si bien la Demandada no ha pagado la mayoría de las facturas de SGS, el Contrato dispone que cualquier conflicto relativo al pago deberá someterse a los tribunales nacionales; y (4) en tanto los tribunales nacionales resuelven el conflicto, la Demandada no incumple sus obligaciones contractuales.

104. Existen diversos problemas con la defensa planteada por la Demandada. En primer lugar, la Demandada no ha citado ninguna autoridad legal, ni siquiera en el ámbito del Derecho paraguayo, que respalde su postura. Ciertamente, no hay nada explícito en el Contrato sobre este punto. De hecho, la Cláusula 7.1 del Contrato, que permite que una parte rescinda el Contrato ante el incumplimiento contractual de la otra, da a entender lo

opuesto, es decir, que no es necesario que se produzca un fallo judicial o una frustración de la cláusula de elección de fuero para que haya incumplimiento⁹¹.

105. En segundo lugar, en ausencia de una autoridad legal en contrario, resulta claro, en opinión del Tribunal, que las disposiciones relativas al pago y las relativas a la solución de diferencias incluidas en el Contrato no son opciones alternativas, sino dos obligaciones distintas. Si la Demandada no cumpliera con sus obligaciones de pago y si frustrara el intento de la Demandante de someter las diferencias a los tribunales nacionales de conformidad con la cláusula de elección de fuero, en ese caso, para el Tribunal, la Demandada estaría incumpliendo dos obligaciones en virtud del Contrato, no una sola. Los dos compromisos son obligaciones distintas y separadas entre las partes. Suponer lo contrario implicaría, en efecto, que solo se pudiera incumplir un contrato en el supuesto de conculcar, no una, sino más de una de sus cláusulas.

106. En otras palabras, el argumento de la Demandada, a primera vista, carece de toda coherencia lógica. El Paraguay argumenta que “la ‘obligación’ que asumió Paraguay fue la de pagar a SGS o resolver las diferencias relativas al pago ante los tribunales nacionales”⁹² (traducción del Tribunal). Esto no es correcto. No es posible que el Paraguay tuviera la opción de pagar sus facturas o someter la diferencia ante los tribunales nacionales.

107. En tercer lugar, si la Demandada negoció el Contrato con la expectativa de que la cláusula de elección de fuero contenida en el Contrato

⁹¹ La Cláusula 7.1 del Contrato establece lo siguiente:

Las partes podrán rescindir el presente Contrato por el incumplimiento de las cláusulas establecidas en el mismo y de las disposiciones legales aplicables.

Si se tratare de incumplimiento imputable a EL MINISTERIO, SGS deberá notificarle la causal invocada, que de no ser subsanada en un plazo razonable, autorizará la rescisión del contrato.

Si se tratare de incumplimiento imputable a SGS, EL MINISTERIO notificará la causal invocada, estableciendo un plazo dentro del cual deberá darse cumplimiento a las disposiciones contractuales y legales, según la exigencia del interés público, las que de no ser atendidas en tiempo oportuno, producirá el efecto de rescisión del contrato de pleno derecho.

⁹² Dúplica de la Demandada, párrafo 45.

excluiría su responsabilidad en virtud del TBI, las suposiciones de la Demandada estaban fuera de lugar. La Demandada argumenta que la cláusula de elección de fuero era parte del acuerdo al que llegaron el Paraguay y SGS al negociar el Contrato y que una eventual exigencia de responsabilidad por parte del Tribunal socavaría ese acuerdo, como quiera que todos los requisitos sustanciales del Contrato fueron negociados con la expectativa de que las diferencias que surgieran serían sometidas a los tribunales nacionales. Sin embargo, la Demandada deja de lado el hecho de que, además de aceptar una cláusula de elección de fuero en el Contrato, también accedió en forma separada al arbitraje de conformidad con el TBI. Al hacerlo, la Demandada le ofreció a los inversionistas suizos una jurisdicción alternativa para la solución de diferencias. El mecanismo del arbitraje en virtud del TBI formaba parte del marco jurídico aplicable y, de hecho, pasó a ser parte irrevocable del acuerdo.

108. La debilidad de la argumentación de la Demandada puede verse claramente en la postura que ha adoptado en el presente arbitraje en cuanto a sus propias alegaciones de incumplimiento. Tal como se discutirá más adelante en detalle, la Demandada realiza una extensa argumentación sobre su justificación para retener el pago: la presunta violación por la Demandante de sus obligaciones con arreglo al Contrato. Por ejemplo, en la Dúplica de la Demandada (párrafo 49), ésta argumenta: “dado que el Contrato exige a SGS que cumpla estrictamente sus términos, cualquiera de estas tres causas relativas al supuesto incumplimiento de sus obligaciones por parte de SGS hacía que SGS estuviera incumpliendo el Contrato. Por consiguiente, de conformidad con la legislación paraguaya, el Paraguay tenía derecho a retener los pagos y no transgredió sus ‘obligaciones’ contractuales” (traducción del Tribunal). Ahora bien, si la Demandada tuviera razón al señalar que sus obligaciones de pago forman parte de una obligación única junto con la cláusula de elección de fuero, entonces también sucedería así respecto de las obligaciones de cumplimiento de la Demandante. Ciertamente, en cambio, no hubo ninguna afirmación en el análisis de la Demandada sobre los supuestos incumplimientos de la Demandante – ni en ninguno de los documentos referidos a los hechos y presentados por la Demandada acerca del cumplimiento de la Demandante – en el sentido de eximir a la Demandante de toda responsabilidad respecto de sus obligaciones contractuales, en tanto y en cuanto aceptara someter la solución de las diferencias a los tribunales nacionales.

109. El argumento de la Demandada, en realidad, es simplemente un intento de volver a emplear los argumentos que planteó durante la fase jurisdiccional, argumentos que el Tribunal ya ha rechazado. En la Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal estableció que la cláusula de elección de fuero no privaba al Tribunal de jurisdicción sobre la diferencia ni hacía inadmisibles las reclamaciones de la Demandante. Además, el Tribunal concluyó que, una vez hubo asumido jurisdicción sobre las reclamaciones, se veía obligado a resolverlas. El Tribunal no estaría resolviendo las reclamaciones si ahora concluyera que deben ser conocidas por los tribunales nacionales. El nuevo intento de la Demandada de disfrazar su argumento como una defensa relativa a la fase sobre el fondo no modifica dicha conclusión.

(iii) El argumento de la Demandada de que la Demandante incumplió el Contrato

110. La Demandada argumenta que su falta de pago de las facturas de SGS está justificada porque la Demandante no cumplió con sus obligaciones en virtud del Contrato. Según la Demandada, “incluso una ligera desviación de los requisitos del Programa –y la desviación de SGS fue todo menos ligera– justificaría la actuación del Paraguay”⁹³. La Demandada alega que “por lo tanto, según la legislación paraguaya, el Paraguay tenía derecho a retener pagos y no incumplió sus ‘obligaciones’ contractuales”⁹⁴ (traducción del Tribunal).

111. La Demandada afirma que la Demandante incumplió sus obligaciones al: (a) no haber capacitado a funcionarios de Aduanas y creado una base de datos utilizable; (b) emitir múltiples facturas sobre determinados Certificados de Inspección; (c) realizar inspecciones y emitir facturas sobre importaciones provenientes de la región del Mercosur de manera inapropiada; y (d) realizar inspecciones y emitir facturas sobre importaciones de productos de petróleo de manera inapropiada. El Tribunal examinará cada uno de estos argumentos a continuación.

⁹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 114.

⁹⁴ Dúplica de la Demandada, párrafo 49.

(a) Sobre si la Demandante no cumplió con sus obligaciones contractuales relativas a la capacitación de los funcionarios de Aduanas y a la creación de una base de datos

(1) La postura de la Demandada

112. La Demandada alega que la Demandante no cumplió con las obligaciones asumidas en las Cláusulas 2.9 y 2.10 del Contrato. De conformidad con la Cláusula 2.9 del Contrato (“Cooperación técnica”), SGS debía brindar capacitación dos veces al año a un máximo de seis funcionarios de Aduanas. El programa de capacitación “incluiría, entre otras cosas, las técnicas empleadas por el personal de SGS, los procedimientos técnicos, administrativos y organizacionales, con el objeto de lograr una eficiente y efectiva ejecución y protección de los ingresos tributarios y conformar un cuerpo de funcionarios especializados en valoración aduanera”.

113. De acuerdo con la Cláusula 2.10 del Contrato, SGS ayudaría a crear una base de datos para Aduanas “en base a la información consignada en los Certificados de Inspección que emita”. SGS también “proveer[ía] a la Aduana de asistencia y asesoría técnica para la creación de programas y procedimientos que le permitan monitorear la citada base de datos. . .”.

114. Según la Demandada, el objetivo tanto de la capacitación como de la creación de la base de datos era, no solo reforzar la recaudación de ingresos, sino también permitir que las autoridades aduaneras nacionales gestionasen un sistema aduanero de manera independiente, con el objetivo a largo plazo de crear un sistema aduanero eficiente y moderno que fortaleciera la economía del país. La Demandada argumenta que SGS apenas si realizó algunas modestas sesiones de capacitación en el Paraguay y que se limitó a convertir a formato digital los datos no automatizados obrantes en los Certificados de Inspección. Según la Demandada, “estas acciones, aunque importantes, son insuficientes para acreditar que SGS cumplió con sus obligaciones técnicas de tal modo que permitió que Aduanas efectuase comparaciones de precios utilizando una base de datos desarrollada por SGS y

LAUDOS

BIVAC. Ninguna base de datos o datos útiles fueron facilitados a Paraguay”⁹⁵.

115. Para respaldar su postura, la Demandada se refiere al informe de 30 de marzo de 1999 elaborado por el Contralor General de Aduanas⁹⁶, al informe de 22 de junio de 1999 dirigido al Ministro de Hacienda⁹⁷ y al informe de 28 de enero de 2003 elaborado por el auditor interno del Ministerio de Hacienda⁹⁸ que, según la Demandada, concluyeron que SGS no había cumplido con las obligaciones asumidas en el Contrato.

(2) La postura de la Demandante

116. La Demandante argumenta que cumplió con su obligación de brindar capacitación de conformidad con la Cláusula 2.9 del Contrato al suministrar equipamiento a Aduanas y al capacitar a sus funcionarios en lo relativo a las metodologías y los procedimientos de clasificación y valoración tarifarias⁹⁹. SGS alega que cumplió con sus obligaciones en virtud de la Cláusula 2.10 del Contrato al proveer a Aduanas de software, computadoras y conexiones modernas y al suministrarle los datos contenidos en los Certificados de Inspección en formato electrónico. Además, el Sr. Musalem testificó que SGS llevó a cabo varios seminarios de capacitación dirigidos a los funcionarios de Aduanas y que los capacitó en todo lo relativo al equipamiento y a la base de datos suministrados por SGS. Según la Demandante, empleados de SGS viajaron al Paraguay desde Miami, Perú y Ecuador para brindar capacitaciones. SGS alega que destinó aproximadamente US\$ 317.000 para estos programas de capacitación y que Aduanas nunca presentó una queja directa ante SGS sobre el programa de capacitación.

117. La Demandante cuestiona la exactitud del informe de Aduanas de 30 de marzo de 1999 y del informe del auditor interno del Ministerio de

⁹⁵ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 39.

⁹⁶ Informe de Víctor José Soler a Celso Guillermo Romero Rolón de 30 de marzo de 1999, Anexo RE-2 (“Informe de Aduanas”).

⁹⁷ Informe de los Auditores Internos al Ministro de Hacienda de 22 de junio de 1999, Anexo RE-17.

⁹⁸ Informe del Coordinador de Auditoría Interna al Ministro de Hacienda de 28 de enero de 2003, Anexo RE-18.

⁹⁹ Véase Primera Declaración Musalem, párrafos 32-34.

Hacienda de 28 de enero de 2003. La Demandante observa que ninguno de los dos informes ofrece pruebas que respalden sus conclusiones. La Demandante considera que las conclusiones de Aduanas en el informe de marzo de 1999 se deben a una falta de conocimiento general de los servicios que SGS estaba brindando. Por ejemplo, en respuesta a una solicitud de 30 de julio de 1998 realizada por Aduanas, SGS suministró un informe completo que demostraba que “se ha realizado el análisis, desarrollo, pruebas y su aprobación de las bases de datos para la Aduana, lo que ha sido coordinado. . .” y que la información aduanera pertinente había sido transferida y actualizada semanalmente¹⁰⁰. Según la Demandante, el hecho de que Aduanas no tuviera en su poder esta información y que, en cambio, solicitara un informe completo de parte de SGS indica que Aduanas no tenía conocimiento pleno de los servicios que SGS había estado brindando. Según la Demandante, “al igual que sucedió en julio de 1998, con el desconocimiento de Aduanas respecto de los servicios técnicos brindados por SGS en relación con la base de datos (aclarado mediante la carta de SGS de agosto de 1998), el desconocimiento del inspector de Aduanas, en marzo de 1999, respecto de los servicios de entrenamiento brindados por SGS puede atribuirse únicamente a una falta de coordinación y minuciosidad interna”¹⁰¹.

118. La Demandante sostiene que tanto el informe de 2003 como el informe de junio de 1999 que la Demandada cita simplemente hacen referencia al informe de marzo de 1999 y que, por lo tanto, presentan las mismas deficiencias¹⁰².

(3) El análisis del Tribunal

119. En opinión del Tribunal, y pese a soportar la carga de la prueba al respecto, la Demandada no ha podido demostrar el incumplimiento por

¹⁰⁰ Carta de SGS a Aduanas de 4 de agosto de 1998, Anexo C-90. SGS también presentó un correo electrónico interno de la empresa de 3 de agosto de 1998 donde se explica cómo SGS coordinaba junto con un representante de Aduanas la entrega de actualizaciones semanales de expedientes para la base de datos. Correo electrónico interno de 3 de agosto de 1998, Anexo C-89.

¹⁰¹ Memorial de la Demandante, párrafo 52.

¹⁰² Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 44.

LAUDOS

parte de la Demandante de sus obligaciones contractuales en virtud de las Cláusulas 2.9 y 2.10 del Contrato. La Demandante ha ofrecido documentación contemporánea (la carta de 1998 que envió a Aduanas) así como el testimonio del Sr. Musalem, un testigo creíble y con conocimiento suficiente, sobre los servicios que brindaba¹⁰³. Tales servicios incluyeron capacitación y el suministro de hardware, software y datos para la base de datos. No se ha ofrecido prueba alguna de que la Demandada haya cuestionado la información contenida en la carta de 1998 de SGS. El autor del primer documento invocado por la Demandada, es decir, el Informe de Aduanas de 30 de marzo de 1999¹⁰⁴, admite explícitamente su “total desconocimiento” de la mayoría de los asuntos abordados en el Informe y en el Contrato. El Informe simplemente señala que la capacitación “no ha sido realizada”, pero no ofrece ninguna justificación. Los demás dos documentos en los que se apoya la Demandada carecen de fundamento y no logran identificar con una especificidad significativa las deficiencias encontradas en los servicios brindados por SGS.

120. Asimismo, tal como observa la Demandante y la Demandada no cuestiona, los informes nunca fueron enviados a la Demandante y, por lo tanto, es claro que ninguna discrepancia fue lo suficientemente significativa como para ser comunicada a la Demandante durante la vigencia del Contrato. De hecho, no existe ninguna prueba de que se haya planteado algún problema con respecto al programa de capacitación de SGS durante cualquiera de las reuniones semanales (que algunas veces eran más frecuentes) celebradas entre SGS y Aduanas¹⁰⁵. El Tribunal considera elocuente el he-

¹⁰³ Véase Primera Declaración Musalem, párrafos 32-34.

¹⁰⁴ Informe de Aduanas de 30 de marzo de 1999, Anexo RE-2.

¹⁰⁵ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 166:14-22 y página 167:1-9. El Sr. Musalem testificó que “se mantenían reuniones semanales o hasta dos veces a la semana con el Gobierno, con Aduana, con el director de Aduana, específicamente, que era la persona que recibía nuestro certificado y lo iba a usar para la liberación de la mercadería de Aduana. . . . Nosotros nunca de parte del Gobierno ni de Aduana ni del Ministerio recibimos un reclamo de una mal práctica de nuestro contrato. Eso hasta el día que yo me fui de Paraguay nunca recibí nada de parte del Gobierno, de ninguna autoridad de los tres gobiernos que existieron en ese período”.

cho de que, según se desprende del expediente, la Demandada no haya presentado ninguna queja en ese momento sobre el cumplimiento por SGS de las obligaciones de capacitación asumidas en virtud del Contrato.

121. En cualquier caso, aun cuando SGS no hubiera cumplido con sus obligaciones, la Demandada no ha citado ninguna autoridad legal que respalde su postura de que en dicho caso estaría exenta de realizar los pagos en virtud del Contrato, incluso en el supuesto de continuar aceptando los servicios de inspección de SGS. Ninguna disposición del Contrato ofrece ese respaldo. De hecho, de conformidad con la Cláusula 7.1 del Contrato, si una parte considera que la otra ha incumplido sus obligaciones contractuales, la solución apropiada para la parte agraviada es la de rescindir el Contrato por incumplimiento y, conforme a la regla de limitación de responsabilidad contenida en la Cláusula 5.3, reclamar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Sin embargo, el Contrato no permite que la supuesta parte agraviada continúe exigiendo el cumplimiento y a la vez deje simplemente de cumplir sus propias obligaciones contractuales.

(b) Múltiples facturas emitidas para determinados Certificados de Inspección

(1) La postura de la Demandada

122. Según la Demandada, los Artículos 6 y 16 de la Resolución N° 1171 exigían que SGS emitiera un único Certificado de Inspección por cada factura comercial relacionada con un determinado embarque importado. La Demandada traduce el Artículo 16 de la Resolución N° 1171 en el sentido de que exigiría la emisión de “un” Certificado de Inspección¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 44, nota 45. El Artículo 16 de la Resolución N° 1171 establece “una vez recibida del exportador la factura comercial y/u otros documentos requeridos por las Empresas Verificadoras, y después de comprobar que la cantidad, precio y descripción de los bienes consignados en dicha factura correspondan a los resultados de la inspección física y comparación de precio, o cuando las anomalías observadas hayan sido corregidas, las Empresas Verificadoras emitirán un Certificado de Inspección”. La Demandada traduce el Artículo 16 de la siguiente manera: “*Once the commercial invoice or other documents requested by the Verifying Companies is received from the exporter, and after the*

123. La Demandada sostiene que la Demandante quebró este requisito al emitir “de manera rutinaria” múltiples Certificados de Inspección. Para respaldar su postura, la Demandada hace referencia a un informe interno de 22 de junio de 1999 enviado al Ministro de Hacienda donde se concluía lo siguiente¹⁰⁷:

Existe... evidencia de conocimientos de embarque por montos superiores a \$21.800 que tienen dos, tres o más Certificados de Inspección, que, en varios casos, no alcanzan individualmente el monto mínimo. Las compañías de inspección presentan sus evaluaciones como inspecciones separadas, y en casos de conveniencia las mismas cobran el costo mínimo, en abierta contradicción a lo que es establecido en el Artículo No. 6, 4to. párrafo, que requiere en todos los casos que la compañía de inspección trate a estas en conjunto, cuando se refieren a una operación individual.

(2) La postura de la Demandante

124. La Demandante observa que SGS nunca recibió el informe de 1999 del Ministerio de Hacienda al que se refiere la Demandada y que nunca se le hizo saber de ninguna otra manera que existían problemas con su práctica para la emisión de facturas durante las reuniones semanales que mantenía con Aduanas. En cualquier caso, según la Demandante, el informe no concluía que SGS estuviera haciendo nada incorrecto sino que simplemente indicaba¹⁰⁸:

Nos vemos en la obligación de mejorar el marco legal que rige el trabajo de las empresas de inspección, en especial en lo que respecta al pago de los servicios, ya que dicho marco en la actualidad no contempla determinadas situaciones que actualmente están generando pérdidas considerables

verification that the quantity, price and description of goods consigned in said commercial invoice correspond to the results of the physical inspection and price comparison, or, in the event of any discrepancies, once these discrepancies have been resolved and corrected, the Verifying Companies shall issue one Inspection Certificate”.

¹⁰⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 46, nota 47.

¹⁰⁸ Réplica de la Demandante, párrafo 36, *donde se cita* el Informe de los Auditores Internos para el Ministro de Hacienda de 22 de junio de 1999, Anexo RE-17.

para el Estado, contrariamente a lo que consideramos que debe ser el objetivo de la implementación de este programa, es decir, aumentar la recaudación impositiva.

125. En otras palabras, según la Demandante, el informe describía ciertos ajustes que debían realizarse sobre el Contrato, pero no concluía que la Demandante estuviera incumpliendo sus obligaciones contractuales en vigor.

126. Además, la Demandante sostiene que su conducta era apropiada y, de hecho, necesaria para cumplir con sus obligaciones contractuales. La Demandante describe dos situaciones en las que sería necesario emitir múltiples Certificados de Inspección contra una única factura. En primer lugar, las ventas de grandes volúmenes de mercancía asociadas con una única factura pueden dividirse en varios embarques de valores inferiores. En estas situaciones, SGS necesitaría inspeccionar cada embarque por separado y emitir múltiples Certificados de Inspección, aunque existiera una única factura comercial. La Demandante considera que este procedimiento es plenamente congruente con el Artículo 6, párrafo 2, de la Resolución N° 1171, que dispone que los “embarques parciales con valores inferiores a DÓLARES AMERICANOS TRES MIL (US\$.3000) FOB que forman parte de un pedido, u orden de compra-venta superior a DÓLARES AMERICANOS TRES MIL (US\$.3000) serán sujetos a Inspección Pre-embarque”.

127. En segundo lugar, SGS necesitaría emitir múltiples Certificados de Inspección si varios exportadores enviaran mercaderías que estuvieran combinadas en un único embarque importado. En ese caso, SGS necesitaría inspeccionar las mercaderías de cada exportador de forma separada. La Demandante alega que este enfoque era el que establecía el Artículo 6, párrafo 4, de la Resolución N° 1171, que dispone que “las mercaderías que sean embarcadas a un mismo importador o por un solo embarcador, de varios proveedores y consolidadas en un solo conocimiento de embarque, estarán sujetas al Programa de Inspección Pre-embarque, si el monto total del mismo es igual o superior a DÓLARES AMERICANOS TRES MIL (US\$.3000.-) FOB”.

128. La Demandante sostiene que, correctamente interpretado, el Artículo 6 de la Resolución N° 1171 no restringe la cantidad de Certificados de

Inspección a uno por factura¹⁰⁹. También argumenta que, de conformidad con la Cláusula 4.1.1 del Contrato, SGS tenía derecho a presentar una factura por cada inspección¹¹⁰.

(3) El análisis del Tribunal

129. El Tribunal concluye que, pese a soportar la carga de la prueba al respecto, la Demandada no ha logrado demostrar que la práctica de facturación seguida por la Demandante fuera incorrecta.

130. La Resolución N° 1171 establece que, en las dos circunstancias mencionadas por la Demandante, SGS debía realizar una inspección pre-embarque. La única forma como aparentemente SGS podía hacerlo era inspeccionando los embarques de pequeño volumen asociados a una factura de importe mayor.

131. La Resolución N° 1171 no es clara en cuanto a cómo debían cobrarse esas inspecciones y ninguna de las partes ha ofrecido autoridad legal que ayude al Tribunal a comprender cómo debería interpretarse la Resolución N° 1171. En opinión del Tribunal, no sería razonable concluir que las partes tenían la intención de que SGS no cobrara nada por realizar las inspecciones. Por lo tanto, nos vemos obligados a decidir si SGS debería haber cobrado el honorario mínimo por cada inspección o si debería haberle cobrado a la Demandada con base en un porcentaje del embarque considerado en su totalidad.

132. SGS cobró el honorario mínimo. En opinión del Tribunal, éste fue un enfoque razonable, dado que no hay prueba alguna que demuestre que el cose de una inspección individual sería menor si los embarques involucrados fueran de menor valor. Además, no es objeto de controversia en

¹⁰⁹ Réplica de la Demandante, párrafo 33, nota 35.

¹¹⁰ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 35. La Cláusula 4.1.1 del Contrato establece “los honorarios por los Servicios Técnicos se calcularán en base al 1.3% (uno punto tres por ciento) sobre el valor FOB de las mercancías consignadas en el Certificado de Inspección o en el Reporte de Discrepancia y expresado en dólares de los Estados Unidos de América”.

este caso que la práctica uniforme de SGS durante el cumplimiento del Contrato fue la de cobrar el honorario mínimo en estas circunstancias, mientras que la Demandada no ha ofrecido ninguna prueba de haberle comunicado a SGS que estaba en desacuerdo con el enfoque por ésta aplicado. Tal como se mencionó anteriormente, el testigo de la Demandante, el Sr. Musalem, testificó que SGS y Aduanas se reunían semanalmente y, en ocasiones dos veces por semana, y que Aduanas nunca planteó ninguna inquietud¹¹¹. Aun cuando el informe de marzo de 1999 concluyera que la práctica seguida por la Demandante era inapropiada, la Demandante observa – y la Demandada no cuestiona – que el informe no fue comunicado a la Demandante en ese momento¹¹². En vista de las circunstancias, consideramos que la ausencia de enfrentamiento entre las partes a la hora de cumplir el contrato en este aspecto refleja su interpretación armónica del mismo. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la metodología aplicada por la Demandante no violó sus obligaciones contractuales.

(c) El programa del Mercosur

(1) La postura de la Demandada

133. La Demandada argumenta que SGS inspeccionó de manera inapropiada mercaderías originarias de la región del Mercosur. La Resolución 1579 excluía de las inspecciones “aquellas importaciones liberadas y las exoneradas de los tributos aduaneros e internos, contenidas en las disposiciones de carácter general o en Leyes Especiales”, que la Demandada traduce al inglés de la siguiente manera: “*any and all tax free imports free and clear of those duties or internal taxes, as described in general or special laws*”¹¹³. La Demandada argumenta que las mercaderías exentas de impuestos aduaneros provenientes de áreas de libre comercio (como es el caso del Mercosur) estaban por lo tanto exentas de las inspecciones pre-embarque.

¹¹¹ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 166:14-167:9.

¹¹² Réplica de la Demandante, párrafo 32.

¹¹³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 24.

134. La Demandada argumenta que las inspecciones de las importaciones provenientes de la región del Mercosur probablemente representaron una parte muy significativa de las inspecciones totales de SGS. Según la Demandada, las importaciones provenientes de países del Mercosur representaban más del 50% de todas las importaciones que ingresaron en el Paraguay durante la vigencia del Contrato¹¹⁴. (Posteriormente, la Demandada estimó que las importaciones provenientes de la región del Mercosur representaban cerca del 70% de las mercaderías inspeccionadas por SGS)¹¹⁵. Mediante la extrapolación de los datos referidos a las importaciones, la Demandada afirma que al menos un 50% de todos los Certificados de Inspección de SGS estaban vinculados a importaciones del Mercosur y que, por lo tanto, eran inapropiados. Citando un informe interno del 28 de enero de 2003 del Ministerio de Hacienda, la Demandada argumenta que “la inspección indiscriminada de mercancías sin tener en cuenta las reglamentaciones del Programa fue debidamente notada por las autoridades paraguayas durante las actuaciones de SGS y posteriormente”¹¹⁶.

135. La Demandada también argumenta que las inspecciones no eran necesarias para confirmar el origen de las mercaderías provenientes del Mercosur, dado que el Tratado de Asunción exige que el Paraguay acepte en su literalidad toda declaración de importación que establezca que las mercaderías provienen de un país miembro del Mercosur. La Demandada observa que las mercaderías procedentes del Mercosur sólo podían importarse con una declaración que certificara que las mercaderías provenían de un país miembro del Mercosur y que, según los términos del Tratado de Asunción, “en ningún caso el país importador detendrá el trámite de importación de los productos amparados en los certificados de origen”¹¹⁷.

¹¹⁴ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 25.

¹¹⁵ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 75:1-11.

¹¹⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 51, *donde se cita* el Informe del Coordinador de Auditoría Interna para el Ministro de Hacienda de 28 de enero de 2003, Anexo RE-18.

¹¹⁷ Véase Anexo II, Capítulo II, Artículos 11 y 16 del Tratado de Asunción, Anexo RE-26.

136. La Demandada sostiene que un Informe Interno enviado al Ministro de Hacienda, de 22 de junio de 1999, concluyó que, respecto de las importaciones provenientes de países miembros del Mercosur, el Paraguay no percibe impuestos aduaneros y puede percibir a lo sumo un 1,5% en concepto de IVA. Por lo tanto, según la Demandada, si el Paraguay debe pagar a SGS honorarios de un 1,3%, solo le queda un 0,2% de ingresos. En consecuencia, el informe concluye que debería mejorarse el marco legal¹¹⁸.

137. La Demandada observa el argumento de la Demandante (que se discutirá en mayor detalle a continuación) de que la exención contenida en la Resolución N° 1579 sólo se aplicaba a las importaciones exentas de aranceles aduaneros y de impuestos. Sin embargo, la Demandada argumenta que la exención debería interpretarse en el sentido de resultar aplicable a mercaderías exentas de aranceles aduaneros o de impuestos¹¹⁹.

138. La Demandada también observa el argumento de la Demandante de que las inspecciones eran necesarias porque el IVA y otros impuestos se calculaban con base en el valor de importación y la mayoría de las importaciones provenientes del Mercosur estaban sujetas a tributación. Sin embargo, la Demandada argumenta que, aun cuando las mercaderías importadas de países miembros del Mercosur estaban sujetas a la aplicación del IVA y de otros impuestos calculados con base en el valor de importación, el Paraguay estaba obligado a aceptar las declaraciones del importador en su literalidad y, por lo tanto, no era necesario realizar ninguna inspección¹²⁰. Según la Demandada, la Demandante admite también que no todas las importaciones provenientes de la región del Mercosur estaban sujetas a la aplicación del IVA o de otros impuestos, que la Demandante no ha probado en forma adecuada cuál es el porcentaje de tales importaciones que estaba sujeto a impuestos y que la Demandante no ha demostrado haber dejado al margen de inspección la porción de importaciones provenientes del Mercosur que estaba exenta de impuestos¹²¹.

¹¹⁸ Véase Informe de los Auditores Internos para el Ministro de Hacienda de 22 de junio de 1999, Anexo RE-17.

¹¹⁹ Dúplica de la Demandada, párrafos 15-18.

¹²⁰ Dúplica de la Demandada, párrafo 19.

¹²¹ Dúplica de la Demandada, párrafo 20.

(2) La postura de la Demandante

139. La Demandante no niega haber inspeccionado importaciones provenientes de la región del Mercosur, pero argumenta que estaba obligada a hacerlo. La Demandante argumenta que sería “inconcebible” que Aduanas y el Ministerio de Hacienda no hubieran notado el error si SGS estaba, de hecho, inspeccionando de manera inapropiada más del 50% de las importaciones que ingresaban en el Paraguay o que Aduanas no se lo hubiera hecho notar a la Demandante¹²².

140. La Demandante plantea diversos argumentos para respaldar esta postura. En primer lugar, según la Demandante, SGS estaba obligada a confirmar que el origen de las mercaderías estaba consignado apropiadamente. La Demandante se refiere específicamente a la Cláusula 2(6) del Contrato, que establecía que “SGS comprobará el país de origen de las mercaderías en base a los documentos emitidos por entidades oficiales u organismos autorizados, presentados por el proveedor a solicitud del importador, para su consideración en los casos de tratamientos arancelarios y regímenes especiales”. En opinión de la Demandante, las importaciones provenientes de la región del Mercosur estaban sujetas a un “régimen especial”¹²³.

141. En segundo lugar, según la Demandante, la Resolución N° 1579 no excluía de las inspecciones las importaciones provenientes de la región del Mercosur. La Demandante traduce al inglés] la Resolución N° 1579 en el sentido de excluir “aquellas importaciones liberadas y las exentas de tributos aduaneros e impuestos internos contemplados en las disposiciones generales o en las Leyes Especiales”¹²⁴. Según la Demandante, la Resolución N° 1579 eximía de la inspección sólo aquellas mercaderías que estaban exentas del pago *tanto* de aranceles aduaneros *como* de impuestos internos, tales como el IVA y el impuesto sobre las ventas¹²⁵. Si bien las mercaderías provenientes de la región del Mercosur solían estar exentas del pago de

¹²² Réplica de la Demandante, párrafo 43.

¹²³ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 29:1-5.

¹²⁴ Réplica de la Demandante, párrafo 40.

¹²⁵ Réplica de la Demandante, párrafo 41.

aranceles aduaneros, no solían estar exentas del pago del IVA. La Demandante observa que más del 90% de las mercaderías provenientes del Mercosur estaban sujetas al IVA y a otros impuestos y tanto el IVA como el impuesto sobre las ventas se pagaban con base en el precio indicado en el Certificado de Inspección suministrado por la empresa verificadora, ya sea SGS o BIVAC.

142. En tercer lugar, con respecto al informe interno del Ministerio de Hacienda de 2003 al que la Demandada hace referencia, la Demandante observa que dicho documento fue elaborado cuatro años después del acaecimiento del hecho y, por lo tanto, su veracidad es cuestionable¹²⁶.

143. En cuarto lugar, con respecto al Informe Interno del Ministerio de Hacienda de 1999, la Demandante argumenta que dicho documento no concluye, de hecho, que SGS estuviera inspeccionando las importaciones provenientes del Mercosur de manera inapropiada. En realidad, según la Demandante, dicho informe sólo recomendaba introducir un cambio en el marco legal existente, a la vista del hecho de que la Demandada retenía muy pocos ingresos una vez pagados los honorarios de SGS.

144. En quinto lugar, la Demandante hace hincapié en el hecho de que SGS realizaba las inspecciones a solicitud de los importadores. La Demandante argumenta que un importador no solicitaría la inspección de un embarque de la región del Mercosur si no la necesitara¹²⁷. La Demandante también observa que, si una inspección no fuera necesaria, SGS se negaría a realizarla. Si de todas formas el importador deseara que su embarque fuera inspeccionado, se le cobraría directamente al importador por el servicio brindado¹²⁸.

¹²⁶ Réplica de la Demandante, párrafo 45.

¹²⁷ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 142:5-15.

¹²⁸ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, páginas 160 y 163-164:2. La Demandante también argumenta que SGS no podía cobrar al importador por la inspección de un cargamento de la región del Mercosur porque ello constituiría una restricción inadmisibles al comercio. Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 199:8-14.

145. Por último, la Demandante observa que Aduanas jamás planteó inquietud alguna sobre sus prácticas de inspección y facturación a pesar de que SGS y Aduanas se reunían de forma semanal (y, en ocasiones, dos veces por semana) para comentar las facturas de SGS¹²⁹.

(3) El análisis del Tribunal

146. El Tribunal concluye que, pese a soportar la carga de la prueba al respecto, la Demandada no ha logrado demostrar que la Demandante inspeccionara de manera inapropiada los embarques provenientes de la región del Mercosur. La Demandada no ha ofrecido ninguna autoridad legal que respalde su postura, más allá del tenor de la Resolución N° 1579. Por el contrario, en opinión del Tribunal, el tenor de la Resolución N° 1579 respalda la postura de la Demandante.

147. La Resolución N° 1579 exige de la inspección aquellas mercaderías que se encuentran exentas del pago de aranceles aduaneros e impuestos internos. El Tribunal interpreta la disposición pertinente, tal cual está escrita y dentro de su contexto, en el sentido de que excluye una única clase de mercaderías, es decir, aquéllas exentas del pago tanto de aranceles aduaneros como de impuestos internos. De hecho, el preámbulo de la Resolución N° 1579 establece en su segundo párrafo que el objetivo de la Resolución es asegurar que las mercaderías no estén sujetas a inspección pre-embarque si están exentas de “*todo* tributo, aduanero y no aduanero” (énfasis agregado). Además, la interpretación de la Demandada llevaría a un resultado indeseado. La Demandada sostiene que la frase debería interpretarse de modo tal que quedasen excluidas de la inspección las mercaderías que se encontrasen exentas del pago de aranceles aduaneros o de impuestos internos. Sin embargo, según esta interpretación, las mercaderías que estuvieran exentas del pago de impuestos internos, pero que *pagaran aranceles aduaneros* también estarían exentas de inspección¹³⁰. El Tribunal considera difícil de creer que las partes hayan tenido la intención de llegar a este resultado, puesto que la finalidad primordial del proceso de inspección pre-

¹²⁹ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, páginas 166-167.

¹³⁰ No queda claro si existe una clase de mercaderías que está sujeta a impuestos internos, pero no a aranceles aduaneros. Sin embargo, si no existe esa clase de mercaderías, entonces tendría poco sentido excluir esa clase inexistente de mercaderías de la inspección.

embarque era la de asegurar la adecuada recaudación de aranceles aduaneros.

148. Además, la Demandante argumenta y la Demandada no objeta, que las importaciones provenientes de la región del Mercosur estaban sujetas al pago del IVA y del impuesto sobre las ventas y que dichos impuestos se calculaban con base en el precio expresado en el Certificado de Inspección. Aunque la Demandada sostiene que el Tratado de Asunción le exige al Paraguay aceptar, a fin de calcular el arancel aduanero, el valor declarado en aduana sin necesidad de realizar una inspección, los preceptos del Tratado de Asunción citados por la Demandada no establecen que el Paraguay debiera aceptar el valor declarado para calcular los impuestos internos. Por lo tanto, al Tribunal le parece necesario que SGS realizara las inspecciones a fines del cálculo impositivo, así como que sería extraño que se le prohibiera a SGS facturar por dichas inspecciones, en especial si, tal como argumenta la Demandada, dichas importaciones representaban entre un 50% y un 70% del total de las importaciones que ingresaban en el Paraguay. El Tribunal también está convencido de que sería poco probable que un importador solicitara la inspección de una importación proveniente de la región del Mercosur que estuviese exenta del pago de aranceles aduaneros e impuestos internos. En consecuencia, el Tribunal concluye que la Demandada, pese a soportar la carga de la prueba en este aspecto, no logró satisfacerla en cuanto a los supuestos incumplimientos contractuales por parte de la Demandante.

149. El Tribunal reitera que el testigo de la Demandante, el Sr. Musalem, testificó que SGS y Aduanas se reunían semanalmente, y en ocasiones dos veces por semana, para comentar los Certificados de Inspección y, sin embargo, según el Sr. Musalem, Aduanas nunca planteó ninguna objeción a las facturas correspondientes a las importaciones provenientes del Mercosur¹³¹. La Demandada no ha presentado prueba alguna que refute el testimonio del Sr. Musalem. Nuevamente, consideramos que el modo como las partes cumplieron el Contrato en este aspecto refleja de forma convincente una interpretación concorde de ambas al respecto.

¹³¹ Véase, por ejemplo, Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, páginas 166:14-167:9.

(d) Facturas relacionadas con el petróleo

(1) La postura de la Demandada

150. La Demandada argumenta que SGS inspeccionó de manera inapropiada importaciones de ciertos productos petrolíferos, a pesar de que SGS había aceptado que no realizaría más inspecciones de embarques petrolíferos a partir del 1 de septiembre de 1997. Según la Demandada, SGS cobró al Paraguay aproximadamente US\$ 65.800,00 en concepto de inspecciones realizadas en esa fecha y con posterioridad a ella de importaciones pertenecientes a Petropar, la empresa petrolera estatal del Paraguay¹³². Según la Demandada, SGS no tiene derecho a percibir una indemnización por las facturas impagadas correspondientes a dichas inspecciones.

(2) La postura de la Demandante

151. La Demandante observa que la Demandada nunca planteó este asunto sino hasta la presentación de su Dúplica. En cualquier caso, la Demandante argumenta que tales importaciones no correspondían a productos petrolíferos, sino a equipos. Además, sostiene que en la medida en que las facturas emitidas a partir de septiembre correspondían a productos petrolíferos, el importe de las mismas fue acreditado retroactivamente en favor del Paraguay¹³³.

(3) El análisis del Tribunal

152. El Tribunal concluye que, pese a soportarla en este aspecto, la Demandada no ha logrado demostrar que la Demandante facturase de manera inapropiada al Paraguay por la inspección de importaciones de petróleo con posterioridad al 1 de septiembre de 1997. La Demandada no ha presentado prueba alguna de que las importaciones en cuestión correspondieran a productos petrolíferos y no a equipos, ni tampoco ha cuestionado la afirmación de la Demandante de haber acreditado en favor del Paraguay aquellas facturas que estuvieran asociadas a embarques de productos petrolíferos en septiembre de 1997.

¹³² Dúplica de la Demandada, párrafo 29.

¹³³ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, páginas 40:17-41:7; Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 136.

c. Conclusión

153. Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que la Demandada ha incumplido sus obligaciones contractuales y que dicho incumplimiento viola la obligación asumida por la Demandada en el Artículo 11 del TBI de respetar “las obligaciones contraídas con respecto de las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante”.

154. La Demandante ha demostrado, y la Demandada no ha cuestionado, que las facturas de la Demandante no fueron pagadas. Además, y pese a soportar la carga de la prueba en este aspecto, la Demandada no ha logrado demostrar que la falta de pago estaba justificada por el incumplimiento de la Demandante con sus obligaciones contractuales. De hecho, al parecer, la Demandada no planteó queja alguna a la Demandante sobre sus procedimientos de facturación durante la vigencia del Contrato. La falta de objeciones de la Demandada durante la vigencia del Contrato es particularmente elocuente, dada la cantidad de oportunidades con las que contó para hacerlo durante las reuniones semanales que Aduanas mantenía con SGS.

155. El Tribunal también observa que, de conformidad con la Cláusula 4.5 del Contrato, “en los casos de discrepancia entre El Ministerio y SGS, con respecto a la documentación que acompaña la factura, se procederá al pago de los montos no objetados, debiendo las partes resolver a la brevedad dichas discrepancias”. Por lo tanto, si existían discrepancias entre las partes en cuanto a las facturas, la Demandada podría haber pagado los importes no objetados y cuestionado el resto. Sin embargo, la Demandada no cuestionó las facturas en ese momento. En definitiva, la Demandada simplemente dejó de pagar, pero no vinculó la falta de pago con los procedimientos de facturación de la Demandante, ni pagó siquiera los importes no objetados.

156. En consecuencia, el Tribunal considera que la Demandada ha incumplido sus obligaciones contractuales en violación del Artículo 11 del TBI.

2. Las reclamaciones presentadas al amparo del Artículo 11 basadas en supuestas obligaciones extracontractuales.

157. La Demandante afirma que las declaraciones “extracontractuales” realizadas por representantes del Paraguay que prometían pagar las

facturas de SGS crearon obligaciones adicionales exigibles en virtud del Artículo 11 del TBI. La Demandada ha sostenido que las declaraciones realizadas por representantes paraguayos al margen del propio Contrato no son promesas vinculantes exigibles al amparo del Artículo 11. La Demandada también argumenta que cualquier declaración de ese tipo es inadmisibles dado que tales declaraciones se relacionaban con negociaciones de pago entre las partes.

158. El Tribunal concluye que no le es necesario pronunciarse sobre estas cuestiones. Aun en el supuesto de que las declaraciones extracontractuales a las que la Demandante hace referencia constituyeran obligaciones vinculantes, y aun si la Demandada hubiera incumplido esas obligaciones, tal incumplimiento no derivaría en responsabilidad adicional para ella. Aun cuando se siguiera el argumento de la Demandante, las declaraciones extracontractuales eran simplemente promesas de cumplimiento relativas a las obligaciones subyacentes de la Demandada en virtud del Contrato y el Tribunal ya ha determinado que la Demandada no respetó dichas obligaciones. Dado que ya llegó a dicha conclusión, no es necesario que el Tribunal determine si la Demandada realizó promesas adicionales que, como mucho, permitirían sencillamente confirmar la existencia de dichas obligaciones.

159. Con respecto a la admisibilidad de las declaraciones extracontractuales, el Tribunal no se basó en ellas para llegar a la conclusión de que la Demandada no respetó sus obligaciones contractuales. Por lo tanto, el Tribunal no debe resolver la cuestión de si las declaraciones están protegidas por ser negociaciones de pago o si son inadmisibles por algún otro motivo.

IV. LAS RESTANTES RECLAMACIONES DE LA DEMANDANTE

160. Además de plantear sus reclamaciones al amparo del Artículo 11 del TBI, la Demandante afirma que los actos de la Demandada obstaculizaron la inversión de la Demandante con medidas indebidas o discriminatorias en violación del Artículo 4(1) del TBI y constituyeron una denegación del trato justo y equitativo establecido en el Artículo 4(2) del TBI.

161. A la luz de la conclusión del Tribunal de que la Demandada violó el Artículo 11 del TBI al no respetar sus obligaciones de pago de conformidad con el Contrato, no es necesario que el Tribunal se pronuncie sobre las

restantes reclamaciones planteadas por la Demandante. Todas y cada una de esas reclamaciones surgen de los mismos hechos y se reducen a reiterar que la Demandada no pagó las facturas. Aun en el caso de que el Tribunal se pronunciara a favor de la Demandante con respecto a estas reclamaciones, la indemnización a su favor no experimentaría modificación alguna. Por lo tanto, cualquier otra consideración jurídica sobre estas cuestiones resulta innecesaria¹³⁴.

V. LA RECLAMACIÓN POR PERJUICIO PLANTEADA POR LA DEMANDADA

162. La Demandada argumenta que su defensa en el presente caso se vio perjudicada de manera indebida por el hecho de que la Demandante retrasó varios años después de la rescisión del Contrato el inicio del procedimiento de solución de diferencias. Durante ese período, argumenta la Demandada, se perdieron archivos y hubo cambios de personal.

163. En opinión del Tribunal, la Demandada no se vio perjudicada por el transcurso del tiempo. Una vez más, cabe señalar que lo esencial de los hechos no es objeto de controversia. Tampoco lo es que la Demandada estaba obligada a pagar las facturas emitidas de forma adecuada. Tal como anteriormente se señaló, la Demandada no lo ha hecho y no existen pruebas en contrario.

¹³⁴ Si bien no es necesario que el Tribunal resuelva las reclamaciones de la Demandante en relación con el estándar de trato justo y equitativo, el Tribunal observa que existe respaldo doctrinal a la tesis de que un incumplimiento contractual pueda llegar a considerarse como una violación de la obligación de trato justo y equitativo. Véase, por ejemplo, *News from ICSID*, Vol. 11, N° 1 (invierno de 1994), párrafo 5 (donde se señala que los Principios de Protección de las Inversiones adoptados en 1992 por el Consejo de las Comunidades Europeas para proporcionar detalles relativos a la aplicación de los principios de protección y promoción de las inversiones previstos en el IV Convenio de Lomé sobre cooperación entre los países de África, del Caribe y del Pacífico y la CE y sus Estados Miembros incluyen en la definición de trato “justo y equitativo” el respeto por los compromisos asumidos); y CNUDMI, *Fair and Equitable Treatment 35 (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, 1999)* (donde se concluye, con respecto al TBI modelo del Reino Unido, que “el concepto de *pacta sunt servanda* . . . también puede considerarse parte del estándar de trato justo y equitativo”) (traducción del Tribunal).

LAUDOS

164. Además, la Demandada ha argumentado durante el arbitraje que continuó revisando el cumplimiento del Contrato por parte de SGS durante mucho tiempo con posterioridad a su rescisión; como mínimo, hasta el año 2006. La Demandada debe haber considerado que sus propios archivos y registros eran suficientes a los fines de esas revisiones, dado que en su momento pudo llegar a determinadas conclusiones internas sobre algunos aspectos del Contrato, tal como fue expuesto anteriormente. Como mínimo, dado que la propia Demandada continuaba revisando el tema con el objetivo ulterior de decidir si procedía pagar o no, le correspondía a la Demandada la conservación de sus propios archivos. Si no lo hizo, no puede esperar que la Demandante sufra las consecuencias.

165. Por último, la Demandada era plenamente consciente de que la Demandante continuaba exigiendo el pago de sus facturas. Tal como observa la Demandante, la demora en instar el arbitraje se debió, en parte, al hecho de que las partes continuaron debatiendo sobre la forma de resolver la diferencia durante muchos años después de la rescisión del Contrato. La Demandada ciertamente sabía que las reclamaciones de pago no habían sido olvidadas o retiradas, aun cuando no pudiera saber con exactitud que la Demandante instaría un procedimiento de arbitraje. El hecho de que no conservara y protegiera sus propios archivos es un problema desafortunado que es fruto de su propia actuación. A la luz de estas consideraciones, el Tribunal no cree que la Demandada se haya visto perjudicada injustamente.

166. El Tribunal también observa que, a diferencia de otros acuerdos de inversión, el TBI que se analiza no contiene un plazo de prescripción que le impediría a la Demandante presentar una reclamación muchos años después de que los hechos en cuestión hubieran tenido lugar. Por lo tanto, no existe fundamento alguno en el texto para castigar a la Demandante por no haber ejercido su derecho con mayor anticipación.

VI. DAÑOS

A. La postura de la Demandante

167. La Demandante reclama una indemnización por daños y perjuicios equivalente a la suma de las facturas adeudadas más intereses devengados desde julio de 1999.

168. Durante la vigencia del Contrato, SGS emitió 35 facturas a nombre de la Demandada. La Demandada pagó 10 de esas facturas, mientras que 25 no fueron pagadas. El total de las facturas impagadas asciende a US\$ 39.025.950,86¹³⁵.

169. La Demandante calculó los intereses mediante la aplicación, en base simple y no compuesta, de la tasa promedio LIBOR a 30 días en dólares estadounidenses por mes más dos puntos porcentuales a partir de julio de 1999. La Demandante no reclama intereses por ningún período anterior a julio de 1999¹³⁶. Calculados de esta manera, la Demandante reclama intereses por un importe de aproximadamente US\$ 22,5 millones hasta febrero de 2011¹³⁷.

170. La Demandante argumenta que la tasa LIBOR más dos puntos porcentuales es la tasa de interés apropiada “debido a que, para las compañías como SGS, un préstamo comercial generalmente es más costoso que la tasa LIBOR y] la costumbre de SGS en los contratos de inspección previa al envío es similar a la del Contrato, en cuanto a aumentar la tasa LIBOR mencionada en 2 puntos porcentuales al calcular el interés sobre los pagos vencidos”¹³⁸. La Demandante también hace referencia a una carta presentada por SGS ante el Ministerio de Hacienda el 16 de septiembre de 1999 en la que observó que cobraría intereses a la tasa LIBOR más dos puntos porcentuales a partir del 1 de julio de 1999¹³⁹.

171. La Demandante afirma que su postura de que los intereses deberían devengarse desde julio de 1999, el primer mes posterior a la rescisión del Contrato, es coherente con el Artículo 38(2) de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y

¹³⁵ Véase Declaración Lironi, Anexos B y C.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 2, páginas 287-292.

¹³⁷ Cálculos de intereses al 28 de febrero de 2011 y proyectados al 30 de septiembre de 2011, elaborados por M. K. Lironi, Anexo C-158.

¹³⁸ Declaración Lironi, párrafo 21.

¹³⁹ Memorial de la Demandante, párrafo 214; Carta de SGS al Ministro de Hacienda de 16 de septiembre de 1999, Anexo C-35.

los Principios *UNIDROIT* (del Instituto para la Unificación del Derecho Privado) sobre los Contratos Comerciales Internacionales. La Demandante sostiene que, según ambas fuentes, los intereses deben comenzar a computarse desde el momento en que el pago es exigible. La Demandante observa el argumento de la Demandada (que se analiza a continuación) de que, en virtud del Derecho paraguayo, los intereses sólo deberían comenzar a computarse desde la fecha en que la Demandante instó el arbitraje. Sin embargo, la Demandante argumenta que la jurisprudencia citada por la Demandada no viene al caso, ya que no se refiere a obligaciones contractuales impagadas¹⁴⁰.

172. La Demandante también hace notar el argumento de la Demandada de que la Demandante esperó varios años con posterioridad a la rescisión del Contrato para instar el arbitraje y que debería haber mitigado sus pérdidas, bien mediante la rescisión del Contrato una vez que los pagos se interrumpieron o mediante un inicio anterior del procedimiento de solución de conflictos. Sin embargo, según la Demandante, “una parte perjudicada no incumple con obligación de ‘mitigar’ sus pérdidas por no entablar una acción legal con el fin de impedir la acumulación de intereses, en especial cuando, como sucede en nuestro caso, lo que se discute es meramente que la acción legal (recurrir a los tribunales paraguayos) debería haberse entablado con anterioridad al momento en que se entabló finalmente (el presente arbitraje). Los intereses no constituyen un punto independiente de daños y perjuicios, sino un aspecto de la reparación total que se adeuda en virtud de una pérdida”¹⁴¹. Además, la Demandante argumenta que no rescindió el Contrato porque la Demandada continuaba prometiendo que efectuaría los pagos¹⁴².

173. Por último, la Demandante observa el argumento de la Demandada de que la Demandante estaría aprovechando indebidamente el procedimiento de arbitraje para protegerse de los riesgos de invertir en el Paraguay. No obstante, según la Demandante, “Paraguay no alega ninguna falta

¹⁴⁰ Réplica de la Demandante, párrafo 236, nota 361.

¹⁴¹ Réplica de la Demandante, párrafo 231.

¹⁴² Réplica de la Demandante, párrafo 232.

de diligencia de parte de SGS al momento de la celebración del Contrato, no queda bien que Paraguay insinúe que SGS no debería haber confiado en su contraparte contractual, el Ministerio de Hacienda, o en las declaraciones del Presidente del Paraguay y del Ministro de Justicia”¹⁴³.

B. La postura de la Demandada

174. La Demandada no cuestiona los cálculos aritméticos de la Demandante¹⁴⁴, pero sí presenta objeciones a varios de los supuestos que subyacen a dichos cálculos¹⁴⁵.

175. En primer lugar, la Demandada argumenta que la Demandante no ha demostrado que una violación de los Artículos 4(1) y 4(2) del TBI haya sido la causa inmediata de los daños y perjuicios que haya sufrido la Demandante. En realidad, según la Demandada, los daños y perjuicios sufridos estuvieron únicamente vinculados con el supuesto incumplimiento del Contrato¹⁴⁶. La Demandada argumenta que “en el caso de que SGS hubiera tenido unos daños por importe de 60 millones de dólares – una reclamación que Paraguay rechaza categóricamente – dichos daños serían consecuencia del supuesto incumplimiento del Contrato por parte de Paraguay, un conflicto que argumentamos solo puede ser resuelto ante los tribunales de Paraguay”¹⁴⁷. Como consecuencia, según la Demandada, “a parte de las pérdidas contractuales, que SGS puede recuperar solo si se estima su reclamación relativa al Artículo 11, SGS no alega ninguna pérdida que se derive de los incumplimientos de las disposiciones del BIT”¹⁴⁸.

¹⁴³ Réplica de la Demandante, párrafo 233.

¹⁴⁴ Véase, Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 2, página 298:2-14.

¹⁴⁵ Véase, Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 102:19-105

¹⁴⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafos 223-226; Dúplica de la Demandada, párrafos 179-180.

¹⁴⁷ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 223.

¹⁴⁸ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 224.

176. En segundo lugar, la Demandada argumenta que la Demandante no tiene derecho a percibir indemnización por las facturas correspondientes a las inspecciones realizadas sobre las importaciones provenientes del Mercosur y por las múltiples facturas emitidas por embarques individuales.

177. En tercer lugar, la Demandada observa que se la ha perjudicado en su defensa contra las reclamaciones por daños y perjuicios formuladas por la Demandante por el hecho de que no posee todos los Certificados de Inspección.

178. En cuarto lugar, la Demandada sostiene que la Demandante está utilizando el arbitraje para protegerse de los riesgos de invertir en el Paraguay y que la Demandante debería haber tomado medidas para mitigar los daños. La Demandada argumenta que “SGS dolosamente, o al menos de manera negligente, permitió que los intereses sobre la presunta deuda aumentaran al no cumplir con su derecho contractual de reclamar la deuda ante los tribunales locales¹⁴⁹. La Demandada también observa que la Demandante permitió que los daños continuaran aumentando en lugar de rescindir el acuerdo de conformidad con los términos del Contrato¹⁵⁰. Como mínimo, afirma la Demandada, la Demandante debería dejar de percibir intereses, en especial a la luz de la prolongada demora en instar el procedimiento de solución de diferencias. La Demandada argumenta que su postura es coherente con el Comentario a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI, que establece que “la presentación oportuna de una demanda de pago es importante cuando se trata de decidir si se han de otorgar intereses”¹⁵¹.

179. Por otro lado, la Demandada argumenta que el Derecho paraguayo exige que los intereses se calculen a partir de la fecha en que la Demandante instó el arbitraje¹⁵². La Demandada también afirma que la tasa

¹⁴⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 234.

¹⁵⁰ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 236.

¹⁵¹ Dúplica de la Demandada, párrafo 181.

¹⁵² Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 239.

de interés propuesta por la Demandante es demasiado alta, pero no sugiere una tasa de interés alternativa¹⁵³.

C. El análisis del Tribunal

180. El Tribunal concluye que la Demandante tiene derecho a percibir una indemnización equivalente al importe de las facturas impagadas más intereses computados desde julio de 1999. La propia Demandada reconoce que, si la Demandante venciera en su reclamación al amparo del Artículo 11 como consecuencia del incumplimiento contractual de la Demandada, en ese caso la Demandante tendría derecho a una indemnización. El Tribunal ha respaldado dicha reclamación y, por lo tanto, es apropiado otorgar una indemnización.

181. Surgen diversas cuestiones legales con respecto a las reclamaciones de la Demandante en cuanto al capital y los intereses. El Tribunal abordará separadamente una y otra cuestión.

182. Con respecto al capital, el Tribunal considera que la Demandante tiene derecho a percibir el importe total de las facturas impagadas, que asciende a US\$ 39.025.950,86. Si bien la Demandada señala haber sido perjudicada por el hecho de no poseer copias de todos los Certificados de Inspección correspondientes, la Demandante ha suministrado copias de las facturas¹⁵⁴ y la Demandada no ha presentado prueba alguna que cuestione su veracidad o autenticidad. El Tribunal también ha rechazado ya el argumento de la Demandada de que SGS presentó facturas vinculadas a inspecciones sobre importaciones provenientes del Mercosur y que emitió inapropiadamente múltiples facturas para embarques únicos. Por consiguiente, no sería adecuado aplicar compensación o reducción alguna respecto del capital.

183. En cuanto a los intereses, y más allá de si los otorgados a fin de compensar el valor en el tiempo del dinero perdido como resultado del acto ilícito de no realizar un pago en la fecha correspondiente pueden o no carac-

¹⁵³ Transcripción de la Audiencia sobre el Fondo, Día 1, página 105.

¹⁵⁴ Las facturas de SGS impagadas con las notas de crédito correspondientes, Anexo C-143.

terizarse como una categoría independiente de daño, es indudable que constituyen un elemento esencial de la plena reparación. Tampoco puede decirse que sería punitivo o injusto otorgar intereses en este caso, ya que la Demandada ha estado en posesión de las cantidades adeudadas durante muchos años y probablemente ha hecho uso de esos fondos. En caso de no haber estado en posesión de dichos fondos, probablemente tendría que haber solicitado un préstamo, que tendría que devolver con intereses. Por consiguiente, es plenamente apropiado aplicar intereses al capital otorgado a la Demandante.

184. El principio prácticamente universal del Derecho internacional y de la práctica del arbitraje internacional para el caso de mora en el pago de obligaciones dinerarias es el de aplicar intereses a partir de la fecha en que el pago hubiera devenido exigible. Ello resulta claro, por ejemplo, a la luz de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI¹⁵⁵. El Tribunal observa que en este caso la Demandante ha adoptado un enfoque conservador al solicitar intereses sólo a partir de julio de 1999, la fecha de rescisión del contrato, y no a partir de la fecha en que cada factura devino exigible.

185. El Tribunal concuerda con la Demandante en que la doctrina legal citada por la Demandada para respaldar su tesis de que la legislación paraguaya permite el pago de intereses únicamente desde la fecha en que se presenta la reclamación no viene al caso, puesto que no se refiere a reclamaciones contractuales. Tal como se afirmó, la Demandada cita la frase contenida en el Comentario a los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de que “la presentación oportuna de una demanda de pago es importante cuando se trata de decidir si se han de otorgar intereses”. Sin embargo, la “demanda” a la que hace referencia el Comentario no es el inicio de la diferencia sino el momento en que la parte perjudicada demandó el pago¹⁵⁶. En

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, el Artículo 38(2) de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la CDI, que establece “los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago”.

¹⁵⁶ El párrafo relevante aparece en la página 109, nota 619 del Comentario (Anexo RL-48) y reza:

el presente caso, la Demandante primero demandó el pago de sus facturas durante la vigencia del Contrato e indicó en julio de 1999 que calcularía los intereses a la tasa LIBOR más dos puntos porcentuales. La demanda de SGS, no solo resulta claramente temporánea, sino que de hecho fue contemporánea a la falta de pago de la Demandada. En consecuencia, el Tribunal concluye que, incluso en el supuesto de que los intereses debieran computarse únicamente desde la fecha de la demanda de pago, en lugar de a partir de la fecha de impago, aun así deberían comenzar a computarse en julio de 1999.

186. La Demandante ha solicitado interés simple basado en la tasa LIBOR promedio a 30 días en dólares estadounidenses (la “tasa LIBOR”) más dos puntos porcentuales¹⁵⁷. La Demandante explicó que ésta es la tasa que SGS suele cobrar por sus facturas impagadas.

187. El Tribunal observa que el Contrato no especifica el montante del interés pagadero sobre las cantidades impagadas y, de hecho, no hace referencia alguna a los intereses. La carta de 16 de septiembre de 1999 enviada por la Demandante al Ministerio de Hacienda donde indicaba que cobraría intereses a la tasa LIBOR más dos puntos porcentuales fue simplemente una declaración unilateral de intenciones que no fue aceptada ni, al

La utilización de la fecha del incumplimiento como fecha de partida para el cálculo de los intereses es problemática, dado que puede haber dificultades para determinar esa fecha, y muchos ordenamientos jurídicos requieren que el demandante presente una demanda de pago antes de que empiecen a correr los intereses. La fecha de la demanda oficial se tomó como fecha pertinente en el asunto relativo a *Russian Indemnity...* por analogía con la posición general de los ordenamientos jurídicos europeos. En cualquier caso, la presentación oportuna de una demanda de pago es importante cuando se trata de decidir si se han de otorgar intereses.

¹⁵⁷ El Tribunal hace notar que la hoja de cálculo de la Demandante que muestra su cálculo de intereses basado en la tasa LIBOR más dos puntos porcentuales parece contener un error en el interés aplicable en junio de 2006. La hoja de cálculo muestra una tasa de interés del 5,2455%, que parece ser la tasa LIBOR únicamente y no la tasa LIBOR más dos puntos porcentuales. En el supuesto de que la tasa de interés aplicable debiera haber sido la tasa LIBOR más dos puntos porcentuales, la corrección del error incrementaría la compensación reclamada por la Demandante en aproximadamente US\$ 100.000.

parecer, reconocida por la Demandada. Ni la Demandada ni este Tribunal están obligados a aplicarla.

188. A la luz de las circunstancias del presente caso, el Tribunal concluye que sería apropiado aplicar la tasa LIBOR más un punto porcentual.

VII. COSTAS

189. La Demandante reclama costas con base en la negativa constante de la Demandada a pagar las facturas y la falta de pago de su parte en las costas del presente arbitraje¹⁵⁸. El 1 de julio de 2011, la Demandante presentó su Declaración de Costas, en la que reclamaba la cantidad de US\$ 1.792.605,95 por honorarios de abogados y US\$ 1.121.180,55 en concepto de otros gastos y desembolsos.

190. La Demandada también reclama honorarios de abogados y gastos afines, viáticos y gastos de alojamiento, además de las costas del presente arbitraje. La Demandada argumenta que sería apropiado que se accediera a su reclamación de honorarios y gastos dado que la Demandante alega sólo la existencia de un incumplimiento contractual que en opinión de la Demandada no es susceptible de acción al amparo del TBI, y dicho contrato contiene una cláusula de elección de fuero que excluye el arbitraje¹⁵⁹. En su Declaración de Costas de 1 de julio de 2011, la Demandada solicitó US\$ 696.985,20 en concepto de honorarios y US\$ 31.222,03 en concepto de gastos.

191. En ausencia de un acuerdo entre las partes con respecto a la distribución de las costas, el Artículo 61(2) del Convenio autoriza al Tribunal a “determinar]...los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidir] la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro”.

192. El Tribunal considera que ambas partes han planteado sus posturas de manera hábil y de buena fe y que ninguna ha generado demoras o costes indebidos a lo largo del arbitraje. Sin embargo, la Demandada no ha

¹⁵⁸ Memorial de la Demandante, párrafo 218.

¹⁵⁹ Dúplica de la Demandada, párrafos 183-184.

pagado su parte de las costas relativas a este procedimiento y ha obligado a la Demandante a soportar por sí sola el coste total. El Tribunal concluye que la Demandada debe pagar su parte y, por lo tanto, reconoce en favor de la Demandante la mitad de las costas del presente arbitraje, es decir, el importe de los honorarios y gastos del CIADI que la Demandada debería haber pagado. El Tribunal no considera apropiado tomar ninguna otra decisión con respecto a los honorarios y gastos.

VIII. LAUDO

193. Con base en lo anterior, el Tribunal:

194. Concluye que la Demandada ha violado sus obligaciones en virtud del Artículo 11 del TBI al no garantizar el respeto de las obligaciones asumidas con relación a la inversión de la Demandante;

195. Concluye que no es necesario resolver la reclamación de la Demandante en el sentido de que el incumplimiento por parte de la Demandada de sus supuestas promesas extracontractuales de pago habría constituido una violación adicional del Artículo 11 del TBI porque (i) en última instancia, dichas reclamaciones derivan del mismo conjunto de hechos y obligaciones contractuales que dieron lugar a la conclusión del Tribunal de que la Demandada violó el Artículo 11 del TBI al no garantizar el respeto de las obligaciones contractuales asumidas frente a la Demandante y porque (ii) aun cuando el Tribunal considerase que el supuesto incumplimiento por parte de la Demandada de sus promesas extracontractuales supone una violación adicional del TBI, tal consideración no tendría impacto alguno sobre el importe de la indemnización;

196. Concluye que no es necesario que el Tribunal resuelva las reclamaciones de la Demandante en el sentido de que la Demandada habría violado los Artículos 4(1) y 4(2) del TBI porque (i) en última instancia, dichas reclamaciones derivan del mismo conjunto de hechos y obligaciones contractuales que dieron lugar a la conclusión del Tribunal de que la Demandada violó el Artículo 11 del TBI al no garantizar el respeto de las obligaciones contractuales asumidas frente a la inversión de la Demandante y porque (ii) aun cuando el Tribunal considerase que concurre una violación adicional de los Artículos 4(1) y 4(2) del TBI, tal consideración no tendría impacto alguno sobre el importe de la indemnización;

LAUDOS

197. Ordena el pago en favor de la Demandante de US\$ 39.025.950,86 más intereses a la tasa LIBOR promedio a 30 días en dólares estadounidenses más un punto porcentual contados a partir del 1 de julio de 1999 hasta la fecha efectiva de pago; y

198. Ordena el pago en favor de la Demandante de la mitad del importe total de las costas del arbitraje. El importe total asciende a US\$ 673.923,28.

LAUDO ARBITRAL
CIADI 22/03/2013. SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE
SURVEILLANCE S.A. Y LA REPUBLICA DEL
PARAGUAY CASO CIADI No. ARB/07/29*

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

WASHINGTON DC.

En el procedimiento de anulación entre

SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A. Y LA REPUBLICA DEL PARAGUAY CASO CIADI No. ARB/07/29

Decisión sobre la solicitud de la República de Paraguay de mantener la suspensión de la ejecución del laudo

Miembros del Comité

Sr. Rodrigo Oreamuno B., Presidente

Sr. Eduardo Zuleta J., miembro del Comité

Sr. Abdulqawi Ahmed Yusuf, miembro del Comité

Secretario del Comité

La Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

Fecha: 22 de marzo de 2013

* Nota de traducción: La autoría de la traducción corresponde a la Abg. Giovanna Parini Bareiro.

GLOSARIO

Laudo: Laudo dictado por el Tribunal Arbitral el 10 de febrero de 2012.

TBI: Acuerdo entre la República del Paraguay y la Confederación Suiza sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, celebrado el 31 de enero de 1992 y en vigencia y efecto desde el 28 de septiembre de 1992.

Reglas de Arbitraje del CIADI: Reglas de procedimiento para el arbitraje.

CIADI o Centro: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

Convenio del CIADI: Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.

Reglamento financiero del CIADI: Reglamento administrativo y financiero del CIADI.

SGS: SGS Société Générale de Surveillance S.A.

I. HISTORIA PROCESAL

1. El 10 de febrero de 2012, el Tribunal, en el procedimiento arbitral originario presidido por el Dr. Stanimir A. Alexandrov (búlgaro), nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, y también compuesto por el Sr. Donald Francis Donovan (EE.UU.), designado por SGS, y el Dr. Pablo García Mexía (español), nombrado por la República del Paraguay, dictó un laudo haciendo lugar en forma parcial a las peticiones de SGS y otorgándole US\$ 39,025,950.86, más interés simple como compensación. El Tribunal concluyó que el Paraguay incumplió su obligación, de conformidad con el artículo 11 del acuerdo de 1992 sobre la promoción y protección recíproca de inversiones entre Suiza y Paraguay, de garantizar el cumplimiento de los compromisos contraídos con respecto a la inversión de SGS.

2. El Tribunal también determinó que no necesitaba resolver las peticiones de SGS acerca de que:

LAUDOS

(i) El incumplimiento por parte de Paraguay de sus supuestas promesas de pago extracontractuales constituyó un incumplimiento adicional del artículo 11 del TBI; y que (ii) Paraguay incumplió los artículos 4 (1) y 4 (2) del TBI, al tomar medidas indebidas y discriminatorias y negando un trato justo y equitativo. De acuerdo con el Tribunal, tales peticiones derivan en última instancia del mismo conjunto de hechos y obligaciones contractuales que dieron lugar a la conclusión del Tribunal de que la demandada infringió el artículo 11 del TBI, y porque, de todas maneras, una nueva decisión a favor de SGS no afectaría el quantum de los daños.

3. El 7 de junio de 2012, el CIADI recibió una solicitud de anulación y una solicitud de suspensión de la ejecución del laudo por parte de la República del Paraguay.

4. El 8 de junio de 2012, de conformidad con la regla 50 (2) (a) y (b) de las reglas de arbitraje del CIADI, el Secretario General del CIADI registró la solicitud y notificó a las partes acerca de la suspensión provisoria de la ejecución del laudo, de conformidad con la regla de arbitraje del CIADI 54 (2).

5. Mediante carta de fecha 25 de junio de 2012, SGS solicitó al Comité, en virtud a la regla de arbitraje 54 (2) del CIADI, que resuelva dentro de los 30 días de la fecha de su constitución, acerca de si la suspensión provisional de la ejecución del laudo debe continuar. SGS manifestó su oposición a una suspensión de la ejecución del laudo y solicitó que se ordene a Paraguay el otorgamiento de una fianza en caso de que el Comité decida continuar con la suspensión.

6. El 27 de julio de 2012, el Secretario General, en virtud a la regla de arbitraje del CIADI 6 (1), notificó a las partes que los tres miembros del Comité *ad hoc* habían aceptado sus nombramientos y que, por lo tanto, el Comité se constituyó en esa fecha. El Comité *ad hoc* estuvo compuesto por el Sr. Rodrigo Oreamuno, ciudadano de Costa Rica, presidente del Comité; el Dr. Eduardo Zuleta, ciudadano de Colombia; y el Sr. Salim Moollan, ciudadano de la República de Mauricio y Francia. La Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski, asesora jurídica del CIADI, fue designada como secretaria del Comité.

7. El 30 de julio de 2012, de conformidad con la regulación 14 (3)(e) del Reglamento administrativo y financiero del CIADI, el Centro solicitó

que la República del Paraguay realice un primer pago adelantado de US\$ 200,000 (doscientos mil dólares de los Estados Unidos) en un plazo de treinta (30) días para cubrir los costos iniciales del procedimiento de anulación, incluida la primera sesión del Comité.

8. Mediante una carta del 8 de agosto de 2012, el Comité invitó a las partes a que presenten sus observaciones por escrito acerca de la solicitud de suspensión de la ejecución antes de la primera sesión. Se invitó a la República del Paraguay a que presente sus observaciones antes del 14 de agosto de 2012 y a SGS antes del 20 de agosto de 2012.

9. En la misma fecha y de conformidad con la regla de arbitraje 54 (2) del CIADI, el Comité extendió la suspensión provisoria de la ejecución del laudo hasta que se escuche a las partes y se llegue a una decisión final sobre la suspensión de la ejecución.

10. El 14 de agosto de 2012, el Comité confirmó que, según lo acordado por las partes, la primera sesión se llevaría a cabo el 31 de agosto de 2012, en la sede del Centro en Washington.

11. De acuerdo con lo previsto, el 14 de agosto de 2012, la República del Paraguay presentó sus “Observaciones a favor de su solicitud de suspensión de la ejecución del laudo”.

12. El 20 de agosto de 2012, la República del Paraguay informó que no podría realizar el pago anticipado solicitado antes de la primera sesión, reconociendo que en tales circunstancias ya no sería posible celebrar la primera sesión el 31 de agosto de 2012. Por consiguiente, la República del Paraguay renunció al requisito de la regla 13 (1) de las reglas de arbitraje del CIADI de que el Comité celebre su primera sesión dentro de los 60 días posteriores a su constitución.

13. De acuerdo con lo previsto, el 20 de agosto de 2012, SGS presentó su respuesta a las observaciones de la República del Paraguay a favor de su solicitud de suspensión de la ejecución del laudo.

14. El 21 de agosto de 2012, el Comité informó a las partes que en atención al mensaje enviado por Paraguay el 20 de agosto de 2012, la primera sesión fue cancelada. SGS fue invitado a prestar su conformidad con que el comité celebre la primera sesión después del período de 60 días establecido en las reglas de arbitraje CIADI 13 (1) y 53.

LAUDOS

15. El 21 de agosto de 2012, SGS prestó su consentimiento a que el Comité celebre su primera sesión después del período de 60 días prescrito en las reglas de arbitraje del CIADI. SGS también solicitó que, en caso de que el pago no fuera recibido antes del 26 de agosto de 2012, el Comité confirme por escrito el levantamiento de la suspensión provisional de la ejecución del laudo.

16. El 23 de agosto de 2012, el Comité, en referencia a las recientes presentaciones de las partes acerca de la suspensión de la ejecución, indicó que le gustaría escuchar las presentaciones orales de las partes sobre el tema, antes de tomar una decisión.

17. Mediante cartas del 23 y 24 de agosto de 2012, las partes expresaron sus posiciones acerca de si la suspensión de la ejecución debía o no expirar el 26 de agosto de 2012.

18. El 24 de agosto de 2012, el Comité informó a las partes su decisión de mantener la suspensión de la ejecución hasta el 17 de septiembre de 2012, fecha en la que expiraría automáticamente si el Centro no hubiera recibido el pago de Paraguay.

19. El 30 de agosto de 2012, el Comité confirmó que, según lo acordado por las partes, la primera sesión se realizaría el 29 de octubre de 2012, siempre y cuando Paraguay realice el primer pago antes del 17 de septiembre de 2012.

20. El 14 de septiembre de 2012, el Centro acusó recibo del pago por parte de Paraguay y el Comité confirmó que la primera sesión y la audiencia sobre la suspensión de la ejecución se llevarían a cabo el 29 de octubre de 2012, en la sede del Centro en Washington DC.

21. El 27 de octubre de 2012, el Comité informó a las partes que teniendo en cuenta el hecho de que se esperaba que un huracán afectara el área de Washington D.C., causando interrupciones en la costa este de los Estados Unidos, la primera sesión se celebraría el 29 de octubre de 2012 vía conferencia telefónica y no en persona. Por lo tanto, la audiencia sobre la suspensión de la ejecución fue cancelada y se ordenó que las partes hicieran sus presentaciones por escrito antes del 2 de noviembre de 2012.

22. El Comité celebró su primera sesión con las partes el 29 de octubre de 2012 vía conferencia telefónica. Las partes confirmaron que los miembros

del Comité habían sido nombrados válidamente. Se acordó, entre otras cosas, que las reglas de arbitraje aplicables serían aquellas vigentes a partir del 10 de abril de 2006, que los idiomas del procedimiento serían inglés y español y que el lugar del procedimiento sería Washington D.C. A falta de un acuerdo entre las partes, el Comité fijó un calendario para la presentación de los escritos acerca de la solicitud de anulación. Los acuerdos de las partes y el cronograma de las presentaciones se incorporaron a la resolución procesal número 1, de fecha 13 de noviembre de 2012, firmada por el presidente y distribuida a las partes.

23. El 7 de noviembre de 2012, cada parte remitió presentaciones adicionales acerca de la solicitud de SGS para levantar la suspensión de la ejecución del laudo. La fecha límite original se pospuso por mutuo acuerdo, debido a las graves interrupciones que el huracán Sandy ocasionó en Nueva York, hecho que afectó la capacidad de responder del abogado de Paraguay.

24. El 14 de noviembre de 2012, luego de la renuncia del miembro del Comité *ad hoc* Salim Moollan, el Secretario General notificó a las partes de la vacante en el Comité *ad hoc* y el procedimiento fue suspendido de conformidad con las reglas 53 y 10 (2) de arbitraje del CIADI.

25. El 26 de noviembre de 2012, luego de consultar con las partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró al juez Abdulqawi A. Yusuf, ciudadano de Somalia, como miembro del Comité *ad hoc*, para llenar la vacancia causada por la renuncia del Sr. Salim Moollan.

26. El 29 de noviembre de 2012, luego de que el Juez Yusuf aceptara su nombramiento, el Comité *ad hoc* fue reconstituido y el procedimiento se reanudó de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI 53 y 12.

27. Los miembros del Comité han deliberado por diversos medios de comunicación y han tomado en consideración todas las presentaciones de las partes sobre el asunto.

II. POSICIONES DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LA SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DEL LAUDO

A. POSICIÓN DEL PARAGUAY

28. Mediante una presentación escrita presentada el 7 de junio de 2012, de conformidad con el artículo 52 (5) del convenio del CIADI y la regla

LAUDOS

54 de las reglas de arbitraje del CIADI, la República de Paraguay solicitó que la ejecución del laudo emitido el 10 de febrero de 2012 sea suspendida hasta que el Comité emita una decisión sobre la solicitud de anulación.

29. Paraguay declaró que existen motivos sólidos para anular el laudo y que el pedido de anulación y la suspensión de la ejecución del laudo no fue solicitada simplemente para retrasar el pago¹.

30. En apoyo a su solicitud de suspensión de la ejecución del laudo, Paraguay expresó que:

(a) La solicitud de anulación del laudo es sustancial.

(b) No es una táctica dilatoria.

(c) La suspensión de la ejecución del laudo no perjudica a SGS.

(d) No es necesario pagar una fianza o garantía, ya que los intereses fijados en el laudo y las obligaciones de Paraguay bajo el convenio del CIADI son suficientes para proteger el derecho de SGS al pago en caso de que la anulación sea denegada².

31. Además, Paraguay sostuvo que los comités de anulación, mientras se encuentre pendiente su decisión, han suspendido laudos de forma consistente, siempre que consideren que la petición de anulación no es meramente dilatoria. Citando a *Azurix c. Argentina*, Paraguay resaltó que se debe otorgar la suspensión en ausencia de circunstancias excepcionales³.

32. Según Paraguay, “la] suspensión de la ejecución estando pendiente la decisión acerca de la solicitud de anulación tiene eminente sentido práctico: si se levanta la suspensión, Paraguay enfrentará la perspectiva de tener que pagar el laudo antes de que se dicte una resolución de anulación, y luego tratar de recuperar el dinero si el laudo es anulado. Es mucho más eficiente esperar una decisión final acerca de las obligaciones de las partes⁴.

¹ Solicitud de anulación presentada por Paraguay, 7 de junio de 2012. ¶ 70.

² Presentación escrita del Paraguay del 14 de agosto de 2012, ¶ 3.

³ Id., ¶ 9.

⁴ Id., ¶ 10.

33. Adicionalmente, Paraguay señaló que la demora que SGS puede experimentar en el cobro de la condena “...es incidental al sistema de anulación de la Convención, que permite suspensiones de la ejecución estando pendientes procedimientos de anulación”⁵ Continuó citando a *Enron c. Argentina*: “... la postergación del derecho al pago del laudo causado por una suspensión, no puede por definición constituir *per se* un perjuicio⁶. Agregó que SGS no es una empresa en apuros que necesite recibir el pago del laudo tan pronto como sea posible, sino una empresa multinacional con más de 70.000 empleados, que registró US\$ 4,93 mil millones en ingresos en el 2011⁷.

34. En su presentación por escrito del 7 de noviembre de 2012, Paraguay solicitó nuevamente que se mantenga la suspensión de la ejecución del laudo, sin condiciones⁸. Resaltó que, de acuerdo con el “Documento de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI” de agosto de 2012, los comités *ad hoc* nunca se han negado a mantener la suspensión de la ejecución de un laudo y no hay motivos para que este caso constituya una primera excepción⁹.

35. Paraguay insistió en que existen varias razones por las cuales el Comité debería mantener la suspensión de la ejecución del laudo:

(a) SGS recibirá una compensación suficiente por cualquier retraso en la ejecución del Laudo mediante la acumulación de intereses. En opinión de Paraguay, incluso si no fuera a prevalecer, SGS estaría en la misma posición económica en que se encuentra ahora.

(b) Paraguay no tiene antecedentes de incumplimiento de laudos internacionales y ha pagado la cantidad determinada por el Tribunal en el único laudo emitido en su contra.

⁵ Id., ¶¶ 14 and 15.

⁶ Id.

⁷ Id.

⁸ Comunicación escrita del Paraguay del 7 de noviembre de 2012, ¶ 2.

⁹ Id., ¶ 4.

(c) No existen circunstancias excepcionales que requieran que Paraguay proporcione garantías a los fines de mantener la suspensión de la ejecución del laudo.

(d) la solicitud de anulación presentada por Paraguay no es dilatoria¹⁰.

36. Paraguay citó *MTD c. Chile, Vivendi c. Argentina y Libananco c. Turquía* para apoyar su postura según la cual SGS no puede utilizar el presente procedimiento de anulación para mejorar el tipo de interés que le fue concedido. Reiteró que el interés otorgado en el laudo es suficiente para compensar a SGS por el retraso en caso de que la solicitud de Paraguay de anulación del laudo fuera denegada.¹¹

37. Paraguay negó tener un historial de incumplimiento de obligaciones internacionales y de falta de pago de laudos. Explicó que recientemente se vio involucrado en dos arbitrajes internacionales y que en el proceso instituido por Grupanor Cercampo S.A., Paraguay pagó el laudo, mientras que en el caso *BIVAC*, el Tribunal concluyó que el Paraguay no había incumplido el tratado pertinente¹².

38. Paraguay afirmó que: “aquí no hay ningún indicio, pasado o presente, de que Paraguay no cumplirá el laudo si la solicitud de anulación no prospera. Paraguay se encuentra en total cumplimiento del artículo 69 del convenio del CIADI. Ha aprobado la ley N° 944/1982, que incorporó el convenio del CIADI a la legislación paraguaya. Además, el artículo 536 del código procesal civil paraguayo establece que los laudos arbitrales internacionales deberán tener plena fuerza y efecto de acuerdo con los términos de los tratados bajo los cuales son dictados”¹³.

39. El Paraguay insistió en que su solicitud de anulación no es dilatoria. También señaló que en *SGS c. Philippines* y *SGS c. Pakistan*, ambos casos basados en la cláusula paraguaya, el Tribunal declaró que carecía de

¹⁰ Id., ¶ 5

¹¹ Id., ¶¶ 7-10.

¹² Id., ¶¶ 11 and 12.

¹³ 3 Id., ¶ 14.

jurisdicción (*SGS v. Pakistán*) o que el reclamo era inadmisibile (*SGS v. Filipinas*). Según Paraguay, el laudo representa un grave abuso de poder y una intrusión en el ámbito de los contratos negociados.¹⁴

40. Paraguay resumió su punto de vista de la siguiente manera:

“Como explicó el comité *ad hoc* en *Mitchell c. Congo*, 'en un ámbito diferente, pero con la misma *'raison d'être'*, la suspensión de la ejecución, estando pendiente el recurso de apelación interpuesta contra una decisión judicial es, en virtud a diversas legislaciones nacionales, casi automática”¹⁵.

B. POSTURA DE SGS

41. SGS no está de acuerdo con Paraguay en cuanto a la suspensión de la ejecución del laudo. Objeta las sugerencias de Paraguay de que “... la suspensión de la ejecución es casi automática y debe concederse en ausencia de 'circunstancias muy excepcionales'” y que, en el presente caso, no hay “circunstancias excepcionales que] justifiquen negar una suspensión”. Según SGS, Paraguay sostiene el estándar aplicable de manera errada. De acuerdo con el lenguaje llano del convenio del CIADI, los laudos son inmediatamente vinculantes y la suspensión de la ejecución es la excepción”¹⁶.

42. Al citar *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, y *Kardassopoulos y Fuchs c. Georgia*, entre otros, SGS argumentó que “en consonancia con el significado claro del convenio del CIADI, los comités *ad hoc* han reconocido que no existe un derecho automático a la suspensión de la ejecución y que la suspensión de la ejecución es un remedio de 'naturaleza excepcional”¹⁷.

43. SGS también refutó lo alegado por Paraguay de que la suspensión de la ejecución del laudo no perjudicaría a SGS, y afirmó que: “Interés simple en LIBOR + 1% (como fue otorgado por el Tribunal) no constituye una compensación adecuada por el valor del dinero en el tiempo. La evidencia

¹⁴ 4 Id., ¶¶ 15-19.

¹⁵ Presentación escrita del Paraguay del 14 de agosto de 2012, ¶10.

¹⁶ Comunicación escrita de SGS del 20 de agosto de 2012, ¶¶ 11 y 12.

¹⁷ Escrito de SGS del 20 de agosto de 2012, ¶¶ 11 y 12.

no cuestionada, presentada en la audiencia por el Vicepresidente de Finanzas, y Administración de SGS (División de Servicios de Gobiernos e Instituciones), Michael Lironi, era que incluso el interés en LIBOR + 2% estaba por debajo del “costo real de un préstamo” de SGS. SGS sufriría perjuicios adicionales si Paraguay –como lo ha hecho con respecto a la sentencia de 2005 del Tribunal Federal de Suiza– fuera a reorganizar u ocultar sus activos extranjeros a fin de evitar el pago de la condena¹⁸.

44. En respuesta al segundo argumento del Paraguay de que su solicitud de anulación no es dilatoria, SGS afirmó que “incluso si uno acepta que Paraguay está ejerciendo de buena fe su derecho a solicitar la anulación, esto no puede justificar una suspensión de la ejecución... Un peticionante no puede tener derecho a recibir el beneficio de una suspensión de la ejecución simplemente porque actuó como tal se esperaba que lo haga¹⁹.

45. SGS declaró que tenía dudas acerca de la intención del Paraguay de cumplir con el laudo y acerca de si la solicitud de anulación es o no una táctica dilatoria.²⁰

46. SGS citó al Profesor Schreuer, afirmando que “la anulación solo se ocupa de la legitimidad del proceso de decisión en el arbitraje: no se ocupa de su corrección sustancial”, y que la solicitud de anulación debe alegar “...defectos que van mucho más allá de 'simples errores de hecho o de derecho' y que, de probarse justificarán de hecho la anulación²¹. SGS agregó que “... Paraguay no alega ningún vicio de procedimiento o irregularidad. En cambio, la solicitud de anulación de Paraguay es en esencia, un desacuerdo con la interpretación del Tribunal de la cláusula paraguas del TBI y la aplicación de la cláusula de resolución de disputas del TBI”²². SGS concluyó que: “Por lo tanto, la solicitud de anulación de Paraguay carece de sustento jurídico en virtud del convenio CIADI”²³.

¹⁸ Id., ¶ 18.

¹⁹ Id., ¶ 21.

²⁰ Id., ¶ 22.

²¹ Id., ¶ 27.

²² Id., ¶ 28.

²³ 3 Id., ¶ 30.

III. POSICIÓN DE LAS PARTES RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE REQUERIR QUE SE OTORQUE UNA FIANZA PARA MANTENER LA EJECUCIÓN SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

A. POSICIÓN DE PARAGUAY

47. Según Paraguay, la suspensión de la ejecución del laudo debería mantenerse sin el requisito de una fianza. No hay ningún requisito en el convenio del CIADI o las reglas de arbitraje según el cual una parte deba otorgar garantía para mantener la suspensión²⁴.

48. Paraguay señaló que muchos comités han sostenido que no se debe requerir fianza, a menos que exista evidencia de que el Estado no cumpliría con sus obligaciones en caso de que la anulación fuera denegada²⁵.

49. Paraguay resaltó que SGS no ha podido establecer ninguna circunstancia que cree dudas acerca de que Paraguay cumplirá con el laudo si la solicitud de nulidad es denegada. También insistió en que Paraguay no tiene antecedentes de impago en virtud del convenio del CIADI²⁶.

50. Además, Paraguay afirmó que exigir una fianza colocaría a SGS en una mejor posición, penalizaría a Paraguay por ejercer sus derechos en virtud del convenio del CIADI, y crearía un desincentivo para que los países en desarrollo soliciten la anulación²⁷.

51. Citando *CMS c. Argentina*, Paraguay concluyó que varios comités *ad hoc* han adoptado la interpretación de que una garantía bancaria representa un lucro inesperado para el demandado en un procedimiento de anulación²⁸.

²⁴ Presentación escrita de Paraguay por parte de Paraguay, 14 de agosto de 2012, ¶ 16.

²⁵ Id., ¶ 17.

²⁶ Id., ¶ 19.

²⁷ Comunicación escrita del Paraguay del 7 de noviembre de 2012, ¶ 5.

²⁸ Id., ¶ 22.

B. POSICIÓN DE SGS

52. SGS declaró que si el Comité aceptara la solicitud del Paraguay de mantener la suspensión de la ejecución del laudo, debe exigir que Paraguay otorgue fianza por el monto total del laudo, más intereses.

53. SGS señaló que Paraguay debe más de US\$ 39 millones que prometió pagar en varias ocasiones, pero no lo hizo.²⁹ Además, declaró que “Paraguay repetidamente no pagó su parte de los anticipos sobre los costos solicitados por el CIADI, y por ende, SGS se vio obligada a asumir la totalidad de los costos del procedimiento arbitral.³⁰ SGS afirmó que, además del monto adeudado a SGS, Paraguay también le debe a BIVAC, (competidor de SGS), aproximadamente US\$ 36.1 millones³¹. SGS agregó que existe un caso contra Paraguay ante el Tribunal Federal Suizo, en el cual Paraguay declaró abiertamente que no respetará dicha deuda³².

54. Luego de citar los casos *Libananco* y *Kardassopoulos*, SGS afirmó que “...muchos comités han ordenado que se otorguen garantías para mantener la suspensión de la ejecución, como un necesario y natural *quid pro quo*, y no han requerido ninguna muestra de circunstancias especiales. Incluso si este Comité tuviera la intención de requerir una muestra positiva de SGS (que no necesita) ...hay circunstancias que justifican el otorgamiento de una garantía en el presente caso”³³.

55. SGS señaló que Paraguay “...en ninguna parte sugiere que no puede pagar el laudo en su totalidad en forma inmediata o que sufriría dificultades económicas si lo obligasen a pagar. Paraguay simplemente sostiene que sería “mucho más eficiente” que pague el laudo después de que el Comité emita su decisión...”³⁴.

²⁹ Presentación escrita de SGS del 20 de agosto de 2012, ¶ 5.

³⁰ Id., ¶ 7.

³¹ Id., ¶ 8.

³² Id., ¶ 9

³³ Id., ¶ 34.

³⁴ Id., ¶ 35.

56. SGS declaró que, en los casos del CIADI, las partes tienen la obligación conjunta de realizar un anticipo para cubrir los costos de los procedimientos. También agregó que “Paraguay incumplió esa obligación de manera sostenida durante los tres años en que el caso estuvo pendiente, hasta que Paraguay cínicamente pagó su parte de los costos el día en que inició este procedimiento de anulación³⁵.

57. Además, SGS afirmó que “Paraguay no ha designado ningún tribunal u otra autoridad, de conformidad con el artículo 54(2), para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales del CIADI. Paraguay tampoco ha identificado ante el CIADI ningún acto legislativo u otras medidas adoptadas, de conformidad con el artículo 69 del convenio, para hacer que el convenio sea efectivo en su territorio”³⁶.

58. Basado en el caso *Repsol* y las declaraciones del profesor Schreuer, SGS afirmó que:

“La garantía constituye un importante elemento disuasivo contra el inicio 'automático' de solicitudes de anulación³⁷.

59. Luego de señalar que SGS estuvo tratando por más de 15 años de hacer que Paraguay pagase los montos adeudados, SGS declaró que solamente por esa razón el Comité debería ordenar a Paraguay que otorgue una fianza u otra garantía como condición previa para mantener la suspensión de la ejecución del laudo³⁸.

60. SGS solicitó que se levante la suspensión provisoria de la ejecución del laudo, y alternativamente, es decir, en caso de que el Comité decidiera mantener la suspensión, que el Comité ordene que, dentro del término de treinta días a partir de la fecha de la emisión de la decisión, Paraguay “...preste garantía en la forma de una garantía bancaria incondicional e irrevocable o carta de crédito standby con un banco internacional de prestigio con sede en Europa Occidental o América del Norte por el monto total del

³⁵ Id., ¶ 38.

³⁶ Id., ¶ 39.

³⁷ Id. ¶¶ 42 and 43.

³⁸ Id., ¶ 45.

laudo (incluyendo los intereses a la fecha de emisión de la orden del Comité, más 30 días) o en cualquier otra forma e importe que determine el Comité”. Adicionalmente, solicitó al Comité que ordene “... que en caso de que la solicitud de anulación de Paraguay fuera rechazada, la garantía así prevista, sea cobrada por SGS en su totalidad y al primer requerimiento, o, en caso de anulación parcial, sea cobrada parcialmente por SGS por el monto que el laudo haya otorgado a su favor”³⁹. Por último, concluyó que “...si Paraguay no proporciona la garantía ordenada dentro de los 30 días o incumple en pagar cualquier otro monto requerido por el CIADI a ser pagado en el transcurso de la solicitud de anulación de Paraguay (incluidos los costos del CIADI y/o los costos del Comité), se levante la suspensión de la ejecución del laudo...”⁴⁰.

61. En su presentación por escrito del 7 de noviembre de 2012, SGS declaró que existen tres circunstancias que justifican el otorgamiento de una garantía en el caso en cuestión:

(a) Prestar una fianza no perjudicaría a Paraguay. En tal sentido, afirmó que “Paraguay no puede ni debe decir que sufrirá dificultades económicas si se le exige prestar fianza. Paraguay tampoco sufriría ningún daño si el laudo fuese anulado. En tal circunstancia, la garantía sería simplemente revocada, abordando por completo la preocupación expresada por Paraguay acerca de la eficiencia de dicha garantía”⁴¹.

b) El Comité salvaguardaría la integridad del sistema del CIADI y aseguraría que Paraguay cumpla sus obligaciones bajo el convenio del CIADI. Al respecto, SGS declaró que “el Comité habrá tomado nota de que en ningún momento Paraguay se compromete a cumplir con el laudo si el Comité rechaza su solicitud de anulación. (En cualquier caso, tal compromiso tendría poco valor, dado el historial de Paraguay de incumplir con sus promesas de pago a SGS). Paraguay pagó su parte de los costos de arbitraje solo después de que decidiera iniciar estos procedimientos de anulación. Sumado a este historial, existe también evidencia que indica que Paraguay

³⁹ Id., ¶ 49.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Escrito de SGS del 7 de noviembre de 2012, página 3.

pretende evitar el pago de una condena y frustra los intentos de ejecución de una sentencia judicial suiza dictada a favor de bancos europeos. Al ordenar una fianza, este Comité evitaría que este caso se convierta en otra mancha negra en el sistema del CIADI por laudos incumplidos”⁴².

(c) La naturaleza de la solicitud de anulación presentada por Paraguay justifica una fianza u otra garantía. SGS afirma que el Comité debería determinar si la solicitud de anulación es dilatoria o no. En palabras de SGS “...la solicitud de Paraguay constituye una disconformidad acerca de la interpretación del tratado. Paraguay no alega vicios procesales, violaciones al debido proceso o injusticia. La cuestión central planteada por Paraguay es un desacuerdo con el Tribunal acerca de la interpretación correcta de la cláusula de solución de controversias del TBI a la luz de la cláusula de selección del foro en el contrato subyacente”⁴³.

62. SGS agregó que en *Kardassopoulos c. Georgiathe* el Comité ordenó a Georgia a prestar fianza en circunstancias similares a estas. Según SGS “...en ese caso, la consideración clave era el prolongado historial de Georgia de incumplimiento de promesas de compensar al inversionista. Ese historial (12 años) fue más corto que el nuestro (15 años)”⁴⁴. SGS también citó *Lemire v. Ucrania*, donde el Comité ordenó a Ucrania que otorgue garantía sobre la base del pobre historial de Ucrania respecto del incumplimiento de sus obligaciones internacionales⁴⁵. Por el contrario, SGS se refirió al hecho de que en dos casos contra Chile (*Pey Casado* y *MTD*), los Comités no ordenaron el pago de una fianza. Esto ocurrió “...por el registro impecable de cumplimiento de sus obligaciones de pago internacionales”⁴⁶. SGS también declaró que el Comité en *Pey Casado* consideró “...que la ‘fidelidad y suma seriedad’ de Chile en el cumplimiento de su compromisos internacionales ‘debería constituir una garantía suficiente’ de cumplimiento futuro”⁴⁷. En *MTD* el

⁴² Id., pag 3.

⁴³ Id., pag 3.

⁴⁴ Pags. 3 y 4.

⁴⁵ Pags. 3 y 4.

⁴⁶ Id., pag. 4.

⁴⁷ Id., pag. 4.

LAUDOS

Tribunal señaló que “...Chile ‘siempre ha cumplido con sus obligaciones de pago internacionales y con todos los fallos o laudos de cortes y tribunales internacionales’”⁴⁸.

63. El Comité procederá ahora a analizar las presentaciones escritas de las partes y adoptará una decisión sobre la solicitud presentada por Paraguay. Sin embargo, antes de hacerlo, examinará hechos recientes que se le han señalado en conexión con la solicitud de suspensión de la ejecución del laudo.

IV. HECHOS RECIENTES

64. El 15 de enero de 2013, SGS envió una carta al Comité indicando que Paraguay emitió una “circular de oferta preliminar” (la “oferta”) para una emisión de bonos que circularía entre bancos de inversiones y firmas de abogados internacionales.

65. El Comité examinó cuidadosamente la oferta y pudo verificar que como SGS afirmó, Paraguay había hecho referencia al laudo que lo obligaba a pagar a SGS aproximadamente US\$ 39 millones, más intereses.

66. En su carta del 15 de enero de 2013, SGS añadió que, a causa de la suspensión de la ejecución del laudo, no pudo embargar, *ni siquiera provisoriamente*, las sumas que circularían a través del sistema bancario de Nueva York en relación con la emisión de bonos.

67. Además, SGS señaló que en la página 10 de la oferta, Paraguay había hecho referencia a la posibilidad de que SGS, o cualquier otro acreedor mencionado en la oferta, embargue parte de los ingresos de la colocación de los bonos.

68. En la página 10 de la oferta, Paraguay enumeró los siguientes créditos pendientes:

⁴⁸ Id., pag. 5.

FALLOS INTERNACIONALES

Acreedor	Cantidad aproximada	Tribunal Arbitral o Corte
Nueve bancos	US\$ 85,000,000 más intereses	Tribunal Federal Suizo
SGS	US\$ 39,000,000 más intereses	Tribunal arbitral del CIADI
BIVAC	US\$ 36,000,000	Tribunal arbitral del CIADI y Tribunales paraguayos.

69. En las páginas 9 y 10 de su oferta, Paraguay incluyó los dos párrafos siguientes:

“Parte de los ingresos de la oferta podrían ser embargados por los acreedores para satisfacer condenas de juicios y laudos pendientes contra Paraguay.

Los acreedores con sentencias judiciales o arbitrales pendientes presentan un riesgo de interrupción de la oferta. El riesgo con respecto a la oferta es podría decirse que los compradores iniciales en la oferta tendrían una obligación de pagar dinero a Paraguay, y que los acreedores de Paraguay en los juicios intenten restringir el interés de Paraguay en dicha obligación. Adicionalmente, los acreedores de Paraguay podrían intentar embargar el producto de la oferta”⁴⁹.

70. En su carta del 15 de enero referida *supra*, SGS solicitó que este “...Comité levante con efecto inmediato la suspensión provisional de la ejecución” del laudo. SGS concluyó su carta afirmando que “esta puede ser la última oportunidad que tendrá SGS de obligar a Paraguay a respetar sus obligaciones con el CIADI mediante el embargo del dinero que debe a SGS de acuerdo con el laudo CIADI”⁵⁰.

⁴⁹ Circular de oferta preliminar, República del Paraguay, prueba presentada por SGS el 15 de enero de 2013, páginas 9 y 10.

⁵⁰ Carta de SGS del 15 de enero de 2013, páginas 1 y 2.

LAUDOS

71. El mismo día, el Comité invitó a la República del Paraguay a abordar la solicitud de SGS en o antes del 18 de enero de 2013.

72. Antes de recibir la respuesta de Paraguay, el Comité recibió otra comunicación de SGS con fecha 17 de enero, en la que afirmaba que, “como una cuestión de urgencia”, se dirigió directamente al Comité. En esta segunda carta, SGS solicitó las siguientes medidas provisorias:

“...como una cuestión de urgencia y de acuerdo con sus facultades en virtud del artículo 39 (1) de las Reglas, el Comité ordene que Paraguay dirija a sus agentes, incluido Citigroup y sus afiliados (como coordinador global, agente conjunto, fiduciario, agente de pagos principal, agente de transferencias y registrador de la oferta), Bank of America Merrill Lynch (agente conjunto de colocación) y cualquier otra institución financiera involucrada en la oferta, para que coloquen el producto de la oferta (hasta el monto del laudo emitido por el CIADI más los intereses) en una cuenta de fideicomiso que devengue intereses del Citigroup en Nueva York a la espera de la decisión del Comité sobre las respectivas solicitudes de las partes con respecto a la suspensión de la ejecución”⁵¹.

73. El 18 de enero de 2013, el Comité recibió la respuesta de Paraguay a la carta de SGS. En esta respuesta, Paraguay:

(a) Dijo que, “...aunque es cierto que Paraguay está recaudando fondos en los mercados internacionales de deuda... este hecho no incide en el debate respecto de la suspensión de la ejecución del laudo...”⁵².

(b) Indicó una vez más que dado que ningún comité *ad hoc* ha declinado continuar con la suspensión de la ejecución de un laudo, dicha suspensión debe mantenerse mientras se encuentre pendiente la decisión final del Comité en el contexto de este procedimiento de anulación⁵³.

⁵¹ Carta de SGS del 17 de enero de 2013, páginas 1 y 2.

⁵² Carta de Paraguay de 18 de enero de 2013, página 1.

⁵³ Id., Página 1.

(c) Presentó una copia del poder especial otorgado por el Presidente de la República del Paraguay al Procurador General “...para prestar un juramento de compromiso ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en nombre y representación del Estado paraguayo, en el litigio Societe Generale de Surveillance S.A. (S.G.S.) contra la República del Paraguay, No. ARB/07/29 ...”⁵⁴.

74. Mediante otra comunicación de fecha 24 de enero de 2013, Paraguay se opuso fuertemente a la medida provisoria solicitada por SGS mencionada en el párrafo 72 *supra*, argumentando que tal medida afectaría negativamente las acciones que está llevando a cabo con el fin de recaudar fondos en los mercados internacionales de capital.

75. El 25 de enero de 2013, SGS envió una carta al Comité en la que retiraba la solicitud de medida provisoria que había realizado en su carta del 17 de enero. Mencionó que:

(a) “Para evitar dudas, el presente retiro no implica aceptación por parte de SGS de los argumentos planteados en la carta de Paraguay del 24 de enero 2013...”⁵⁵.

b) “...Paraguay hasta ahora no ha ofrecido garantías de tener siquiera la intención de cumplir con el laudo si este Comité rechaza su solicitud de anulación”⁵⁶.

(c) “El decreto que autoriza a Paraguay a ofrecer garantías se emitió el 24 de octubre de 2012...”, pero Paraguay prefirió mantenerlo en reserva y no fue hasta que “...se enfrentó con la posibilidad de ver el producto de su primera oferta de bonos soberanos embargados que Paraguay se comprometió a asegurar a este Comité que pretendía cumplir con el laudo”⁵⁷.

⁵⁴ Decreto No. 9949 del 24 de octubre de 2012, presentado por Paraguay el 18 de enero de 2013.

⁵⁵ Carta de SGS de 25 de enero de 2013, página 1.

⁵⁶ Id., página 2.

⁵⁷ Id., página 2.

LAUDOS

(d) “...Paraguay *anticipó futuras acciones de cumplimiento* y especificó que “cualquier acción tomada para hacer cumplir... el laudo SGS” no sería considerada como un evento de incumplimiento respecto de los bonos”⁵⁸.

(e) “SGS mantiene su solicitud de que el Comité no amplíe la suspensión de la ejecución o, alternativamente, ordene a Paraguay que proporcione una garantía por el monto total del laudo más los intereses”⁵⁹.

76. El 30 de enero, Paraguay envió su respuesta a la carta de SGS del 25 de enero. Con respecto al Decreto 9949, declaró:

“La especulación infundada de SGS acerca de la oportunidad de la carta no puede menoscabar el hecho de que Paraguay ha transmitido garantías de que pagará el laudo en caso de no ser anulado. Como Paraguay ya lo ha señalado, los comités de anulación rutinariamente aceptan tales garantías para otorgar la prórroga de las suspensiones provisionales”⁶⁰.

77. En esa respuesta, Paraguay declaró que la oferta “...no pretende establecer que como política de gobierno se requerirá una acción de ejecución para hacer cumplir el laudo”⁶¹. También reiteró su pedido de que se prorrogue la suspensión del laudo.

V. ANÁLISIS DEL COMITÉ *AD HOC*

A. RÉGIMEN DE ANULACIÓN BAJO EL CIADI

78. Antes de analizar los argumentos de las partes, el Comité considera que es importante hacer referencia al artículo 52 (5) del convenio del CIADI, que dice lo siguiente:

“Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución

⁵⁸ Id., página 2.

⁵⁹ Id., página 3.

⁶⁰ Carta de Paraguay del 30 de enero de 2013, página 2.

⁶¹ Id., página 2.

se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición”.

79. La regla 54 de las reglas de arbitraje del CIADI establece lo siguiente:

“Suspensión de la ejecución del laudo”.

“(1) La parte que solicite la aclaración, revisión o anulación de un laudo podrá, en su solicitud, y cualquiera de las partes podrá en cualquier momento, antes que se decida finalmente sobre la solicitud, pedir que se suspenda la ejecución de una parte o de todo el laudo al que se refiere la solicitud. El Tribunal o Comité considerarán de manera prioritaria dicha solicitud.

(2) Si una solicitud de revisión o anulación de un laudo contiene un pedido de suspensión de su ejecución, el Secretario General, al notificarle a ambas partes el acto de registro, les notificará la suspensión provisional del laudo. En cuanto se constituya, el Tribunal o Comité, a petición de cualquiera de las partes, decidirá dentro de 30 días si debe mantenerse dicha suspensión; a menos que decida que la suspensión debe mantenerse, se la levantará automáticamente.

(3) Si se ha otorgado la suspensión de la ejecución de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (1) o si se la ha mantenido de conformidad con lo dispuesto en el párrafo (2), el Tribunal o Comité podrá, en cualquier momento, modificar o poner término a la suspensión a pedido de cualquiera de las partes. Todas las suspensiones terminarán automáticamente en la fecha en que se dicte una decisión final sobre la solicitud, excepto que el Comité que declare la nulidad parcial de un laudo podrá ordenar la suspensión temporal de la ejecución de la parte no anulada a fin de darle a ambas partes una oportunidad para que le pidan a cualquier nuevo Tribunal constituido de conformidad con el artículo 52(6) del Convenio que otorgue una suspensión de conformidad con la regla 55(3).

(4) Toda solicitud hecha de conformidad con el párrafo (1), el párrafo (2) (segunda oración) o el párrafo (3) especificará las circunstancias que requieren la suspensión o su modificación o terminación. Se otorgará lo solicitado sólo después de que el Tribunal o Comité le haya dado a las partes una oportunidad para que hagan presente sus observaciones.

LAUDOS

(5) El Secretario General notificará sin demora a ambas partes la suspensión de la ejecución del laudo y la modificación o terminación de tal suspensión, que entrará en vigencia en la fecha en que se envíe dicha notificación”.

80. Las partes tienen diferentes opiniones con respecto a la interpretación del régimen de anulación del CIADI. Asimismo, Paraguay afirmó que ha cumplido siempre con sus obligaciones internacionales, especialmente las derivadas de los arbitrajes del CIADI. Agregó que los comités de anulación rutinaria y consistentemente han suspendido la ejecución de laudos en espera de una decisión acerca de la anulación, siempre que estén convencidos de que la solicitud de anulación no es meramente dilatoria. Citando a *Azurix c. Argentina*, Paraguay destacó que se debe conceder una suspensión salvo que existan circunstancias excepcionales⁶². Por el contrario, SGS alegó que Paraguay ha incumplido repetidamente con sus obligaciones internacionales; que no existe un derecho automático a la suspensión de la ejecución de un laudo y que la suspensión de la ejecución es un remedio de naturaleza excepcional⁶³.

81. El artículo 52 del convenio del CIADI y las reglas 52 y 54 de las reglas de arbitraje establecen las normas fundamentales sobre la anulación de los laudos. El mecanismo relevante que se deriva de la conjunción de tales reglas es el siguiente:

(a) Tras el registro de una solicitud de anulación de un laudo, las autoridades del CIADI nombran un comité *ad hoc* para decidir sobre dicha solicitud.

(b) Si la solicitud de anulación contiene una solicitud de suspensión de la ejecución del laudo, el Secretario General del CIADI ordenará la suspensión provisoria de la ejecución.

(c) En caso de que el Comité considere “que las circunstancias lo exigen”, puede ordenar que la suspensión continúe en espera de su decisión sobre la solicitud de anulación.

⁶² Comunicación escrita del Paraguay del 14 de agosto de 2012, párrafo 9.

⁶³ Escrito de SGS del 20 de agosto de 2012, ¶¶ 7, 8, 9, 11 y 12.

(d) A menos que el Comité decida continuar con la suspensión, la misma será automáticamente levantada.

(e) Si el Comité concede una suspensión de la ejecución, puede modificarla o levantarla en cualquier momento a petición de cualquiera de las partes.

82. Sobre la base del lenguaje llano del convenio del CIADI y de las reglas de arbitraje sobre la anulación, resulta claro para el Comité que la suspensión de la ejecución del laudo no es en ningún caso automática. De conformidad con el artículo 52 (5) del convenio del CIADI, la suspensión de la ejecución depende de las circunstancias específicas del caso. Ciertamente, para ordenar la prórroga de la suspensión de la ejecución, el Comité debe estar convencido de que, en el contexto del presente caso, dicha suspensión es necesaria.

83. La conclusión anterior se ve reforzada por el artículo 53 del convenio, que indica que la naturaleza vinculante del laudo es la regla y su anulación es la excepción:

“El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”.

84. Las medidas adoptadas por las “Partes Contratantes” que crearon el sistema del CIADI deben llevarnos a la conclusión de que la naturaleza vinculante del laudo es la norma, mientras que la anulación es la excepción. El sistema del CIADI se basa en la premisa de que los laudos dictados por los tribunales del CIADI resuelven de manera definitiva las cuestiones sometidas a su consideración, y que solo en circunstancias excepcionales y muy limitadas puede declararse su anulación.

85. La consecuencia inevitable del razonamiento anterior es que, a pesar de existir una solicitud de anulación, los laudos deben ser ejecutados, y solo en casos muy específicos en los que las circunstancias así lo exigen, la ejecución puede ser suspendida por el comité respectivo.

86. Basado en el lenguaje llano de la regla 54 (4) del reglamento de arbitraje del CIADI, también resulta claro para el Comité que la parte interesada en la suspensión de la ejecución del laudo soporta la carga de la prueba a los efectos de demostrar la existencia de circunstancias que justifiquen dicha suspensión. De hecho, la regla 54 (4) establece que “una] solicitud de suspensión de la ejecución] ...deberá especificar las circunstancias que requieren la suspensión ...”. En el presente caso, la carga de establecer las circunstancias que justifiquen la suspensión de la ejecución recae claramente sobre Paraguay.

87. El Comité también observa que el artículo 52 (5) del convenio del CIADI establece que la suspensión solo continuará si el Comité considera que “las circunstancias lo exigen”. La convención no utiliza otros verbos menos categóricos, como “recomendar”, “merecer”, “justificar” o palabras similares, pero recurre al verbo imperativo “exigir”.

88. En suma, para ordenar que continúe la ejecución del laudo, el Comité debe estar seguro de que las circunstancias del caso particular así lo exigen. Corresponde a la parte interesada demostrar que tales circunstancias existen, y por tanto, que la suspensión de la ejecución debe continuar.

89. El razonamiento expuesto anteriormente coincide con decisiones anteriores de los comités *ad hoc*, por ejemplo, el Comité en *Sempra c. Argentina* sostuvo que:

“En relación con el presente caso, el Comité desea resumir del modo siguiente su opinión sobre los requisitos previos a los que está supeditado el otorgamiento de una suspensión. Los laudos del CIADI son inmediatamente pagaderos por el deudor del laudo, independientemente de que se promueva o no la anulación. La suspensión de la ejecución en ningún caso debe ser automática, y no existe una presunción favorable al otorgamiento de la misma. Ello surge, en opinión del Comité, del sentido ordinario que debe darse a las disposiciones del artículo 52(4) del convenio del CIADI, que autoriza al Comité a suspender la ejecución del laudo hasta que se haya pronunciado en definitiva “si... considera que las circunstancias lo exigen”. Aunque el convenio del CIADI nada indica acerca de cuáles circunstancias justificarían una suspensión, del texto citado surge claramente que debe estar presente alguna circunstancia que favorezca el otorgamiento de una sus-

pensión. Como consecuencia, no es posible inferir la necesidad de una presunción favorable a la suspensión, ni que el acreedor del laudo tenga la carga principal de demostrar que no corresponde conceder la continuación de la suspensión”.⁶⁴

90. Como fue destacado por Paraguay, algunos comités *ad hoc* han considerado que, en ausencia de circunstancias inusuales, la concesión de la suspensión de la ejecución mientras se encuentre pendiente el procedimiento de anulación, se ha vuelto casi automática.

B. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL PRESENTE CASO

91. El Comité consideró cuidadosamente las reglas establecidas en el convenio del CIADI y las reglas de arbitraje con respecto a la suspensión de la ejecución de laudos y las presentaciones de las partes. Como resultado, el Comité concluyó que Paraguay no ha cumplido con la carga de la prueba. Ciertamente, Paraguay no ha demostrado que existan circunstancias específicas en el presente caso que exigen que la suspensión continúe.

92. Paraguay ha limitado sus argumentos a un intento de probar que SGS no se vería perjudicado por una suspensión de la ejecución y que sería “mucho más eficiente” esperar una determinación final acerca de las obligaciones de las Partes. El Comité está de acuerdo con SGS en que Paraguay “invirtió la cuestión del perjuicio”. Como se indicó anteriormente, bajo el convenio del CIADI, las decisiones son inmediatamente vinculantes y SGS tiene derecho a exigir el pago de la condena impuesta por el Tribunal. Era responsabilidad de Paraguay demostrar que al permitir la ejecución del laudo, sufriría un perjuicio, y que tal perjuicio justificaría la suspensión de la ejecución. Sin embargo, Paraguay ni siquiera discutió su incapacidad de pagar inmediatamente el laudo o que sufriría dificultades económicas si fuera obligado a hacerlo.

93. El Comité también debe rechazar el argumento de Paraguay de que sería mucho más eficiente que pague solo después de que el Comité rechace su solicitud de anulación. Que Paraguay deba pagar ahora solo para

⁶⁴ Sempra Energy International contra la República Argentina (Caso CIADI No. ARB/02/16). Decisión sobre la solicitud de la República Argentina de suspensión continua de la ejecución del laudo (artículo 54 de las reglas de arbitraje del CIADI) del 5 de marzo de 2009, párrafo 27.

LAUDOS

ser reembolsado más adelante –si el laudo fuese anulado– es la consecuencia natural del régimen de ejecución creado por el convenio del CIADI, donde una suspensión es la excepción y no la regla. Además, Paraguay no ha afirmado que no podría recuperar ningún pago realizado a SGS; por el contrario, ha reconocido que SGS es una compañía multinacional grande y solvente.

94. Paraguay manifestó reiteradamente que su solicitud de anulación no se presentó con un propósito dilatorio. En opinión del Comité, el mero hecho de que la solicitud no sea dilatoria no justifica la suspensión de la ejecución del laudo. El Comité considera que SGS está en lo cierto al afirmar que Paraguay no puede tener el derecho a recibir el beneficio de una suspensión de la ejecución simplemente porque actuó como se esperaba.

95. Además del estricto razonamiento legal y del análisis de las circunstancias específicas del caso que puedan justificar una suspensión, este Comité debe evaluar, para tomar una determinación sobre un asunto tan delicado, el reciente historial de Paraguay respecto del cumplimiento de sus obligaciones de pago relacionadas con el CIADI.

96. En el párrafo 187 de la decisión sobre jurisdicción, emitida el 12 de febrero de 2010 en el procedimiento de arbitraje que da lugar a este procedimiento de anulación, el Tribunal declaró que:

“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)”⁶⁵.

97. En el párrafo 192 del laudo emitido el 10 de febrero de 2012, en ese mismo arbitraje, el Tribunal señaló que:

“El Tribunal considera que ambas partes han planteado sus posturas de manera hábil y de buena fe y que ninguna ha generado demoras o costes indebidos a lo largo del arbitraje. Sin embargo, la demandada no ha pagado

⁶⁵ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. República del Paraguay, (Caso CIADI N° ARB/07/29), decisión sobre jurisdicción del 12 de febrero de 2010), ¶ 187.

su parte de las costas relativas a este procedimiento y ha obligado a la demandante a soportar por sí sola el coste total. El Tribunal concluye que la demandada debe pagar su parte y, por lo tanto, reconoce en favor de la demandante la mitad de las costas del presente arbitraje, es decir, el importe de los honorarios y gastos del CIADI que la demandada debería haber pagado. El Tribunal no considera apropiado tomar ninguna otra decisión con respecto a los honorarios y gastos”⁶⁶.

98. En cumplimiento de la obligación impuesta por la regla 13 de las reglas de arbitraje, poco después de su constitución, el 30 de julio de 2012, este Comité solicitó que Paraguay realizara un pago anticipado de US\$ 200,000 a más tardar el 29 de agosto de 2012, de modo que el Comité cuente con los fondos necesarios para cubrir los gastos de la primera sesión. El 14 de agosto de 2012, el Comité decidió que la primera sesión iba a ser realizada el 31 de agosto de 2012, siempre que Paraguay realice el depósito correspondiente de manera oportuna. A pesar de otras acciones emprendidas por el Comité y por su Secretario, el pago no se recibió a tiempo y la primera sesión tuvo que ser cancelada.

99. En vista de lo anterior, el Comité acordó continuar con la suspensión de la ejecución del laudo hasta el 17 de septiembre de 2012 y advirtió a Paraguay que si en esa fecha el CIADI no hubiera recibido un depósito de US\$ 200,000, se levantaría la suspensión de la ejecución del laudo. Finalmente, el 13 de septiembre de 2012 Paraguay realizó el depósito.

100. Asimismo, en la oferta, la propia República del Paraguay reconoció la existencia de tres obligaciones pendientes, dos de ellas relacionadas con el CIADI, de abonar montos considerables, a nueve bancos, a SGS y a BIVAC respectivamente. También se refirió en la oferta a “otros acreedores de Paraguay” y a la posibilidad de que cualquiera de esos acreedores (los tres que identificó, así como los otros que mencionó pero que no fueron identificados) embarguen parte del producto de la oferta.

101. El propósito del poder especial que el Presidente de la República del Paraguay otorgó al Procurador General, al cual se hace referencia en el párrafo 73, fue el de proporcionar una “declaración jurada de compromiso”.

⁶⁶ SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. République du Paraguay, laudo del 10 de febrero de 2012 (CIADI). Caso N  ARB/07/29), 192.

LAUDOS

En opinión de este Comité, no equivale al otorgamiento de una garantía, pues tal compromiso no se encuentra previsto como tal en las reglas del CIADI. Además, no es lo suficientemente categórico como para evidenciar la firme promesa por parte de Paraguay de pagar las sumas adeudadas a SGS, en caso de que la anulación del laudo fuera denegada.

102. SGS se opuso firmemente a la solicitud de Paraguay de que se mantenga la suspensión de la ejecución del laudo. Argumentó que en cualquier caso, tal suspensión solo podría continuar si Paraguay fuese ordenado a otorgar fianza u otra garantía. En virtud de la determinación a ser tomada *infra*, ya no es necesario realizar un análisis acerca del otorgamiento de una fianza.

103. Asimismo, en vista de que en su carta del 25 de enero de 2013, SGS retiró su solicitud de medidas provisionales, el Comité no se referirá a estas.

104. Las partes basaron los argumentos expuestos en varias decisiones dictadas por otras cortes y tribunales arbitrales. Por lo tanto, el Comité considera necesario hacer algunos comentarios generales al respecto.

105. El Comité considera que las decisiones adoptadas por otros tribunales arbitrales o Comités *ad hoc* no son decisivos a los efectos de resolver esta disputa, y claramente no son vinculantes para este Comité. Sin embargo, esto no ha impedido que el Comité tome en consideración el contenido de las decisiones emitidas por otros tribunales arbitrales y comités *ad hoc*, así como los argumentos planteados por las partes sobre la base de tales decisiones, en la medida en que arrojaron luz sobre el asunto a resolver en esta etapa del procedimiento.

106. El Comité considera necesario establecer que su deber en esta etapa del procedimiento es únicamente decidir acerca de la suspensión de la ejecución del laudo.

107. El Comité declara que nada de lo contenido en este documento puede o debe ser interpretado como un anticipo de los criterios que se utilizarán en la decisión que se emitirá al final de este procedimiento.

108. El Comité examinó cuidadosamente el contenido de los argumentos presentados por las partes en sus comunicaciones escritas, con respecto a cuestiones fácticas y legales, así como a los documentos aportados por ellos

al expediente. Todos estos documentos han sido de suma importancia para el Comité. En esta decisión, el Comité se remite a los argumentos planteados por las partes que considera más relevantes. Incluso cuando no hace referencia expresa a todos los argumentos presentados por las partes, el razonamiento del Comité consideró la mayoría de ellos.

109. Sobre la base de las conclusiones a las que se llegó en los párrafos anteriores, el Comité considera que la solicitud del Paraguay de que continúe la suspensión de la ejecución del laudo debe ser rechazada.

VI. DECISIÓN

110. El Comité *ad hoc* por la presente:

a) Rechaza la solicitud de Paraguay de continuar con la suspensión de la ejecución del laudo dictado el 10 de febrero de 2012, cuya anulación fue solicitada por Paraguay;

b) Declara que la suspensión provisional otorgada por el Secretario General finaliza a partir de esta fecha;

c) Decide que se pronunciará sobre la asignación de costas y gastos en su decisión sobre la anulación del laudo.

**LAUDO ARBITRAL.
CIADI 19/05/2014. SGS SOCIETE GENERALE DE
SURVEILLANCE S.A. y LA REPÚBLICA DE
PARAGUAY Caso CIADI N° ARB/07/29. WASHINGTON,
D.C. DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE
ANULACIÓN***

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

WASHINGTON, D.C.

En el proceso de anulación entre

SGS SOCIETE GENERALE DE SURVEILLANCE S.A. y LA REPÚBLICA DE PARAGUAY Caso CIADI N° ARB/07/29

DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE ANULACIÓN

Miembros del Comité *ad hoc*

Sr. Eduardo Zuleta J., Miembro

Juez Abdulqawi Ahmed Yusuf, Miembro

Sr. Rodrigo Oreamuno B., Presidente

Secretario del Comité *ad hoc*

Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

19 de mayo de 2014

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

* Nota de traducción: La autoría de la traducción corresponde a la Abg. Giovanna Parini Bareiro.

FALLOS INTERNACIONALES

En representación de SGS Société Générale de la República del Paraguay

Sr. Olivier Merkt y

Sr. Nicolas Grégoire

SGS Société Générale de Surveillance S.A.

Ginebra, Suiza

Sr. Paul D. Friedland y

Sr. Damien Nyer

White & Case LLP

Nueva York, N.Y.

Estados Unidos

Dr. Roberto Moreno Rodríguez

Procurador General de la República

Dr. Hernán Martínez

Abogado del Tesoro Ministerio de Hacienda

Sr. Brian C. Dunning, Sra. Irene Ribeiro Gee y

Sr. David N. Cinotti

Venable LLP

Nueva York, N.Y.

Estados Unidos

GLOSARIO DE ABREVIATURAS

Acuerdo o contrato:	Acuerdo celebrado entre el gobierno de la República del Paraguay y la SGS Société Générale de Surveillance S.A. sobre la prestación de servicios técnicos de inspección pre-embarque de las importaciones.
Solicitud	Solicitud de anulación, con fecha del 7 de junio de 2012.
Reglas de arbitraje	Reglas de procedimiento para procedimientos arbitrales del CIADI.
Laudo	Laudo dictado el 10 de febrero de 2012 en el arbitraje SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay, caso del CIADI N� ARB/07/29.

LAUDOS

Documento de antecedentes sobre la anulación:	Documento de antecedentes sobre la anulación del Consejo Administrativo del CIADI, 10 de agosto de 2012.
TBI	Tratado de promoción y protección recíproca de inversiones entre Suiza y Paraguay. Firmado el 31 de enero de 1992, entró en vigencia el 28 de septiembre de 1992.
Contramemoria	El memorial de contestación de SGS de la solicitud de anulación del Paraguay en base al artículo 52, de fecha del 8 de marzo de 2013.
Decisión sobre jurisdicción	Decisión sobre jurisdicción, de fecha 12 de febrero de 2010.
Convenio del CIADI	Convenio sobre la solución de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados.
CIADI o el Centro:	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.
Memorial	Memorial sobre la solicitud de anulación de la República del Paraguay, del 4 de enero de 2013.
Paraguay	La República del Paraguay o la demandada.
Partes	La República del Paraguay y la SGS Société Générale de Surveillance S.A.
SGS	SGS Société Générale de Surveillance S.A. o la demandante.
Tr:	Transcripción en inglés de la audiencia de anulación celebrada el 1 de noviembre de 2013. Las referencias a la transcripción se hacen de la siguiente manera: “número de página: número de línea”.

Tribunal

El Tribunal Arbitral que dictó el laudo.

I. HISTORIA PROCESAL

1. El 7 de junio de 2012, el CIADI recibió de Paraguay una solicitud de anulación del laudo dictado en el caso CIADI N° ARB/07/29, SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República del Paraguay. La solicitud también contenía una solicitud de suspensión de la ejecución del laudo, de conformidad con la regla 54 (1) de las reglas de arbitraje. La solicitud de anulación se presentó dentro del plazo previsto en el artículo 52 (2) del convenio del CIADI.

2. El Secretario General del CIADI registró la solicitud de anulación el 8 de junio de 2012, de conformidad con la regla 50 (2) (a) y (b) de las reglas de arbitraje, y al mismo tiempo notificó a las partes de la suspensión de la ejecución del laudo, de conformidad con la regla 54 (2) de las reglas de arbitraje.

3. Mediante carta del 25 de junio de 2012, de conformidad con la regla de arbitraje 54 (2) del CIADI, SGS solicitó al Comité que resuelva, dentro de los 30 días posteriores a la fecha de su constitución, si la suspensión provisional de la ejecución del laudo debía continuar. SGS expresó su oposición a una suspensión continua de la ejecución y solicitó que se ordene a Paraguay a que deposite una fianza en caso de que el Comité decida continuar con dicha suspensión.

4. El 27 de julio de 2012, el Secretario General, de conformidad con el artículo 52 (2) del reglamento de arbitraje, informó a las partes que el Comité ad hoc (el "Comité") había sido constituido. Estaba compuesto por el Sr. Rodrigo Oreamuno, ciudadano de Costa Rica, el presidente, el Sr. Eduardo Zuleta, ciudadano de Colombia, y el Sr. Salim Moollan, ciudadano de Mauricio y Francia. Las partes también fueron informadas de que la Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski, asesora jurídica del CIADI, sería la Secretaria del Comité.

5. Mediante una carta del 8 de agosto de 2012, el Comité invitó a las partes a presentar observaciones escritas sobre la solicitud de suspensión continua de la ejecución antes de la primera sesión. Se invitó a Paraguay a

LAUDOS

presentar sus observaciones antes del 14 de agosto de 2012 y a SGS antes del 20 de agosto de 2012. Ambas partes presentaron sus presentaciones de manera oportuna.

6. La primera sesión se llevó a cabo el 29 de octubre de 2012 por conferencia telefónica. Durante la primera sesión, las partes confirmaron que el Comité fue constituido adecuadamente, de conformidad con el convenio del CIADI y las reglas de arbitraje, y que no tenían objeciones al nombramiento de ningún miembro del Comité. Se acordó que el procedimiento se realizaría de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI vigentes a partir del 10 de abril de 2006. Las partes acordaron varias otras cuestiones de procedimiento, entre otras cosas, que los idiomas de procedimiento serían inglés y español, y que el lugar del procedimiento sería la sede del Centro en Washington DC. El acuerdo conjunto de las partes y el calendario procesal se incorporaron en la resolución procesal N° 1 del 13 de noviembre de 2012, firmada por el Presidente y anoticiada a las partes.

7. El 7 de noviembre de 2012, cada parte presentó observaciones adicionales con respecto a la solicitud de SGS de dar por finalizada la suspensión de la ejecución del laudo.

8. El 14 de noviembre de 2012, luego de la renuncia del miembro del Comité Especial Sr. Salim Moollan, el Secretario General notificó a las partes la vacancia y el procedimiento fue suspendido de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI 53 y 10 (2).

9. El 26 de noviembre de 2012, después de consultar con las partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó al juez Abdulqawi A. Yusuf, de nacionalidad somalí, djiboutiense y canadiense, para que ocupara la vacante producida por la renuncia del Sr. Salim Moollan.

10. Tras el nombramiento del juez Abdulqawi A. Yusuf, el Comité ad hoc fue reconstituido y el procedimiento se reanudó el 29 de noviembre de 2012, de conformidad con las reglas de arbitraje del CIADI 53 y 12.

11. De acuerdo con el calendario procesal establecido en la resolución procesal N° 1, la República del Paraguay presentó su memorial sobre la anulación el 4 de enero de 2013, y SGS presentó su memorial de contestación el 8 de marzo de 2013. El 22 de marzo de 2013, el Tribunal decidió que no era necesario un segundo intercambio de escritos procesales.

12. El 17 de enero de 2013, SGS presentó una solicitud de medidas provisionales. Por comunicación de fecha 24 de enero de 2013, Paraguay se opuso firmemente a las medidas provisionales solicitadas por SGS y el 25 de enero de 2013, SGS envió una carta al Comité y desistió del pedido de medida provisional.

13. El 22 de marzo de 2013, el Comité *ad hoc* emitió su decisión sobre la solicitud de Paraguay para la continuación de la suspensión de la ejecución del laudo y la solicitud de SGS para terminarla. El Comité decidió rechazar la solicitud del Paraguay, declaró que la suspensión provisional concedida por el Secretario General concluía a partir de esa fecha, y que se pronunciaría sobre la asignación de costas y gastos en su decisión sobre la anulación del laudo.

14. La audiencia de anulación estaba programada para el 13 de junio de 2013. Sin embargo, fue cancelada porque Paraguay no pagó en tiempo las tasas correspondientes. Fue reprogramada para el 1 de noviembre de 2013.

15. El 6 de agosto de 2013, el abogado de SGS, con el consentimiento del abogado de Paraguay, informó al Tribunal que las partes habían concluido satisfactoriamente las negociaciones de liquidación y suscribieron un acuerdo de liquidación de fecha 20 de julio de 2013. Este acuerdo requería que las partes tomen acciones específicas antes del 15 de diciembre de 2013. Las partes acordaron que mientras tales acciones se encuentren pendientes, el procedimiento de anulación continuaría según lo programado y solicitaron al Tribunal que mantenga la fecha programada para la audiencia de anulación.

16. El 20 de septiembre de 2013, el Tribunal solicitó a las partes que informaran si la audiencia sobre anulación que se había programado para el 1 de noviembre de 2013 seguiría adelante. El abogado de Paraguay respondió el 24 de septiembre de 2013, indicando que aún no se habían realizado las acciones específicas pactadas en el acuerdo y que era poco probable que se realicen antes del 1 de noviembre de 2013. Por lo tanto, las partes acordaron que la audiencia sobre anulación debía llevarse a cabo el 1 de noviembre de 2013, según lo programado.

LAUDOS

17. El 1 de noviembre de 2013, la audiencia de anulación se celebró en la sede del Centro en Washington, DC. Los tres miembros del Comité ad hoc y la Secretaria estuvieron presentes durante la audiencia.

18. Durante la audiencia, SGS estuvo representado por los Sres. Olivier Merkt y Nicolas Grégoire, del departamento jurídico de SGS Société Générale de Surveillance S.A., y por los Sres. Paul Friedland, Damien Nyer y Daniel Aun de White & Case LLP.

19. La República del Paraguay estuvo representada por el Dr. Roberto Moreno Rodríguez, Procurador General de la República; el Dr. Giuseppe Fossati, Asesor Jurídico de la Procuraduría General de la República; el Dr. Benigno López; el Sr. Brian C. Dunning; el Sr. David Cinotti y la Sra. Irene Ribeiro Gee, de Venable LLP.

20. El 26 de marzo de 2014, el procedimiento fue declarado cerrado de conformidad con las reglas 53 y 38 (1) de las reglas de arbitraje.

21. El Comité ad hoc llevó a cabo sus deliberaciones mediante diversos modos de comunicación entre sus miembros, y al emitir esta decisión, ha tenido en cuenta todas las comunicaciones escritas y los argumentos orales presentados por las partes.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

A. POSICIÓN DEL PARAGUAY

22. En su solicitud, Paraguay pidió al Comité ad hoc que anule el laudo en su totalidad y fundó su petición en dos causas contenidas en el artículo 52 del convenio del CIADI: (i) que el Tribunal se extralimitó manifestamente en sus facultades (artículo 52 (1) (b) del convenio del CIADI); y (ii) que el laudo no expresó los motivos en que se funda (artículo 52 (1) (e) del convenio del CIADI).

23. Paraguay argumentó estas dos causas de anulación en su memorial. Sin embargo, en la audiencia, el Paraguay dijo que la principal cuestión que abordaría era si el Tribunal excedió manifestamente sus poderes¹. Por

¹ Tr., 8:18-20.

lo tanto, Paraguay manifestó que no se referiría en la audiencia a los argumentos relacionados con los actos soberanos ni a la falta de motivación del laudo, y que se remite a lo expresado en sus memoriales respecto de estos dos asuntos².

Extralimitación manifiesta de facultades.

24. Según el Paraguay, el Tribunal se extralimitó en el uso de sus facultades de dos maneras. Primero, el Tribunal se extralimitó en el uso de sus facultades al decidir sobre el fondo de la disputa sin jurisdicción para hacerlo. Esto, porque en virtud a una cláusula exclusiva de elección de fuero incorporada en el contrato, la jurisdicción correspondía exclusivamente a los tribunales paraguayos. Segundo, el Tribunal también se excedió manifiestamente en sus facultades al decidir los argumentos esgrimidos por SGS en cuanto al fondo de la cuestión, porque el incumplimiento de un contrato por parte de un Estado sin el ejercicio de su soberanía, no puede violar el TBI³.

25. En su memorial de anulación Paraguay declaró:

“El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al negarse a dar efecto a la cláusula de elección de fuero, y al decidir en consecuencia, que Paraguay violó el TBI por incumplir con las obligaciones de pago estipuladas en el contrato”⁴.

26. Paraguay agregó:

“El Tribunal también se excedió manifiestamente en su competencia al decidir el mérito del reclamo de SGS, porque la falta de pago en virtud de un contrato, sin un uso o abuso del poder soberano, no puede equivaler a una violación del tratado, criterio que ha sido sostenido por muchos tribunales del CIADI. Como el alegado incumplimiento del contrato no podía violar el TBI, esta petición se encontraba manifiestamente fuera del ámbito de competencia del Tribunal”⁵.

² Tr., 9:4-9.

³ Memorial de anulación, ¶ 36-37.

⁴ Id., ¶ 2.

⁵ Id., ¶ 3.

27. Paraguay dividió su argumento sobre extralimitación manifiesta de sus facultades en dos partes:

“En primer lugar, el Tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades cuando consideró y decidió el reclamo de SGS de que Paraguay incumplió el contrato al no pagar las facturas emitidas por SGS. Este reclamo contractual debía ser atendido por los tribunales paraguayos en virtud a los claros e inequívocos términos del contrato. Ningún otro tribunal del CIADI ha sostenido que una “cláusula paraguas” en un TBI le otorga jurisdicción para atender incumplimientos contractuales, cuando el contrato contiene una cláusula exclusiva de elección de fuero”⁶.

“El Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades en este caso al decidir un reclamo que estaba fuera de su jurisdicción bajo el TBI y que además era inadmisibile, por estar dentro del ámbito exclusivo de la jurisdicción de los tribunales paraguayos. Como el Tribunal carecía de autoridad para decidir sobre el fondo del asunto, éste se extralimitó manifiestamente en sus facultades”⁷.

“En segundo lugar, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al decidir el reclamo de SGS sobre el fondo, porque un simple incumplimiento de contrato, sin ningún acto soberano o de poder público, no puede violar la cláusula paraguas del TBI. El reclamo de SGS basado únicamente en la falta de pago en virtud del contrato, estaba manifiestamente fuera del ámbito de competencia del Tribunal”⁸.

28. Paraguay también afirmó:

“Aunque el Comité *ad hoc* no es un tribunal de apelación, la decisión del Tribunal de considerar el reclamo de SGS sobre el fondo del asunto va más allá de un simple error de derecho o de una errónea interpretación del tratado” “... el laudo debe anularse porque, en primer lugar, el Tribunal no tenía autoridad para considerar los méritos de los reclamos de SGS. De hecho, al rechazar los reclamos de BIVAC, el Tribunal de *BIVAC* sostuvo “que

⁶ Id., ¶ 36.

⁷ Id., ¶ 38.

⁸ Id., ¶ 37.

este Tribunal ejerza jurisdicción en relación con una disputa puramente contractual, en las circunstancias de este caso, equivaldría a una manifiesta extralimitación de jurisdicción”⁹.

29. Con respecto a la cláusula de elección de fuero, Paraguay afirmó:

“Fue una manifiesta extralimitación de sus facultades negarse a hacer efectiva la cláusula de elección del fuero y, en cambio, decidir los méritos del reclamo contractual de SGS en virtud a la cláusula paraguas del TBI. Este exceso de poder resulta “manifiesto a través de la sola lectura de las razones del Tribunal’. El ejercicio de la jurisdicción del Tribunal violó los principios fundamentales de la autonomía de la voluntad o *pacta sunt servanda*, y es inconsistente con la regla de que los compromisos específicos sobre un asunto prevalecen sobre los generales sobre el mismo asunto”¹⁰.

30. Paraguay concluyó su argumentación sobre la cláusula de elección de fuero diciendo:

“Por estos motivos, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al negarse a reconocer la cláusula a pesar del lenguaje claro del contrato y, en cambio, al decidir sobre los méritos del reclamo sobre la “cláusula paraguas” de SGS, un reclamo basado fundamentalmente en un contrato y no en un estándar del tratado”¹¹.

31. El Paraguay argumentó que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades de una segunda forma, al decidir sobre el fondo de una controversia contractual, fuera del ámbito de aplicación de la cláusula paraguas¹².

32. Desde el punto de vista de Paraguay, el incumplimiento de un contrato por parte de un Estado, sin el ejercicio de poderes soberanos, no puede violar la cláusula paraguas del TBI¹³. Paraguay invocó las decisiones

⁹ Id., ¶ 44 (nota al pie omitida).

¹⁰ Id., ¶ 47 (nota al pie omitida).

¹¹ Id., ¶ 93.

¹² Id., ¶ 94.

¹³ Id., ¶¶ 35-37.

de *Pan American Energy LLC v República Argentina, Impregilo SpA v República Islámica de Pakistán* y *Joy Mining Machinery Ltd v República Árabe de Egipto*, para indicar que una conducta comercial como la falta de pago, no puede considerarse como un incumplimiento de las cláusulas paraguas y los estándares del TBI. Por el contrario, “solo la conducta gubernamental o soberana puede violar un estándar TBI”¹⁴.

33. Además, la cláusula paraguas del TBI no transforma un mero incumplimiento contractual en una violación del tratado y no es lo suficientemente específica como para invalidar esta regla¹⁵. Además, la cláusula paraguas no es un estándar sustantivo de protección¹⁶ y no convierte automáticamente a los reclamos contractuales en reclamos convencionales o basados en el tratado. Paraguay cita las decisiones en *Bayandir c. Pakistan* e *Impregilo c. Pakistan*, que confirman el principio básico de que un Estado no viola el derecho internacional por un simple incumplimiento contractual¹⁷.

34. Con respecto a la cláusula paraguas, Paraguay concluyó:

“En consecuencia, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al ejercer jurisdicción sobre un incumplimiento puramente contractual, basado en la teoría de que la cláusula paraguas equipara el incumplimiento de contrato a una violación del tratado. La supuesta falta de pago de la factura por parte de Paraguay, el único fundamento de este laudo, no involucra un acto soberano o un abuso de la autoridad soberana, y por lo tanto no puede constituir una violación del TBI”¹⁸.

35. Según Paraguay:

“... si los compromisos protegidos por la cláusula paraguas incluían compromisos contractuales, el Tribunal debía examinar el contrato en su

¹⁴ Id., ¶ 94.

¹⁵ Id., ¶ 97.

¹⁶ Id., ¶ 98.

¹⁷ Id., ¶¶ 102-104.

¹⁸ Id., ¶ 105.

totalidad, no solamente partes de él... El fundamento del Tribunal para rechazar este argumento está lejos de ser claro y se basó en un razonamiento incongruente con su propia explicación sobre el ejercicio de jurisdicción en la demanda de SGS”¹⁹.

36. Paraguay afirmó que:

“En su decisión sobre la jurisdicción, el Tribunal reiteradamente basó su decisión distinguiendo los reclamos contractuales de los reclamos basados en el tratado ... el Tribunal no realizó un análisis del tratado por separado o una investigación distinta; el tribunal centró íntegramente su análisis en si Paraguay incumplió el contrato, no si violó un estándar independiente del tratado”²⁰.

37. En la audiencia de anulación celebrada en Washington D.C. el 1 de noviembre de 2013, Paraguay resumió los argumentos en los que basó su solicitud de anulación del laudo.

38. El Paraguay afirmó: “... la cuestión principal que debe abordarse hoy es si el Tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades”²¹.

39. Paraguay agregó que señalaría “... el estándar bajo el cual este Comité debería revisar nuestros argumentos de impugnación contra el laudo”²², y dijo que el argumento sobre el estándar para solicitar la revisión descansa en tres proposiciones principales.

40. Según Paraguay, esas tres proposiciones son las siguientes:

a) “... un tribunal se extralimita en sus facultades cuando decide una cuestión que las partes sometieron a la jurisdicción exclusiva de otro tribunal o fuero”.

b) “... esa extralimitación de poder, no la jurisdicción o admisibilidad, es la cuestión clave bajo el artículo 52 (1) b”.

¹⁹ Id., ¶ 108 (cita interna y nota al pie omitida).

²⁰ Id., ¶¶ 109 y 110 (se omiten las citas internas y las notas de pie de página).

²¹ Tr., 8:18-20.

²² Tr., 9:16-18.

LAUDOS

c) “... si el término “manifiesto “ requiere exceso obvio, una serie (sic) de excesos, o simplemente un exceso de jurisdicción...”²³.

41. Al explicar su primera proposición, Paraguay declaró:

“Esta solicitud no se trata de errores percibidos en cuanto al fondo de la cuestión, sino de la ilegitimidad de la actividad del Tribunal por haber dictado un laudo sobre el fondo de la cuestión”²⁴.

42. Paraguay también sostuvo lo siguiente: “... que podría ir más al corazón de la legitimidad del proceso de decisión que el argumento de que el Tribunal carecía de facultad alguna para decidir sobre el mérito. La competencia de un tribunal está necesariamente vinculada al consentimiento de las partes”²⁵.

43. En su presentación en PowerPoint, Paraguay citó la Decisión sobre anulación emitida en *CDC Group PLC c. República de las Seychelles*, en la cual se afirmaba que “el ejercicio legítimo del poder por parte del Tribunal está vinculado al consentimiento de las partes, por lo que excede sus poderes cuando actúa en contravención de ese consentimiento...”²⁶.

44. También se refirió a *Helnan c. Egypt (Decisión sobre anulación)*, diciendo que “el concepto de los poderes de un tribunal va más allá de su jurisdicción...”²⁷.

45. Paraguay luego explica su segunda proposición, diciendo que:

“La segunda proposición es que la cuestión que tiene ante sí este comité es si el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades. El comité no necesita decidir si las impugnaciones aquí pertenecen a la jurisdicción o a la admisibilidad”.

²³ Tr., 9:21-22 to 10:1-7.

²⁴ Tr., 10:15-18.

²⁵ Tr., 11:4-8.

²⁶ Presentación de Paraguay, 1 de noviembre de 2013, p. 4.

²⁷ Id.

“El artículo 52 (1) b habla de extralimitación en sus facultades, no de jurisdicción”²⁸.

46. Paraguay también citó al Profesor Vaughan Lowe diciendo que “el tribunal con jurisdicción general u ordinaria debe negarse a aceptar el caso, porque las partes están legalmente obligadas a remitir el caso a otro tribunal”²⁹.

47. Con respecto al estándar del término “manifiesto”, el Paraguay se refirió al documento informativo del CIADI sobre anulación que establece que “los comités ad hoc han interpretado que 'manifiesto' significa 'obvio, claro o evidente por sí mismo, y que es discernible sin la necesidad de un análisis detallado del laudo’”³⁰.

48. Según Paraguay, en este caso, “la extralimitación en las facultades del Tribunal es obvia, clara, evidente por sí misma, y no requiere un análisis detallado para comprenderla”³¹.

49. El Paraguay también afirmó que “... un tribunal que excede los límites del consentimiento de las partes para arbitrar necesariamente se extralimita manifiestamente en sus facultades”³².

50. El Paraguay afirmó luego que “... el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando decidió el reclamo de la cláusula paraguas de SGS”³³.

51. Durante la audiencia, el Paraguay se refirió expresamente a la cláusula de elección del fuero del contrato:

²⁸ Tr., 12:6-10 to 12-13.

²⁹ Presentación de Paraguay, 1 de noviembre de 2013, p. 5.

³⁰ Id., p. 7.

³¹ Tr., 16:11-14.

³² Tr., 16:19-21.

³³ Tr., 17:7-9.

LAUDOS

“cualquier conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al presente contrato, su incumplimiento, resolución o invalidez, deberá ser sometido a los Tribunales de la ciudad de Asunción”³⁴.

52. Paraguay agregó que “el Tribunal debería, por lo tanto, haber reconocido y aplicado la cláusula de elección de fuero en el contrato y negarse a atender el reclamo de SGS por falta de pago”³⁵.

53. El Paraguay explicó además que “... al menos los siguientes aspectos de la decisión del Tribunal son evidencia de la manifiesta extralimitación de las facultades del Tribunal”:

a) “... el Tribunal ignoró la autonomía de la voluntad de las partes al negarse a aplicar la cláusula de elección del fuero”;

b) “El desconocimiento por parte del Tribunal de la cláusula de elección de fuero es completamente incompatible... con la internacionalmente aceptada doctrina legal de *pacta sunt servanda* ...”;

c) “... el Tribunal desconoció las reglas universalmente aceptadas de interpretación legal, *generalia specialibus non derogant* y *lex specialis generalibus derogant*”;

d) “... otros Tribunales del CIADI desestimaron reclamos de la cláusula paraguas basados en incumplimientos de contratos cuando las disputas contractuales están sujetas a la jurisdicción exclusiva de otra fórmula”³⁶.

54. Durante la audiencia, el Paraguay se refirió específicamente a la decisión de anulación emitida en el caso *Vivendi I* y citó lo siguiente de esa decisión:

“Si ha habido una violación del TBI o si hubo un incumplimiento de contrato son preguntas diferentes. Cada uno de estos reclamos se determinará por referencia a su propia ley o a la ley aplicable”³⁷.

³⁴ Tr., 17:14-17.

³⁵ Tr., 17:20-22.

³⁶ Tr., 18: 6-7, 19: 18-21, 21: 6-9 y 22: 3-6.

³⁷ Tr., 23:13-17.

55. El Paraguay también citó el párrafo 98 de la resolución *Vivendi I* sobre la anulación:

“En el caso en que un reclamo presentado ante un tribunal internacional se base esencialmente en un incumplimiento de contrato, el tribunal hará efectiva la elección de fuero válida prevista en la cláusula fuero del contrato”³⁸.

56. Paraguay argumentó que: “... la cláusula paraguas y los compromisos de aquí no surgen de un estándar de tratado independiente. La base del reclamo es el incumplimiento de una obligación contractual; un contrato que contenía la disposición que expresamente revocaba el consentimiento para arbitrar reclamos contractuales”³⁹.

57. Paraguay concluyó que:

“El hecho de que el Tribunal no haya hecho efectivo el acuerdo de las partes en la forma de una cláusula de elección de fuero se constituyó en una manifiesta extralimitación de su poder”⁴⁰.

58. En su refutación en la audiencia, Paraguay declaró:

“... Paraguay no está pidiendo a este Comité que sustituya su sentencia por la del Tribunal o que decida *ex novo* sobre el fondo del caso”⁴¹. Solicita al Comité que “... reconozca que el Tribunal nunca fue competente para atender este reclamo”⁴².

59. Agregó que:

³⁸ Presentación de Paraguay, 1 de noviembre de 2013, p. 16.

³⁹ Tr., 26:5-10.

⁴⁰ Tr., 27: 2-4.

⁴¹ Tr., 47: 12-14.

⁴² Tr., 47: 17-19.

“... Paraguay cree que en este caso el principio básico en cuestión es el consentimiento de las partes”; y argumentó que: “... Paraguay nunca consintió arbitrar reclamos contractuales ante un tribunal de arbitraje de ningún tipo”⁴³.

60. Paraguay también afirmó que en lo que respecta a la cuestión de lo específico frente a lo general, “SGS retorció el concepto a su favor al argumentar que el tratado es el específico y la cláusula del fuero de elección es la cláusula general, y argumentó que el tratado es claramente el más general, ya que no menciona a ninguna parte específica excepto Paraguay, a ningún contrato específico o a un aspecto específico del contrato”⁴⁴.

“El Tribunal simplemente insistió sobre los presupuestos de incumplimiento del contrato en lugar analizar los presupuestos para la violación de la cláusula del tratado. Esto es, no analizó de manera independiente la cuestión del tratado”⁴⁵.

61. El Paraguay sostuvo además que:

“... el Tribunal se negó a tratar el asunto central, que el Tribunal que anuló *Vivendi* estableció como la distinción entre tratado y contrato que el Tribunal estableció en su decisión sobre jurisdicción”⁴⁶.

62. Paraguay resumió su posición de la siguiente manera:

“... lo que estamos pidiendo es que el comité analice en contexto y trate de reconciliar esta gran tensión entre el derecho internacional y el derecho interno...”⁴⁷.

⁴³ Tr., 48: 3-7.

⁴⁴ Tr., 48: 16-22.

⁴⁵ Tr., 51:11-15.

⁴⁶ Tr., 52:10-15.

⁴⁷ Tr., 53:18-21.

“... y en ese contexto del mandato del TBI... trate de dar sentido a todo esto, respetando el principio de que las partes llegaron a un acuerdo para resolver sus reclamos contractuales en otro lugar”⁴⁸.

63. Finalmente, Paraguay declaró lo siguiente:

“... el otro punto... es sobre lo que SGS acuñó como limitaciones no textuales de la cláusula paraguas, como si intentáramos crear limitaciones textuales al significado de la cláusula paraguas”⁴⁹.

Falta de motivación del laudo

64. En su memorial, el Paraguay declaró que el laudo debía anularse por el motivo adicional de que no se había motivado la decisión⁵⁰.

65. Paraguay argumentó que la falta de motivación no solo existe cuando el Tribunal no da ningún motivo sino que también “... se aplica cuando las razones del tribunal” son tan inadecuadas que la coherencia del razonamiento se ve seriamente afectada “o cuando las razones no son 'adecuadas o suficientes para llegar a las conclusiones expuestas por el Tribunal’”⁵¹.

66. El Paraguay sostuvo que el Tribunal no realizó un análisis independiente del tratado sobre el compromiso contractual de garantizar el acceso a los tribunales locales, tal como se contempla en la cláusula paraguas; y en cambio, simplemente actuó como un tribunal comercial decidiendo un caso contractual⁵².

67. Según Paraguay, el análisis del Tribunal no respondió a los argumentos sobre el análisis independiente de los tratados, que requería que el Tribunal examinara por un lado los compromisos contractuales en su conjunto y por el otro si Paraguay pudo o no haber incumplido el contrato

⁴⁸ Tr., 54:1-5.

⁴⁹ Tr., 54:7-11.

⁵⁰ Memorial sobre anulación, ¶ 106.

⁵¹ Id., ¶ 106 (se omiten las notas de pie de página).

⁵² Id., ¶ 119.

cuando no se bloqueó el acceso a los tribunales nacionales⁵³. A este respecto, el Paraguay se refirió a las decisiones en BIVAC c. Paraguay y SGS c. Filipinas, donde los Tribunales consideraron que el estándar del tratado debía incorporar el contrato en su conjunto sin ignorar la cláusula de elección del fuero⁵⁴. A pesar de la incorporación del TBI en el contrato, el análisis del Tribunal no explica por qué consideró un compromiso y descartó el otro⁵⁵.

68. Refiriéndose a la supuesta falta de motivación del Tribunal, Paraguay argumentó que:

“... si la cláusula paraguas elevó el contrato a un compromiso protegido por el tratado... entonces el análisis respecto del tratado... requería que el Tribunal considere el contrato en conjunto”⁵⁶.

69. Por las razones expuestas en su Memorial y en la audiencia, el Paraguay solicitó al Comité que “... anule el laudo en su totalidad”.⁵⁷

B. POSICIÓN DE SGS

70. SGS afirma que la solicitud de anulación de Paraguay se basa en una disconformidad con la interpretación del TBI que hace el Tribunal, planteando ante el Comité los mismos argumentos que ya se presentaron ante el Tribunal⁵⁸.

71. El 8 de marzo de 2013, la contramemoria de SGS se refirió a las afirmaciones de Paraguay sobre la cláusula de elección de fuero en los siguientes términos:

“El Tribunal aquí encontró que la cláusula de elección de fuero contractual no privó al inversor del derecho, en virtud al TBI, de recurrir al arbitraje internacional para resolver una demanda referente al tratado. Sostener lo contrario se apartaría del significado simple y ordinario del TBI, que equipara al incumplimiento contractual a una violación del tratado y

⁵³ Id., ¶ 114.

⁵⁴ Id., ¶ 115.

⁵⁵ Id., ¶¶ 116-118.

⁵⁶ Tr., 50: 17-22.

⁵⁷ Memorial sobre anulación, ¶ 121.

⁵⁸ Memorial de Contestación sobre Anulación, ¶¶ 1-2.

establece al arbitraje internacional como método de resolución de disputas en los conflictos que pudiesen derivar del tratado. Incluso si –aunque no fue lo que ocurrió aquí– el razonamiento del Tribunal hubiera sido incompatible con el lenguaje del TBI, la cuestión en sí misma es irrelevante a los fines del artículo 52. Para el artículo 52 no tiene importancia si el Tribunal interpretó correcta o equivocadamente el Tratado. Para el artículo 52 tampoco tiene relevancia que otros tribunales del CIADI hayan adoptado una postura diferente, o la misma postura sobre la cuestión presentada. Y no tiene relevancia, en virtud del artículo 52, que los miembros de este Comité, en caso de que se les pidiera decidir sobre los méritos, lleguen a una conclusión diferente o a la misma que el Tribunal, respecto de cómo se armoniza la tensión entre las disposiciones del TBI y la cláusula contractual de elección de fuero”⁵⁹.

72. SGS agregó:

“Asimismo, el Paraguay argumenta que, tanto por razones de jurisdicción como de admisibilidad, el Tribunal en virtud a los principios de *pacta sunt servanda* y *lex specialis generalibus derogat*, debió haber rechazado las disposiciones claras y explícitas del TBI y aplicar la cláusula de elección del fuero del contrato. Cualesquiera que sean sus méritos (y este Comité no necesita ni aceptarlos ni rechazarlos), los argumentos del Paraguay no consiguen persuadir ni establecer que las conclusiones del Tribunal no fueron fundadas en el TBI y fueron por lo tanto, insostenibles, constituyéndose así en una manifiesta extralimitación de sus facultades”⁶⁰.

73. SGS también afirmó lo siguiente:

“Los doctrinarios han rechazado la interpretación del convenio del CIADI realizada por Paraguay, porque para determinar los asuntos de jurisdicción se requiere un estándar diferente. El principal redactor del Convenio del CIADI, Aron Broches, explicó:

'El Art. 41 de la Convención declara que el Tribunal es el juez de su competencia. Un Comité ad hoc constituido para pronunciarse sobre una

⁵⁹ Id., ¶ 3.

⁶⁰ Id., ¶ 48 (se omite la nota de pie de página).

solicitud de anulación no puede sustituir el punto de vista del Tribunal por el suyo, porque no es un órgano jerárquicamente superior ni de apelación. Puede anular el laudo solo si la decisión del Tribunal sobre su competencia fue *manifiestamente* errónea”⁶¹.

74. Con respecto a la afirmación del Paraguay de que el Tribunal no razonó adecuadamente, SGS afirmó que el Tribunal expresó suficientemente sus razones en los párrafos 101 a 109 del laudo, y en los párrafos 173-185 de la decisión sobre jurisdicción⁶².

75. SGS también afirmó:

“Paraguay está equivocado. El Tribunal observó que el argumento del Paraguay “a primera vista, carecía de coherencia lógica” porque no podía ser correcto que “Paraguay tuviese la opción de pagar sus facturas o bien someter la disputa a sus tribunales locales”, de igual manera, el Tribunal refutó detalladamente este argumento y realizó un análisis a la luz del TBI”.

“La premisa del Tribunal fue la conclusión preliminar expuesta en la decisión sobre jurisdicción y el laudo, de que una cláusula paraguas equipara a las obligaciones contractuales como obligaciones convencionales”⁶³.

“Paraguay parece culpar al Tribunal por no haber explicado detalladamente porqué, si el efecto del artículo 11 del TBI fue equiparar la obligación contractual del Paraguay de pagar sus facturas a una obligación convencional, no fue equiparada también la obligación de las partes de someter sus disputas ante los tribunales paraguayos”⁶⁴.

Extralimitación manifiesta en sus facultades

76. En la audiencia, SGS se refirió al estándar normal del artículo 52 y al caso *CDC*, que a su juicio es sobre la legitimidad del proceso. Señaló

⁶¹ Id., ¶ 43 (se omite la nota de pie de página).

⁶² Id., ¶¶ 70 y 75.

⁶³ Id., ¶¶ 70-71 (se omiten las notas de pie de página).

⁶⁴ Id., ¶ 73 (se omite la nota de pie de página).

que “el artículo 52 se incluyó en la Convención principalmente para garantizar la legitimidad del proceso, no para asegurar un resultado correcto...”⁶⁵.

77. Para SGS, “La legitimidad tenía dos nociones. Una se refiere a la jurisdicción y la otra al proceso”⁶⁶.

78. SGS citó estos pasajes de la decisión del comité en el caso *AES c. Hungría*:

“Los comités ad hoc deben evitar “un enfoque que resulte en la calificación del razonamiento de un tribunal como deficiente, superficial, de calidad inferior, errónea, mala o de alguna manera defectuosa, en otras palabras, debe evitar una nueva evaluación de los méritos, típico de una apelación”⁶⁷.

79. SGS luego se refirió a las funciones de los comités de anulación diciendo:

“Cuando hay desacuerdo entre los Tribunales del CIADI sobre un asunto referente a la interpretación de tratados, no es tarea de un comité ad hoc adoptar la postura de una u otra parte ni intentar armonizar la jurisprudencia del CIADI”⁶⁸.

80. Con respecto a la cláusula de elección del fuero, SGS también declaró que no estaba solicitando al Comité:

“... que caracterice los argumentos de Paraguay sobre la cláusula de elección de fuero como argumentos referentes a la admisibilidad en lugar de jurisdicción”⁶⁹.

“Se pueden caracterizar de las dos maneras... y responderemos a las dos. Y los trataremos de forma independiente, abordando... el aspecto jurisdiccional del argumento de la cláusula de elección de fuero primero”⁷⁰.

⁶⁵ Tr., 28:14-16.

⁶⁶ Tr., 28: 20-21.

⁶⁷ Presentación de SGS, 1 de noviembre de 2013, página 4.

⁶⁸ Tr., 30:6-10.

⁶⁹ Tr., 31: 9-11.

⁷⁰ Tr., 31:13-17.

81. Con respecto a lo que SGS denominó “argumento jurisdiccional del Paraguay”, SGS citó los párrafos 141 a 142 de la decisión sobre jurisdicción, que citaba a *Vivendi I c. Argentina*, y decía lo siguiente:

“Cuando 'la base fundamental del reclamo' es un tratado que establece un estándar independiente para juzgar la conducta de las partes, la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato entre el demandante y el estado demandado o una de sus dependencias, no puede operar como un obstáculo para dejar de aplicar el estándar del tratado. En nuestra opinión, esta regla se aplica con la misma fuerza en el contexto de una cláusula paraguas”⁷¹.

82. Al comentar la jurisprudencia del CIADI sobre el tema jurisdiccional, SGS afirmó:

“... el fallo del Tribunal sobre su jurisdicción se fundó en el lenguaje simple y llano del TBI que prevé al arbitraje del CIADI como método de resolución de conflictos derivados de obligaciones convencionales...”⁷².

“... La jurisprudencia del CIADI está tan consolidada en este punto jurisdiccional que Dolzer y Schreuer lo llaman una práctica consistente, relativa a que la jurisdicción otorgada por el tratado a los tribunales internacionales de arbitraje para decidir sobre las violaciones de los mismos, no se ve afectada por las cláusulas contractuales de elección de los fueros nacionales”⁷³.

83. SGS argumentó además que:

“... Paraguay pide que se decida de una forma distinta al abrumador peso de la autoridad y doctrina del CIADI. Pues bien, aunque tuvieran una opinión distinta, eso no constituye una base para reclamar en virtud al artículo 52. De hecho, no se podría basar un reclamo del artículo 52 en eso,

⁷¹ Tr., 32: 3-11, citando la decisión sobre jurisdicción, ¶¶141-142.

⁷² Tr., 33: 4-6.

⁷³ Tr., 33: 11-16.

aunque el abrumador peso de la jurisdicción y la doctrina fueren favorables a los argumentos de Paraguay”⁷⁴.

“El Tribunal fundamentó su fallo jurisdiccional en el lenguaje plano y sencillo del TBI; por lo que no puede considerarse y no hubo una extralimitación en sus facultades, y mucho menos, una extralimitación manifiesta en sus facultades”⁷⁵.

84. SGS luego se refirió a la cláusula de elección del fuero, que, en su opinión, se trata de:

“... la cuestión de cómo resolver los conflictos cuando un TBI prevé al arbitraje del CIADI como método de resolución de todos los reclamos que surjan en virtud del tratado, incluida una cláusula paraguas. Y luego, un reclamo al amparo de la “cláusula paraguas” se basa en un contrato que contiene una cláusula de sumisión a los tribunales locales. Esta es una cuestión muy debatida y muy interesante en el derecho internacional de inversiones, y lo es, porque no tiene una respuesta sencilla”⁷⁶.

85. SGS declaró además que “uno u otro debe prevalecer, ya sea el consentimiento al CIADI del TBI, que se perfecciona cuando el inversor solicita el arbitraje del CIADI, o bien la sumisión a los tribunales locales contenida en el contrato”⁷⁷.

86. SGS citó el párrafo 171 de la Decisión sobre jurisdicción, que dice lo siguiente:

“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 habiendo concluido que el Tribunal posee jurisdicción, naturalmente tenemos en

⁷⁴ Tr., 33: 21-22 and 34:1-6.

⁷⁵ Tr., 34:7-10.

⁷⁶ Tr., 35:15-22.

⁷⁷ Tr., 36:2-7.

LAUDOS

cuenta la advertencia del comité de anulación del caso *Vivendi I* de que un “tribunal, confrontado con tal reclamación y habiendo decidido válidamente que es competente, está obligado a considerarla y a decidirla”⁷⁸.

87. Según SGS, esto significaba que:

“... el Tribunal reconoció que los dos instrumentos en cuestión, el TBI y el contrato, daban al inversor una opción. Y al decidir de esta manera, es nuestro entendimiento (sic) que el Tribunal resolvió la controversia de la mejor manera que podía hacerlo. Pero no importa si estamos equivocados. Y no importa si no está de acuerdo con la forma en que el Tribunal resolvió esta controversia. Indiscutiblemente, es una cuestión sobre la cual mentes razonables pueden diferir”⁷⁹.

88. Posteriormente, SGS citó la decisión dictada en el procedimiento de anulación *Azurix Corp. c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/01/12, ¶ 68), que concluyó:

“Si (...) mentes razonables pueden diferir en cuanto a si el Tribunal tiene o no jurisdicción, esa cuestión debe ser resuelta definitivamente por el Tribunal”⁸⁰.

89. SGS declaró además:

“... Otra forma de caracterizar esta interesante tensión en el derecho internacional de inversiones es que su resolución es debatible. Y como puede ver en la página 14 (de la presentación de SGS), cuando un asunto es debatible, el artículo 52 no se aplica”⁸¹.

⁷⁸ Decisión sobre jurisdicción, ¶ 171 y presentación de SGS, 1 de noviembre de 2013, página 12.

⁷⁹ Tr., 36:19-22 y 37:1-6.

⁸⁰ Presentación de SGS, 1 de noviembre de 2013, página 13.

⁸¹ Tr., 37: 19-22 y 38: 1.

“Como dijo el comité en el caso CDC, si la extralimitación aparente en la conducta de un Tribunal es susceptible de discusión de una manera u otra, no es manifiesta”⁸².

90. SGS luego citó a *Duke Energy International Perú Investments No.1 Limited c. Perú*, caso CIADI N° ARB/03/28, decisión del comité ad hoc (1 de marzo de 2011), en ¶ 99 que estableció:

“Una solución debatible no es susceptible de anulación en virtud del artículo 52], ya que la extralimitación en los poderes no sería entonces 'manifiesta'”⁸³.

91. SGS declaró además que:

“Paraguay ha argumentado que el estándar 'donde las mentes razonables difieren' no se aplica a cuestiones de jurisdicción o de admisibilidad; pero eso surge patente de la lectura del artículo 52. Y los comités ad hoc han rechazado justamente ese argumento”⁸⁴.

92. Con respecto a esta cuestión, que fue abordada específicamente en los casos de *Soufraki y Lucchetti*, SGS afirmó que básicamente están de acuerdo en que “el requisito de que la extralimitación de sus facultades debe ser 'manifiesta' se aplica igualmente si la cuestión a resolver es una sobre jurisdicción”⁸⁵.

“El Comité Lucchetti c. El Comité del Perú] considera que la palabra 'manifiesta' debe tener un peso considerable también cuando se trata de asuntos de jurisdicción”⁸⁶.

93. SGS sostuvo además que:

⁸² Tr., 38:2-4.

⁸³ Tr., 38:9-12.

⁸⁴ Tr., 38:13-17.

⁸⁵ Presentación de SGS, 1 de noviembre de 2013, página 15.

⁸⁶ Id.

LAUDOS

“Por la extrema complejidad de los requisitos jurisdiccionales a la luz de la Convención, resulta necesario delimitar la posibilidad de que el comité *ad hoc* vuelva a estudiar la competencia del Tribunal”⁸⁷.

94. Citando la decisión del caso M.C.I Power, SGS argumentó que:

“... Como el tribunal de M.C.I. Power c. Ecuador dijo ‘el mecanismo de anulación no está diseñado para armonizar la interpretación y aplicación de la ley internacional de inversiones’⁸⁸.

95. SGS luego se refirió a otro argumento traído a colación por Paraguay:

“La alegación de Paraguay..., no la esbozada esta mañana, sino la argumentada en su escrito, es que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al permitir que la demanda de la cláusula paraguas proceda, sin la evidencia de una acción soberana o de poder público”⁸⁹.

96. SGS expresó la opinión de que:

“... el punto clave aquí es que nada en el texto de la cláusula paraguas del TBI dice o sugiere que se requiera una acción soberana o de poder público. Y dado que nuestro Tribunal aplicó y siguió el texto llano del TBI, no veo cómo podría considerarse que se extralimitó manifiestamente en el uso de sus facultades”⁹⁰.

97. SGS luego citó el párrafo 168 de la decisión sobre jurisdicción, que dice lo siguiente:

“Dada 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

⁸⁷ Tr., 39:6-9.

⁸⁸ Presentación de SGS, 1 de noviembre de 2013, página 17 (se omite la nota de pie de página).

⁸⁹ Tr., 40:13-17.

⁹⁰ Tr., 41:10-15.

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”⁹¹.

Falta de motivación

98. SGS luego se refirió a la alegación de Paraguay de que el Tribunal no indicó los motivos en los que fundó el laudo. SGS resumió la posición del Paraguay sobre esta cuestión afirmando que el “... Tribunal declaró que los reclamos contractuales difieren de los reclamos convencionales, pero luego consideró al reclamo del tratado como inherente al reclamo contractual. Y eso constituye una falta de motivación”⁹².

99. SGS respondió la alegación de Paraguay arguyendo que “... el argumento que el Tribunal esbozó fue que el TBI y el contrato proporcionan bases independientes para reclamar. Nuestro Tribunal también sostuvo que un mismo acto puede violar tanto el tratado como el contrato y que la cláusula paraguas equipara a un incumplimiento contractual con la violación del tratado”⁹³, y citó la última oración del párrafo 105 del laudo donde se establece que:

“Las dos obligaciones son diferenciadas, y compromisos separados entre las partes, asumir lo contrario implicaría, en efecto, que uno solo puede incumplir un contrato cuando infringe, no una, sino más de una de sus cláusulas”⁹⁴.

100. SGS concluyó esta parte de su presentación declarando que:

⁹¹ Presentación de SGS, 1 de noviembre de 2013, página 19 (se omite la nota de pie de página).

⁹² Tr., 43:3-6.

⁹³ Tr., 43:7-12.

⁹⁴ Tr., 43: 18-22.

LAUDOS

“El tribunal de *Vivendi I*, al comentar el estándar del artículo 52, dijo con respecto a las motivaciones que es bien aceptado, tanto en casos como en la doctrina, que el artículo 52 (1) (e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes”⁹⁵.

“Es necesario reiterar que un comité *ad hoc* no es un tribunal de apelación. Siempre que las razones dadas por un Tribunal se relacionen con cuestiones que se presentaron ante el Tribunal, su exactitud no es pertinente en términos del artículo 52 (1) (e)”⁹⁶.

101. SGS solicitó al Comité:

a. Rechazar la solicitud de anulación de Paraguay en su totalidad;

b. Ordenar a Paraguay que cumpla inmediatamente con el laudo; y

c. Ordenar a Paraguay que cargue con todos los costos incurridos por SGS en relación con el procedimiento de anulación, incluidos los honorarios y gastos legales, así como los honorarios y gastos de la Secretaría del CIADI y los miembros del Comité⁹⁷.

III. ANÁLISIS DEL COMITÉ *AD HOC*

102. Para llegar a las conclusiones contenidas en la presente decisión, el Comité examinó y consideró todos los argumentos de las partes y los documentos presentados por ellos en este procedimiento. El hecho de que el Comité no mencione específicamente un argumento o razonamiento dado no significa que no lo haya considerado. En sus presentaciones, las partes produjeron y citaron numerosos laudos y decisiones que tratan cuestiones que consideraron relevantes para la presente decisión sobre anulación. El Comité examinó cuidadosamente estos documentos y pudo haber considerado los razonamientos y las conclusiones de los Comités mencionados durante el procedimiento, así como de otros comités de anulación. Sin embargo, al tomar una decisión sobre la cuestión de la anulación planteada por Para-

⁹⁵ Tr., 44: 4-9.

⁹⁶ Tr., 44:10-15.

⁹⁷ Memorial de Contestación sobre Anulación, párrafo 81.

guay, el Comité debe realizar, y de hecho ha realizado, un análisis independiente del convenio del CIADI, las reglas de arbitraje y los hechos particulares de este caso.

103. La misión de los comités de anulación *ad hoc* ha sido definida claramente por muchos juristas que se han ocupado de este asunto, por la jurisprudencia del CIADI y por el propio CIADI en el documento de antecedentes sobre la anulación.

104. En dicho documento de antecedentes sobre anulación, el Secretariado del CIADI concluyó que el historial de redacción de la Convención demostraba que la anulación de los laudos del CIADI fue diseñado como un recurso limitado contra errores de procedimiento en el proceso decisorio⁹⁸ y que no “(...) proporciona un mecanismo para apelar en base a un supuesto error de derecho o errores de hecho⁹⁹”.

105. En esencia, existe un acuerdo unánime en el sentido de que la anulación es distinta a la apelación¹⁰⁰. Los comités *ad hoc* no son tribunales de apelación y su tarea no es armonizar la jurisprudencia del CIADI¹⁰¹, o

⁹⁸ Documento de antecedentes sobre la anulación, p.29, ¶72.

⁹⁹ Documento de antecedentes sobre la anulación, p.29, ¶73.

¹⁰⁰ Schreuer, Christoph, et al, *The ICSID Convention, A Commentary*, Second Edition, Cambridge, 2011, pág. 901, ¶¶8-11; Documento de antecedentes del CIADI sobre anulación, págs. 33-37; Schreuer, Christoph, "From ICSID Annulment to Appeal, Half Way Down the Slippery Slope", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 10, 2011, pgs. 211-215, pág. 212; Broches, Aron, "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application"; Van den Berg, Albert Jan, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVIII, 1993, 626 - 716, pág. 687, ¶170; Véanse, por ejemplo, las decisiones de los siguientes Tribunales: *Maritime International Nominees Establishment c. la República de Guinea* (caso CIADI N° ARB/84/4), decisión sobre anulación, 6 de enero de 1988, ¶4.04; *Wena Hotels Limited v. República Árabe de Egipto* (caso CIADI N° ARB/98/4), decisión (procedimiento de anulación), 5 de febrero de 2002, párrafo 18 ("Wena").

¹⁰¹ Hussein Nuaman Soufraki contra los Emiratos Árabes Unidos, (caso CIADI ARB/02/7), decisión del comité ad hoc sobre la solicitud de anulación del Sr. Soufraki, 5 de junio de 2007, párrafo 20 ("Soufraki"); *CDC Group plc v República de*

como el comité de anulación en *Power c. Ecuador* declaró: “el mecanismo de anulación no está diseñado para lograr consistencia en la interpretación y aplicación del derecho internacional de inversiones”¹⁰².

106. Por estas razones, el Comité no entrará a profundizar estos asuntos y abordará directamente las cuestiones que se le presentaron, de conformidad con el artículo 52 de la convención CIADI, es decir: (i) si el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades y (ii) si el laudo no indicó los motivos en los que fundó su decisión.

Extralimitación manifiesta de sus facultades.

107. Según las presentaciones de Paraguay, la primera manifestación de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades fue al decidir el fondo de una disputa sobre la cual carecía de jurisdicción, a la luz de la existencia de una cláusula contractual de elección de fuero a favor de la jurisdicción exclusiva de los tribunales paraguayos.

108. Paraguay sostuvo que en virtud al artículo 52 (1) (b), un Tribunal se extralimita en sus facultades cuando decide una disputa que ha sido sometida por las partes a la jurisdicción de una corte o tribunal diferente¹⁰³. La competencia es la cuestión bajo el artículo 52 (1) (b)¹⁰⁴, y el Tribunal carece de competencia para llegar a una decisión sobre un asunto reservado

Seychelles (caso CIADI ARB/02/14), decisión del Comité ad hoc sobre la solicitud de anulación de la República de Seychelles, 29 de junio de 2005, párrafo 34 (“CDC”); Schreuer, Christoph, et al, *The ICSID Convention, A Commentary*, Second Edition, Cambridge, 2011, pág. 902, ¶13; Van Houte, Hans, “*Article 52 of the Washington Convention – A Brief Introduction*”, en Gaillard, Emmanuel, Banifatemi, Yas, (eds), *Annulment of ICSID Awards*, IAI Series in International Arbitration No. 1, Huntington, Nueva York, 2004, 11-16, pág. 12.

¹⁰² M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine Inc. contra la República del Ecuador (caso CIADI N° ARB/03/6), decisión sobre anulación, 19 de octubre de 2009, ¶ 24.

¹⁰³ Tr., 9: 20- 10:2.

¹⁰⁴ Tr., 15:16.

a un tribunal distinto¹⁰⁵. Esta extralimitación en sus facultades o competencia por parte del Tribunal fue obvia y clara, y no requiere mayor análisis¹⁰⁶.

109. Además, Paraguay sostuvo la postura de que a diferencia de un reclamo sobre la decisión del fondo, la decisión de un tribunal de ejercer jurisdicción cuando no la tiene debe estar sujeta a anulación, incluso si el Tribunal expresó un fundamento discutible para resolver el mérito¹⁰⁷. Para respaldar sus argumentos, Paraguay invocó el estándar de la decisión *Vivendi I* sobre anulación y se respaldó en el artículo de Philippe Pinsolle “*Manifest Excess of Powers and Jurisdictional Review of ICSID Awards*”¹⁰⁸.

110. Para SGS, en cambio, la decisión del Tribunal no puede considerarse un exceso manifiesto de sus facultades porque se basó en el lenguaje claro del TBI¹⁰⁹. La anulación solo está disponible en circunstancias excepcionales y muy limitadas, y no corresponde a un Comité *ad hoc* decidir un asunto sobre el cual existen discrepancias entre los Tribunales del CIADI, y tampoco deben armonizar la jurisprudencia del CIADI¹¹⁰. Basándose en el análisis de los doctrinarios y en decisiones previas de los comités *ad hoc*, SGS rechazó el argumento del Paraguay de que se aplica un estándar distinto cuando la decisión del Tribunal fue sobre su jurisdicción, porque este criterio prescinde del principio *kompetenz-kompetenz* del Tribunal y elimina el calificativo “manifiesto” del artículo 52 (1) (b) del convenio del CIADI¹¹¹.

111. De conformidad con el artículo 52 (1) (b) del Convenio del CIADI, un laudo puede anularse siempre que el Tribunal se haya extralimitado ma-

¹⁰⁵ Tr., 12:7-11.

¹⁰⁶ Tr., 16:10-14.

¹⁰⁷ Memorial sobre anulación, ¶ 43.

¹⁰⁸ Id., ¶ 43, nota al pie 36.

¹⁰⁹ Tr., 34: 7-10.

¹¹⁰ Tr., 30: 6-10 y 30: 21-31: 1.

¹¹¹ Memorial de contestación sobre anulación, ¶¶ 40-44.

nifiestamente en sus facultades. Otros Comités han entendido a la anulación con un alcance limitado¹¹². La extralimitación en las facultades debe ser manifiesta y, por lo tanto, debe percibirse con facilidad, ser evidente por sí misma y no ser el resultado de una interpretación extensa¹¹³.

112. Además, los comités anteriores han acordado que se seguirá el estándar de revisión “defendible”; es decir, ante discrepancias en las opiniones referentes a las cuestiones sometidas a un Tribunal, un comité de anulación debe evaluar si las respuestas dadas del Tribunal parecen “defendibles” y no arbitrarias¹¹⁴. En otras palabras, un comité de anulación no evaluará la rectitud de la decisión del Tribunal, aunque la considere incorrecta¹¹⁵.

113. El alcance limitado del artículo 52 (1) (b) fue esbozado en la decisión dada por el Comité de anulación en el caso CDC c. Seychelles, en los siguientes términos¹¹⁶:

“Tal como lo interpretan varios Comités *ad hoc*, el término 'manifiesto' significa claro o” evidente por sí mismo”. Por lo tanto, aunque un Tribunal se extralimite en sus facultades, para que la anulación sea un recurso disponible, dicho exceso debe ser evidente. Cualquier exceso aparente en la conducta de un Tribunal que sea susceptible de discusión 'de alguna u otra

¹¹² Enron Creditors Recovery Corporation (anteriormente Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. contra la República Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/3), decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 30 de julio de 2010, párrafo 237; Wena, ¶18.

¹¹³ Soufraki, ¶ 39; AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü KFT contra Hungría, (Caso CIADI N° ARB/07/22), decisión del comité ad hoc sobre la solicitud de anulación, 29 de junio de 2012, párrafo 31.

¹¹⁴ Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. República de Chile, (Caso CIADI N° ARB/98/2), decisión sobre anulación, 18 de diciembre de 2012, ¶70 (Citando la decisión del comité de anulación en Klöckner II).

¹¹⁵ Helnan International Hotel A / S c. República de Egipto, (Caso CIADI N° ARB/05/19), decisión del comité ad hoc, 14 de junio de 2010, ¶55 (“Helnan”).

¹¹⁶ CDC, refiriéndose a Wena, ¶ 25, y M.B. Feldman, *The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitration Awards*, 2 ICSID Rev. 85 (1987), p. 101.

manera ', no es manifiesta. Como lo expresó un doctrinario, "si el tema es discutible o requiere el examen de los materiales en los cuales el Tribunal basó su decisión, la determinación del tribunal es concluyente".

114. Este comité de anulación no considera que exista diferencia en el estándar de revisión por reclamos de exceso manifiesto, cuando las decisiones impugnadas se refieran a la jurisdicción o al mérito. Conforme con el artículo 41 del convenio del CIADI, el Tribunal debe ser el juez de su propia competencia, y por lo tanto su decisión sobre el alcance de su jurisdicción no puede ser revisada *de novo* por un comité de anulación¹¹⁷. Este Comité coincide con otros comités, que han declarado que nada en el convenio del CIADI indica que se aplicará un estándar de revisión distinto para analizar cuestiones de jurisdicción, y por lo tanto, un laudo solo puede anularse si la falta o la extralimitación de jurisdicción es manifiesta¹¹⁸.

115. Esta posición fue reconocida por el CIADI en el documento de antecedentes sobre la anulación:

"Al mismo tiempo, los Comités *ad hoc* han reconocido el principio específicamente consagrado por el convenio de que el Tribunal es el juez de su propia competencia. Esto significa que el Tribunal tiene la facultad de decidir si tiene o no jurisdicción para resolver la diferencia entre las partes con base en el acuerdo arbitral de las partes y los requisitos jurisdiccionales del convenio del CIADI. En razón de este principio, la historia de la redacción

¹¹⁷ Broches, Aron, "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application"; Van den Berg, Albert Jan, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVIII, 1993, 626-716, pg.689, ¶180.

¹¹⁸ Azurix Corp. contra La República Argentina, (caso CIADI N° ARB/01/12), decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina, 1 de septiembre de 2009, ¶66; Soufraki, ¶¶118-119; Broches, Aron, "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of its Application"; Van den Berg, Albert Jan, *Yearbook of Commercial Arbitration*, vol. XVIII, 1993, 626-716, pg.689, ¶180; Industria Nacional de Alimentos, SA e Indalsa Perú, SA (anteriormente Empresas Lucchetti, SA y Lucchetti Perú, SA), contra la República del Perú, (caso CIADI N° ARB/03/4), decisión sobre la anulación, 5 de septiembre, 2007, ¶101.

del convenio sugiere – como lo ha razonado la mayoría de los Comités *ad hoc*– que para anular un laudo con base en la determinación de un Tribunal sobre el alcance de su propia jurisdicción, la extralimitación de facultades debe ser “manifiesta”. Sin embargo, un Comité *ad hoc* determinó que una extralimitación de jurisdicción o la falta de ejercicio de jurisdicción constituye una extralimitación manifiesta de las facultades cuando es posible que afecte el resultado del caso”¹¹⁹.

116. La decisión del tribunal sobre Jurisdicción refleja las distintas posturas que han sostenido los tribunales sobre estos asuntos. Por ejemplo, sobre los distintos enfoques que se le ha dado a la cuestión de la cláusula paraguas, cita las decisiones de *SGS c. Pakistan*, *SGS c. Philippines* y *BI-VAC c. Paraguay*¹²⁰.

117. En este caso, el Tribunal se enfrentó con la difícil decisión relativa a la distinción entre reclamos contractuales y reclamos convencionales, a fin de determinar si la existencia de una cláusula de elección de fuero en un contrato excluía o no a su jurisdicción¹²¹. Decidió que los reclamos presentados por SGS correspondían a reclamos convencionales, y por lo tanto una elección contractual respecto del fuero no priva al Tribunal de su jurisdicción para atender reclamos por el incumplimiento del tratado¹²². En base a esta conclusión, el Tribunal evaluó el alcance de la cláusula paraguas del TBI y concluyó que esta cláusula establecía una obligación internacional para las partes del TBI de cumplir con las obligaciones contractuales respecto a los inversionistas¹²³, y que en consecuencia tenía jurisdicción sobre los reclamos de SGS en virtud al artículo 11 del TBI¹²⁴.

118. El Tribunal pudo haber decidido que de conformidad con el acuerdo, no tenía jurisdicción y que la disputa debía ser resuelta por los Tribunales de Asunción; o pudo haber decidido que de conformidad con el

¹¹⁹ Documento de antecedentes sobre anulación, ¶ 89.

¹²⁰ Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 169-171.

¹²¹ *Id.*, ¶ 125.

¹²² *Id.*, ¶ 138.

¹²³ Decisión sobre jurisdicción, ¶ 170.

¹²⁴ *Idem*, ¶ 171.

TBI, tenía jurisdicción y, por lo tanto, debía decidir la disputa sometida a su consideración. El Tribunal eligió la segunda opción.

119. Los miembros de este Comité pueden estar de acuerdo o en desacuerdo con la elección hecha por el Tribunal. Sin embargo, a los fines del presente procedimiento, el acuerdo o desacuerdo no tiene mucha relevancia, a menos que pueda demostrarse que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

120. De conformidad con el artículo 41 (1) del convenio del CIADI, el Tribunal debía definir si tenía o no jurisdicción. Al hacerlo, evaluó las diferentes presentaciones de las partes y las posibles posiciones que podía tomar. Nada en el análisis del Tribunal demuestra que éste se haya excedido manifiestamente en sus facultades.

121. La responsabilidad de este Comité no es fallar sobre la rectitud del laudo. Su misión es simplemente decidir si existió en este caso alguna de las situaciones descritas en el artículo 52 del convenio del CIADI.

122. Según SGS, la decisión del Tribunal fue correcta. En opinión de Paraguay, no lo fue. Independientemente de cuál sea la respuesta correcta, es obvio que al decidir de la manera en que lo hizo, el Tribunal no incurrió en una “extralimitación en sus facultades “. Simplemente eligió una de las alternativas que tenía. A este respecto, el Comité insiste en que para que una extralimitación sea “manifiesta” tiene que ser textualmente obvia y sustancialmente seria.

123. En la audiencia, Paraguay declaró que se concentraría en la cuestión de si el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

124. El argumento principal del Paraguay sobre este asunto fue que las facultades del Tribunal derivan exclusivamente del consentimiento de las partes. Basados en la decisión dictada en *Helnan c. Egipto*, afirmaron que: “el concepto de las facultades de un tribunal va más allá de la jurisdicción y se refiere al alcance de la tarea que las partes han encomendado al tribunal en el cumplimiento de su mandato, y la manera en que ellas han acordado que esa tarea se lleve a cabo”¹²⁵.

¹²⁵ Helnan, ¶ 41.

LAUDOS

125. El Tribunal tenía que decidir si tenía jurisdicción o no. Como se explicó en los párrafos 117 y 118, el Tribunal expuso que sí tenía jurisdicción, de conformidad con el TBI. Por los motivos expuestos, a juicio de este Comité, la posición del Paraguay que alega que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades es incorrecta.

126. El Paraguay argumentó insistentemente que el Tribunal violó la cláusula de elección de fuero del contrato y, por lo tanto, incurrió en un exceso manifiesto de sus facultades.

127. Paraguay dividió el argumento sobre la cláusula de elección de fuero en las siguientes partes (párrafo 53 supra):

a) "... el Tribunal desconoció la autonomía de las partes al negarse a aplicar la cláusula de elección del fuero";

b) "El desconocimiento por parte del Tribunal de la cláusula de elección de fuero es completamente incompatible... con la internacionalmente aceptada doctrina legal de *pacta sunt servanda*...";

c) "... el Tribunal también desconoció las reglas universalmente aceptadas de interpretación legal, *generalia specialibus non derogant* y *lex specialis generalibus derogat*"¹²⁶.

128. Con respecto a la cláusula de elección de fuero, el Tribunal siguió el razonamiento del Tribunal y el Comité en el caso *Vivendi I* y concluyó que la cláusula de elección de fuero no constituía una renuncia a los derechos del inversor bajo el tratado, y por tanto no podía impedir que el inversionista presente reclamos en virtud al TBI¹²⁷. El Tribunal agregó que: "incluso si el presunto incumplimiento de la obligación del tratado dependiese de la demostración de que el contrato u otra obligación análoga se ha infringido, la fuente de la obligación citada por el demandante y, por lo tanto, la fuente del reclamo, sigue siendo el tratado en sí"¹²⁸. Esta conclusión se basó en la

¹²⁶ Tr., 18: 6-7, 19: 18-21, 21: 6-9 y 22: 3-6.

¹²⁷ Decisión sobre jurisdicción, ¶ 140.

¹²⁸ Id., ¶ 142.

existencia de reclamos convencionales que SGS podría hacer valer en virtud al TBI¹²⁹.

129. Según Paraguay, el Tribunal desconoció los principios de “*generalia specialibus non derogant*” y “*lex specialis generalibus derogat*”. El Tribunal se enfrentó con la decisión de determinar qué cuerpo normativo (el TBI o el acuerdo) se ajustaba a la situación que se le había presentado y, por tanto, era el aplicable. Decidió por el TBI. Esa decisión puede ser correcta o incorrecta, pero lo cierto es que no constituye una base válida para anular el laudo.

130. Este Comité no puede actuar como un tribunal de apelación y examinar si las interpretaciones de la cláusula paraguas y la cláusula de elección de fuero del Tribunal fueron o no correctas. El Comité solo puede anular el laudo si percibe fácilmente y sin una interpretación extensa, la existencia de una extralimitación manifiesta de las facultades del Tribunal. No es este el caso.

131. Paraguay también afirmó que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al resolver el mérito del reclamo de SGS, pues el mero incumplimiento contractual del Estado no es suficiente para violar las cláusulas paraguas y otros estándares del TBI. Según Paraguay, solo una conducta soberana puede violar un estándar del TBI¹³⁰.

132. SGS sostuvo que la cláusula paraguas del TBI no requiere el ejercicio de una acción soberana y que ni el Tribunal ni el Comité pueden introducir limitaciones no textuales a la cláusula¹³¹.

133. El Tribunal abordó esta cuestión en la decisión sobre jurisdicción y en el laudo. Reconoció que algunos tribunales arbitrales habían considerado que para infringir una cláusula paraguas debía configurarse un abuso de los poderes soberanos¹³², pero decidió seguir el razonamiento de otros

¹²⁹ Id., ¶ 142.

¹³⁰ Memorial de pedido de anulación, ¶ 94.

¹³¹ Tr., 41: 10-17 y 42: 4-8.

¹³² Por ejemplo, *Siemens v. Argentina y SGS v. Pakistan*.

tribunales, como *Burlington Resources c. Ecuador* y *Duke Energy c. Ecuador*, y concluyó que la cláusula paraguas puede aplicarse independientemente a que esté o no involucrado el ejercicio del poder soberano¹³³.

134. En opinión del Comité, la petición del Paraguay busca que este Comité realice un nuevo análisis sobre la aplicación de la cláusula paraguas. El alcance de la cláusula paraguas es un tema sobre el cual hay mucho debate en el derecho internacional de inversiones, y el Tribunal decidió optar por una de las posibles vías de interpretación. Nuevamente, el Comité no es el encargado de analizar la rectitud del razonamiento del Tribunal, sino que debe evaluar si la postura adoptada por el Tribunal excedió el ámbito de su poder decisorio.

135. El Comité considera que la interpretación del Tribunal de la cláusula paraguas no supone un exceso manifiesto de sus facultades, pues ésta fue ejercida dentro de los límites de la competencia que tiene el Tribunal para determinar su propia jurisdicción.

136. Por estas razones, el Comité concluye que el Tribunal no se extralimitó manifiestamente en sus facultades y, por lo tanto, el laudo no puede anularse por este motivo.

Falta de motivación

137. Paraguay argumentó que el laudo no cuenta con una motivación adecuada y su coherencia se ve gravemente afectada, pues no se realizó un análisis del tratado y del contrato en su conjunto¹³⁴. Además, su razonamiento contradice con la decisión sobre jurisdicción respecto de la distinción entre reclamos contractuales y convencionales¹³⁵.

138. SGS sostuvo que el Tribunal afirmó que el TBI y el contrato contemplaban fundamentos distintos para un reclamo. Según SGS, todos los argumentos de Paraguay fueron atendidos por el Tribunal¹³⁶ de una manera

¹³³ Laudo, ¶ 93; decisión sobre jurisdicción, ¶¶ 168-169.

¹³⁴ Tr., 50:17- 51:3.

¹³⁵ Memorial sobre anulación, ¶ 114.

¹³⁶ Tr., 43:13-17.

que satisface el estándar establecido en el artículo 52 (1) (e), que se refiere a la falta de motivación con respecto al laudo, y no a la falta de expresión de razones correctas o convincentes¹³⁷.

139. El artículo 52 (1) (e) permite al Comité anular un laudo por falta de motivación. El documento de antecedentes del CIADI sobre anulación al referirse a decisiones adoptadas por otros comités ad hoc: "... explicaron que este requisito pretende asegurar que las partes puedan comprender el razonamiento del Tribunal, esto significa que, el lector pueda comprender los hechos y la ley que aplicó el Tribunal para llegar a su conclusión. La rectitud del razonamiento o si es convincente o no, no es relevante"¹³⁸.

140. Además, los comités de anulación precedentes han recordado que el estándar del artículo 52 (1) (e) es un estándar mínimo y permite que un lector razonable entienda el laudo¹³⁹. Según lo declarado por el comité de anulación en *MTD c. Chile*: "En última instancia, la pregunta es si un lector informado entendería las razones dadas por el Tribunal sin que pueda distinguir una contradicción material en ellas"¹⁴⁰. La anulación por este motivo solo se refiere a la ausencia de razones y no a su calidad o rectitud¹⁴¹.

141. Además, no es necesario exponer las razones de las afirmaciones que son en sí mismas razones¹⁴².

142. Este es el estándar de revisión que este Comité considera aplicable. Además, en vista de la reiterada doctrina referente a esta cuestión, el Comité hace hincapié en el hecho de que no realizará una valoración sobre el fondo de la controversia, ni directa ni indirectamente.

¹³⁷ Tr., 44:4-9.

¹³⁸ Documento de antecedentes sobre la anulación, p.29, ¶ 106.

¹³⁹ Wena, ¶ 79.

¹⁴⁰ MTD Equity Sdn Bhd. contra República de Chile (caso CIADI N° ARB/01/7), decisión sobre anulación, 21 de marzo de 2007, párrafo 92.

¹⁴¹ Compañía Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina, (caso CIADI N° ARB/97/3), decisión sobre anulación, 3 de julio de 2002, ¶¶ 64-65; CDC, ¶¶ 70 y 75.

¹⁴² Soufraki, ¶ 131.

LAUDOS

143. En los párrafos 167 a 170 de la decisión sobre jurisdicción, el Tribunal explicó claramente su interpretación de la cláusula paraguas del artículo 11 del TBI respecto de las obligaciones originadas en el acuerdo, y llegó a la conclusión de que tenía jurisdicción. Esta conclusión fue confirmada en los párrafos 72 a 74 del laudo. En los párrafos 173 a 184 de la decisión sobre jurisdicción, el Tribunal explicó su interpretación de la cláusula de elección del fuero en el acuerdo en relación con el TBI y llegó a la misma conclusión con respecto a su jurisdicción; el párrafo 75 del laudo confirma esa conclusión. Que Paraguay o este Comité estén de acuerdo con el razonamiento del Tribunal es irrelevante a los fines de este procedimiento y no constituye un motivo válido para anular el laudo.

144. En el laudo, el Tribunal declaró:

“El Tribunal no comparte el argumento de la demandada. La ley aplicable a la reclamación de la demandante es el TBI, que incluye el artículo 11 del TBI y las disposiciones relativas a la resolución de diferencias entre un inversionista y un Estado, contenidas en el artículo 9 del TBI. El artículo 11 requiere de la demandada que ésta respete sus obligaciones frente a los inversionistas suizos. La “obligación” en cuestión en la presente diferencia es el contrato. No hay dudas de que el contrato exige el pago de conformidad con los procedimientos de facturación allí establecidos y de que la demandada no ha pagado la gran mayoría de las facturas emitidas por SGS. En tales circunstancias, el Tribunal no ve dificultad alguna en concluir que la demandada incumplió sus obligaciones contractuales”¹⁴³.

“La demandada sostiene que no puede concluirse que ha incumplido sus obligaciones contractuales a menos que la demandante pruebe que aquella ha incumplido sus obligaciones de pago en virtud del contrato y frustrado la aplicación de la cláusula de elección de fuero”¹⁴⁴.

145. El Tribunal afirmó que Paraguay no citó autoridad legal alguna para apoyar su postura¹⁴⁵. Consideró que contrariamente a los argumentos

¹⁴³ Laudo, ¶ 101.

¹⁴⁴ Id., ¶ 102.

¹⁴⁵ Id., ¶ 104.

de la demandada, las disposiciones relativas al pago y las relativas a la solución de controversias incluidas en el contrato no son “opciones alternativas, sino dos obligaciones distintas”¹⁴⁶. El Tribunal concluyó que “esto no es correcto. No es posible que el Paraguay tuviera la opción de pagar sus facturas o someter la diferencia ante los tribunales nacionales”¹⁴⁷.

146. Finalmente, el Tribunal caracterizó este argumento como un intento de la demandada de volver a discutir sus alegaciones sobre la ausencia de jurisdicción por la existencia de una cláusula de elección del fuero¹⁴⁸. El Tribunal rechazó este argumento¹⁴⁹.

147. Las secciones del laudo citadas demuestran que las conclusiones del Tribunal fueron motivadas¹⁵⁰. El lector puede seguir el razonamiento del Tribunal desde su punto de partida hasta su conclusión. El Tribunal principia el análisis con una caracterización del tipo de reclamo presentado por SGS y concluye que (i) las dos obligaciones bajo el contrato son distintas y (ii) la inserción de una cláusula de elección de fuero en el contrato no excluye la responsabilidad del obligado en virtud del TBI.

148. En consecuencia, en opinión del Comité, el laudo no adolece de una falta de motivación.

149. Por las razones mencionadas, el Comité desestimará por completo la solicitud de anulación del laudo presentada por Paraguay.

IV. COSTAS

150. De conformidad con el artículo 52 (4) del convenio del CIADI, el capítulo VI de dicho convenio (artículos 59 a 61) se aplicará *mutatis mutandis* al procedimiento ante este Comité.

151. El artículo 61 (2) del convenio del CIADI establece:

¹⁴⁶ Id., ¶ 105.

¹⁴⁷ Id., ¶ 106.

¹⁴⁸ Id., ¶ 109

¹⁴⁹ Id., ¶ 109

¹⁵⁰ Id., ¶¶ 101-109.

LAUDOS

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.

152. Las partes no acordaron un método para el prorratio de costos diferente al previsto en el artículo 61 (2) del convenio del CIADI.

153. Aunque la solicitud de la República del Paraguay está siendo rechazada en su totalidad, el Comité no considera que la solicitud sea frívola. Por consiguiente, ejerciendo su discreción bajo el artículo 61 (2) del convenio del CIADI, el Comité decidirá lo siguiente:

(a) Paraguay asumirá los costos del procedimiento, que comprende los honorarios y gastos de los Miembros del Comité, y los costos del uso de las instalaciones del CIADI; y

(b) Cada parte deberá asumir sus propios costos y gastos legales incurridos con respecto a este procedimiento de anulación.

V. DECISIÓN

154. Por los motivos expuestos anteriormente, el Comité decide por unanimidad:

i. Desestimar en su totalidad la solicitud de anulación del laudo presentada por la República del Paraguay.

ii. Cada parte asumirá sus propios costos y gastos legales incurridos con respecto a este procedimiento de anulación.

iii. La República del Paraguay correrá con los costos del procedimiento, que comprende los honorarios y gastos de los miembros del Comité, y los costos de uso de las instalaciones del CIADI.

LAUDO ARBITRAL.
CIADI. 29/05/2009. BUREAU VERITAS, INSPECTION,
VALUATION, ASSESSMENT AND CONTROL, BIVAC
B.V. (Demandante) c. REPÚBLICA DEL PARAGUAY
(Demandada). (CASO N° ARB/07/9) *

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

CIADI. 29/05/2009. BUREAU VERITAS, INSPECTION, VALUA-
TION, ASSESSMENT AND CONTROL, BIVAC B.V. (Demandante) c. RE-
PÚBLICA DEL PARAGUAY (Demandada). (CASO N° ARB/07/9)

Miembros del Tribunal

Profesor Rolf Knieper, Presidente,

L. Yves Fortier, QC, Árbitro

Profesor Philippe Sands QC, Árbitro

Secretario del Tribunal

Gonzalo Flores

Representando a la Demandante

Sres. Nigel Blackaby y Lluís Paradell, y Sra. Patricia García,

Freshfields Bruckhaus Deringer y

Sres. Oscar Mersán y Diego Zavala Mersán Abogados

Asunción, Paraguay

* Extraído de la página web: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C101/DC3552_Sp.pdf

Representando a la Demandada

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

Procuraduría General de la República del Paraguay

Asunción, Paraguay

y

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

New York, N.Y.

(I) Cuestiones introductorias y antecedentes

1.1 Las partes y la historia procesal

1. BIVAC es Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. (“BIVAC” o “la Demandante”), una compañía constituida en 1984 conforme a la legislación del Reino de los Países Bajos (Países Bajos). Su oficina registrada está ubicada en Vissersdijk 223-241 301 1 GW Rotterdam, Países Bajos. Se trata de una compañía operativa integrante del Grupo Bureau Veritas, que también mantiene compañías afiliadas en más de un país, y cuya sede central se encuentra en Francia.

2. BIVAC está representada en este arbitraje por el Sr. Nigel Blackaby, el Sr. Lluís Paradell y la Sra. Patricia García, de Freshfields Bruckhaus Deringer, 2-4 rue Paul Cézanne, 75375 Paris Cédex 08, Francia y los Sres. Oscar Mersán y Diego Zavala, de Mersán Abogados, Fulgencio R. Moreno No. 509, 1er. Piso, Asunción, Paraguay.

3. La Demandada es la República del Paraguay (“Paraguay” o “la Demandada”).

4. El Paraguay está representado por el Procurador General de la República del Paraguay, Dr. José Enrique García Ávalos. El Paraguay también estuvo originalmente representado por los Sres. David Lindsey e Ignacio Suárez-Anzorena de Clifford Chance US LLP, como se indica en la carta dirigida al CIADI por el Paraguay, de 17 de diciembre de 2007. Mediante carta del 29 de abril de 2008, el entonces Procurador General del Paraguay

LAUDOS

informó al CIADI que ya no tenía poder para representar al Paraguay en este arbitraje. Durante la primera sesión del Tribunal con las partes, el Paraguay estuvo representado por el Embajador Luis Enrique Chase Plate, Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay, el Dr. Osvaldo Caballero Bejarano, Procurador General Adjunto del Paraguay, la Sra. Claudia Medina, Procuraduría General de la República del Paraguay, el Dr. Jorge Brizuela, de la Embajada del Paraguay en Washington D.C., y el Ing. Gustavo Ruiz Díaz, representante del Paraguay ante el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF). Los representantes del Paraguay declararon en la sesión que a la brevedad comunicarían al CIADI los nombres de las personas que representarían al Paraguay en las futuras etapas del procedimiento. Mediante carta fechada el 11 de noviembre de 2008 el Dr. García Ávalos – Procurador General recientemente designado– informó al Tribunal que el Paraguay había conferido poder al Sr. Brian C. Dunning y a la Sra. Irene Dubowy de Thompson & Knight LLP, para que lo asistieran durante la audiencia del 11 de noviembre de 2008. Mediante carta fechada 6 de diciembre de 2008 se amplió ese poder a fin de cubrir todo el período del procedimiento en la etapa de excepciones preliminares.

1.2 Historia procesal y antecedentes

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

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

7. En la Solicitud de Arbitraje de BIVAC se sostiene que el 6 de mayo de 1996 el Ministerio de Hacienda del Paraguay y BIVAC habían celebrado un contrato de prestación de servicios técnicos de inspección pre-embarque de importaciones hacia el Paraguay (“el Contrato”). Al parecer, alrededor de esa misma fecha el Ministerio de Hacienda y la compañía suiza SGS Sociéte Générale de Surveillance S.A. celebraron un contrato idéntico. Ambos contratos tenían como objeto la ejecución de un “programa de inspección pre-

embarque” de bienes que habían importarse hacia el Paraguay, según lo establecido por el Ministerio de Hacienda (Preámbulo del Contrato). El objetivo de este programa era el de optimizar el índice de cobranzas de derechos e impuestos de importación. El Gobierno paraguayo había autorizado al Ministerio de Hacienda a celebrar estos contratos mediante el Decreto del Poder Ejecutivo No. 12.311 fechado 31 de enero de 1996 (“el Decreto”, *Documento de prueba de la Demandante*, CE-5). El Decreto hace referencia a “BIVAC INTERNATIONAL (GRUPO BUREAU VERITAS)”, de Francia, en lugar de a BIVAC B.V., y en el Contrato se identifica a “Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V.” como el socio contratante (*Documento de prueba de la Demandante*, CE-6). En virtud de los términos del Contrato BIVAC asumió, *inter alia*, las siguientes obligaciones:

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

Los Artículos 3.4 y 3.5 del Contrato permitían a BIVAC abrir y mantener una oficina de enlace en el Paraguay, que fue constituida como “BIVAC Paraguay S.A.”. El Ministerio de Hacienda tenía la obligación de pagar honorarios por servicios técnicos, que se calculaban como porcentaje del valor “FOB” de los bienes. Tales honorarios se facturaban mensualmente al Ministerio de Hacienda en dólares estadounidenses y debían pagarse dentro de los 20 días siguientes al recibo de cada factura (Contrato, Artículo 4).

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

LAUDOS

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

10. BIVAC sostiene que en agosto de 1999 el Ministerio de Hacienda había establecido la lista de las 19 facturas pendientes y que no obstante este reconocimiento de la deuda del Paraguay frente a BIVAC, diferentes departamentos u otros órganos gubernamentales iniciaron una serie de revisiones, auditorías y controles internos de los servicios de BIVAC. BIVAC sostiene que estas revisiones y auditorías llevaron a la conclusión de que el Contrato era válido y que BIVAC lo había cumplido cabalmente. Sostiene que tales conclusiones se desprenden de:- la auditoría realizada por la Contraloría General de la República entre octubre de 2000 y octubre de 2002, en que se llegó a la conclusión de que el Contrato era válido y que las alegaciones de incumplimiento eran infundadas; - reconocimientos formales de la deuda por parte del Ministro de Hacienda, según declaraciones de febrero de 2001 y abril de 2004; la investigación iniciada por la Dirección Nacional de Aduanas en febrero de 2005, que llevó a la conclusión de que BIVAC había cumplido cabalmente el Contrato.

11. BIVAC sostiene que pese a los resultados positivos que arrojaron esas diversas investigaciones, y a sus repetidas solicitudes de pago, no se efectuó pago alguno. BIVAC sostiene que, por el contrario, entre 2001 y 2006 altas autoridades públicas, tales como el Presidente y el Ministro de Hacienda del Paraguay, formularon declaraciones contradictorias. En algunas de ellas se reconoce la validez del 5 Contrato y la deuda pendiente; en otras se anuncian investigaciones adicionales.

12. Mediante carta fechada el 3 de octubre de 2006 BIVAC notificó al Presidente del Paraguay, Excelentísimo Sr. Dr. Nicanor Duarte Frutos, el 13 de octubre de 2006, la existencia de una diferencia sobre inversiones enmarcada en el Tratado. BIVAC invitó al Paraguay a llevar a cabo negociaciones para llegar a un acuerdo amistoso sobre la diferencia dentro de un

período de tres meses. El período de tres meses para negociaciones expiró el 13 de enero de 2007, sin que al parecer se haya realizado negociación alguna.

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

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

(a) Que DECLARE:

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

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

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

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

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

y

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

(Traducción del Tribunal).

14. BIVAC sostiene que la diferencia está amparada por el Tratado; que el Paraguay violó varias de las obligaciones que le imponía el Tratado,

y que se cumplen los requisitos del Convenio del CIADI en materia de jurisdicción.

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

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

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

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

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

BIVAC considera que el Contrato constituye una inversión protegida, en la acepción dada a este término por el Tratado; específicamente que consiste en “bienes”, constituye un “título de crédito” y un “título a una actividad que tiene] valor económico”, ya que en él se prevé el pago a BIVAC de

una remuneración por servicios por parte del Ministerio de Hacienda a cambio de los servicios de BIVAC. BIVAC sostiene que los derechos previstos en el Contrato comprenden también “los derechos concedidos en virtud del derecho público”, ya que el Contrato le confiere funciones ordinariamente realizadas por los servicios aduaneros del Estado.

16. BIVAC sostiene que la falta de pago, por parte del Ministerio de Hacienda, de las sumas reclamadas en 19 facturas puede atribuirse al Paraguay, lo que genera la responsabilidad de éste como Estado, conforme al derecho internacional y al Tratado. Sostiene que el Paraguay violó tres obligaciones claramente diferenciadas previstas en el Tratado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Cada Parte Contratante cumplirá toda obligación que haya contraído en relación con inversiones de nacionales de la otra Parte Contratante”. BIVAC sostiene que en virtud del Decreto y del subsiguiente Contrato el Paraguay asumió obligaciones con respecto a la inversión de BIVAC y que estas obligaciones no han sido cumplidas como consecuencias de la falta de pago de las sumas adeudadas, por lo cual el Paraguay ha incumplido con sus obligaciones bajo el Artículo 3(4) del Tratado.

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

“(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante... y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

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

la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia”.

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

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

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

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

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

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

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

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

cláusula contractual sobre resolución de diferencias, y la disposición sobre resolución de diferencias contenidas en el Artículo 9 del TBI.

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

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

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

1.3 Constitución del Tribunal de Arbitraje

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

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

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

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

1.4 Respuesta del Paraguay

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

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

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

LAUDOS

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

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

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

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

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

(e) Según el Paraguay, la Constitución del Paraguay y las leyes de orden público prohíben al Estado dejar de lado la jurisdicción nacional a favor del arbitraje internacional cuando surgen cuestiones relativas a la propiedad del Estado.

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

Contrato por razones de política pública, la diferencia es de carácter puramente administrativo, y no de naturaleza jurídica en el sentido del Convenio del CIADI.

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

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

- ningún órgano competente del Estado paraguayo ha consentido el que la diferencia con BIVAC B.V. se someta a un tribunal de arbitraje del CIADI;

- el Tribunal, por lo tanto, carece de competencia;

- toda decisión del Tribunal por la que asuma competencia excedería manifiestamente sus potestades y sería nula *ex tunc*; y

- este problema debe resolverse antes de cualquier medida adicional.

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

1.5 Primera sesión del Tribunal

35. La primera sesión del Tribunal con las partes fue celebrada el 20 de mayo de 2008, en la sede del Centro, en Washington, D.C. En esa sesión,

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

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

LAUDOS

BIVAC estuvo representada por el Sr. Nigel Blackaby y la Sra. Patricia García, de Freshfields Bruckhaus Deringer, el Sr. Andrew Hibbert, de BIVAC B.V., y el Sr. Oscar Mersán, de Mersán Abogados. El Paraguay estuvo representado por el Embajador Luis Enrique Chase Plate, Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores del Paraguay; el Dr. Osvaldo Caballero Bejarano, Procurador General Adjunto; la Sra. Claudia Medina, de la Procuraduría General de la República; el Dr. Jorge Brizuela, Embajada del Paraguay en Washington D.C., y el Ing. Gustavo Ruiz Díaz, Representante del Paraguay ante el BIRF.

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

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

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

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

a. Todos los memoriales y las declaraciones de testigos e informes de peritos que se anexen, serán traducidos por la parte que los presente al idioma del procedimiento seleccionado por la otra parte;

FALLOS INTERNACIONALES

b. Las traducciones serán presentadas simultáneamente junto con los escritos principales;

c. Las partes no necesitan presentar traducciones de otros documentos de soporte, pero podrán hacerlo si lo desean.

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

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

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

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

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

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

LAUDOS

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

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

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

- La Demandante presentará su memorial de contestación, en inglés y en español, a más tardar el jueves 3 de julio de 2008; 15

- La Demandada presentará su réplica, en español y en inglés, a más tardar el lunes 18 de agosto de 2008;

- La Demandante presentará su réplica, en inglés y en español, a más tardar el jueves 2 de octubre de 2008;

- Una audiencia sobre las excepciones preliminares de la Demandada se llevará a cabo en la sede del Centro, en Washington, DC, el jueves 11 de noviembre de 2008, comenzando a las 9:30 a.m.

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

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

1.6 La audiencia sobre jurisdicción y escritos posteriores a la misma

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

41. El Paraguay solicitó la postergación de la audiencia. La solicitud se basó en que el Paraguay recién había tenido (en agosto de 2008) un cambio significativo de orientación política y de gobierno, tras más de 60 años de gobierno de un mismo partido político; que los asesores jurídicos habían sido contratados muy pocos días antes de la audiencia y que necesitaba tiempo adicional para llegar a dominar los complicados temas que se planteaban en la diferencia. Al mismo tiempo, el Paraguay se preocupó de “reconocer la existencia de] continuidad en cuanto a la institución del Estado en el Paraguay”³.

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

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

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

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

45. Ambas partes aceptaron la decisión del Tribunal.

46. Debido a lo prolongado del debate que condujo a estas decisiones sobre procedimiento no pudo cumplirse el cronograma inicial para la realización de la audiencia. Con el consentimiento de las partes se ofreció a ambas el mismo tiempo para presentar sus alegatos orales sobre las cuestiones de jurisdicción. Así lo hicieron, el Sr. Dunning y el Dr. García Ávalos en nombre del Paraguay, y los Sres. Blackaby, Paradell y Zavala en nombre de BIVAC. Tras haber expuesto plenamente sus argumentos y dado respuesta a las preguntas del Tribunal, las partes convinieron en dar por terminada la audiencia una hora antes de lo previsto.

47. En el curso de la audiencia el Paraguay reiteró que BIVAC no había realizado una inversión en el territorio del Paraguay, por lo cual el Tratado no era aplicable, y que a todo evento el Paraguay no había violado ninguna de las obligaciones que le imponía el Tratado. Sostuvo también que

“se habían realizado] negociaciones diplomáticas entre la República Francesa y la República del Paraguay” y se había planteado la cuestión de “si el Gobierno de los Países Bajos no debiera haber participado o debiera participar de cara al futuro en las negociaciones diplomáticas para tratar de resolver esta disputa”⁴.

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

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

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

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

⁴ *Ibíd.*, pág. 44. (Transcripción en español, págs. 45-46).

inadmisibles los nuevos argumentos del Paraguay sobre la legitimación procesal.

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

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

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

De esa disposición se desprende claramente que el Tribunal puede optar por pronunciarse sobre cualquier cuestión de jurisdicción o admisibilidad como “cuestión preliminar” o como cuestión acumulada al fondo de la diferencia. En su Resolución Procesal No. 1 (12 de junio de 2008) el Tribunal decidió lo siguiente: Las excepciones preliminares de la Demandada, en la forma descrita en sus comunicaciones de 9 de abril de 2008 y 20 de mayo de 2008, serán tratadas como cuestión preliminar. De esta Resolución surge claramente que la decisión de tratar como cuestión preliminar ciertas excepciones preliminares formuladas por el Paraguay se limitaba exclusivamente a los argumentos planteados por el Paraguay en estos documentos y no a otros argumentos. El Tribunal recuerda que la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la diferencia se dispuso a solicitud del Paraguay. El Tribunal recuerda asimismo que con el consentimiento de BIVAC le concedió al Paraguay una oportunidad adicional limitada para exponer más detalladamente argumentos que ya había formulado, concediendo al mismo tiempo a BIVAC un derecho limitado de réplica. Además, en la audiencia del 11 de noviembre de 2008 el Tribunal hizo saber claramente a las partes

que sería incompatible con los principios del debido proceso y la economía procesal introducir nuevos argumentos en la fase preliminar, cuando ambas partes ya habían acordado un calendario procesal ordenado y cuando las partes ya habían tenido amplias posibilidades para presentar sus argumentos. El Tribunal indicó claramente a las partes su decisión de que éstas debían abstenerse de plantear nuevos argumentos en los memorandos posteriores a la audiencia, y esa directriz no fue objetada. El Tribunal observa que en las cartas del Paraguay del 5 de diciembre de 2008 y del 19 de diciembre de 2008 se plantea un argumento aparentemente nuevo, que el Paraguay no había abordado en sus documentos fechadas 9 de abril de 2008 y 20 de mayo de 2008. En tales circunstancias el Tribunal sólo se pronunciará, durante la fase preliminar, sobre las excepciones opuestas por el Paraguay en sus documentos fechados el 9 de abril de 2008 y el 20 de mayo de 2008, y en la medida en que esos argumentos (y no otros) se expresen detalladamente en el Escrito Posterior a la Audiencia fechado el 8 de diciembre de 2008. En la medida en que otros argumentos planteados en los documentos fechados 5 de diciembre de 2008 y 19 de diciembre de 2008 queden sin ser considerados, y sin perjuicio de la decisión que adopte el Tribunal sobre las cuestiones planteadas en estas excepciones preliminares o sobre la necesidad de una fase adicional, estos argumentos se considerarán conjuntamente con el fondo de la diferencia, según lo previsto en el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI". (Traducción del Tribunal).

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

(1) No se ha cuestionado la afirmación de que el Grupo BIVAC opera en varios países, como Francia y los Países Bajos, en los que ha establecido compañías, ni que la compañía francesa (BIVAC S.A.) es la sede y la compañía matriz. La filial neerlandesa de BIVAC se fundó en 1984, como una B.V., que, según la información que obra en el expediente del caso, cumple los requisitos de ser una persona jurídica que tiene como nacionalidad la de los Países Bajos, en la acepción del Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. No se nos ha presentado ninguna prueba que indique que la entidad neerlandesa se haya creado para aprovechar un TBI favorable entre los Países

Bajos y el Paraguay, aunque en la carta de la Demandada del 5 de diciembre de 2008 se aludía a ese punto. La prueba que tenemos ante nosotros indica que a la fecha de celebración del Contrato el Sr. Gilles Minard era el Director Ejecutivo de BIVAC B.V. (cargo que aparentemente compartía con el de Presidente de BIVAC International/Francia). No se ha refutado el argumento de que el Decreto Presidencial paraguayo No. 12.311, que autorizó al Ministerio de Hacienda a celebrar contratos con SGS y con BIVAC, se refiere a BIVAC International (Grupo Bureau Veritas) de Francia. Tampoco se ha refutado que la página inicial del Contrato se refiera a BIVAC BV; que el Contrato establece en su página inicial que los 20 celebrantes son el Ministerio de Hacienda y BIVAC B.V. (“compañía constituida conforme a la legislación de los Países Bajos”), ni que el Contrato establece que esa compañía “en lo sucesivo se denomina ‘BIVAC’ en el presente” (aunque también se refiere en el mismo artículo al Decreto Presidencial y a “BIVAC International (Grupo Bureau Veritas) de Francia”).

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

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

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

(4) De ello se sigue la necesidad de pruebas que se agreguen a los documentos para establecer con mayor certeza cuál es la parte interesada. Esta prueba parece estar disponible en las circunstancias conexas referentes a las partes en su relación con el Contrato y en virtud del mismo. Las pruebas que tenemos ante nosotros muestran (a) que la fianza inicial se otorgó en nombre de BIVAC B.V.; (b) que BIVAC B.V. prestó los servicios técnicos de inspección pre-embarque y presentó sus facturas al Ministerio de Hacienda, que luego efectuó pagos a una cuenta bancaria a nombre de BIVAC B.V.; (c) que la rescisión del Contrato fue notificada a BIVAC B.V., y (d) que en el curso del presente procedimiento el Paraguay no invocó la cuestión de la legitimación procesal sino hasta después de la audiencia sobre jurisdicción, aunque ya conocía los vínculos económicos existentes entre BIVAC S.A. y BIVAC B.V. (en una carta fechada el 4 de diciembre de 2007, por ejemplo, el Paraguay rechazó la propuesta del CIADI de que un nacional de Francia presidiera el Tribunal, aduciendo: “la Demandante es una entidad establecida conforme a la legislación de los Países Bajos, pero con lazos muy estrechos con Francia, por ser de propiedad plena del Grupo Bureau Veritas, cuyo centro se encuentra en París”. (Traducción del Tribunal). Lo expresado está probado por los documentos que tenemos ante nosotros. Ambas partes actuaron en el marco del Contrato en una forma que demuestra (por lo menos implícitamente) que consideraron a BIVAC B.V. como la parte contratante.

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

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

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

2.1 Cuestiones introductorias

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

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

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

(1) ¿Consintió el Paraguay por escrito a la jurisdicción del CIADI?

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

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

(4) ¿Tiene competencia el Tribunal para entender en la reclamación referente al trato justo y equitativo Artículo 31]? ¿Es admisible la reclamación?

(5) ¿Tiene competencia el Tribunal para entender en la reclamación referente a la cláusula paraguas (*umbrella clause*) Artículo 34]? ¿Es admisible la reclamación?

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

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

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

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

57. No se ha planteado entre las partes cuestión alguna referente al sentido y efecto del Artículo 41. El mismo es vinculante y aplicable, y ambas partes admiten que corresponde al Tribunal establecer si es competente

para pronunciarse sobre alguna de las reclamaciones planteadas por BIVAC, o sobre todas ellas. Las partes admiten también que el Tribunal está facultado para pronunciarse sobre cualquier excepción preliminar en esta etapa del procedimiento, como cuestión preliminar, o conjuntamente con el fondo de la diferencia.

58. Las cuestiones que han sido sometidas a nuestra consideración no son nuevas. Las mismas han sido planteadas en otros procedimientos del CIADI o en procedimientos similares, y en respaldo de sus argumentos ambas partes han hecho referencia a otros laudos y decisiones, o a las partes de otros laudos y decisiones que consideraban útiles. Por razones comprensibles dos casos han atraído especial atención a lo largo de las presentaciones: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c República Islámica de Pakistán* y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c Filipinas*⁷. Conforme a lo dispuesto por el Artículo 53(1) del Convenio del CIADI, estas decisiones sólo son obligatorias para las partes, por lo cual ninguna de ellas (como tampoco ningún otro laudo del CIADI) constituye para nosotros un precedente obligatorio. No obstante, éstas y otras decisiones y laudos merecen considerarse cuidadosamente. A los efectos de una adecuada administración de justicia y de la necesidad de garantizar la coherencia y el buen funcionamiento del sistema de justicia establecido por los redactores del Convenio del CIADI, procedemos sobre la base de que corresponde que expliquemos por qué hemos seguido o no el enfoque adoptado por otros tribunales⁸. Ello reviste tanto mayor importancia cuanto que, como ocurre en los casos aquí

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

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

“30. La identidad de la base para determinar la jurisdicción de esos tribunales, aun cuando la controversia se origine en hechos muy similares, si no idénticos, no es suficiente para aplicar sistemáticamente al presente caso posiciones o soluciones ya adoptadas en esos casos. Cada tribunal es soberano y, como lo confirma la

mencionados, las decisiones parecen contener ciertos elementos contradictorios.

59. Al ejercer nuestras facultades conforme al Convenio del CIADI tenemos la obligación de interpretar las disposiciones de ese Convenio y del TBI Países Bajos-Paraguay. Al realizar esa tarea nos regiremos, conforme

práctica del CIADI, puede optar por una solución diferente para resolver el mismo problema; pero las decisiones sobre jurisdicción referentes a cuestiones idénticas o muy similares pueden indicar, por lo menos, algunas líneas de razonamiento que revistan genuino interés; este Tribunal puede considerarlas para comparar su propia posición con aquellas adoptadas por sus predecesores, y si comparte las opiniones anteriormente expresadas por uno o más de esos tribunales sobre optar por una solución diferente para resolver el mismo problema; pero las decisiones sobre jurisdicción referentes a cuestiones idénticas o muy similares pueden indicar, por lo menos, algunas líneas de razonamiento que revistan genuino interés; este Tribunal puede considerarlas para comparar su propia posición con aquellas adoptadas por sus predecesores, y si comparte las opiniones anteriormente expresadas por uno o más de esos tribunales sobre determinada cuestión de derecho, es libre para adoptar esa misma solución.

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

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

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

a la práctica establecida, por los principios de interpretación enunciados en los Artículos 31 a 33 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Estas disposiciones son ampliamente reconocidas como expresión del derecho internacional general⁹. Los principios enunciados por estas disposiciones ponen de manifiesto un enfoque exegético equilibrado, en donde en el caso de los tratados de inversión, como el TBI Países Bajos-Paraguay, se reconocen los intereses, igualmente legítimos, del Estado y del inversionista; tal como lo expresó un tribunal, en una interpretación equilibrada ha de tenerse en cuenta:

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

El mismo enfoque se refleja en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio¹¹ y en el TBI Países Bajos-Paraguay, cuyo preámbulo establece:

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

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

¹¹ *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (1965), 1 ICSID Reports 25, párrafos 9-12 y 13 (“Aunque el objetivo general del convenio es estimular las inversiones privadas internacionales, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores”).

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

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

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

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

“(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

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

62. En sus presentaciones escritas iniciales el Paraguay alegó que no había consentido la jurisdicción del CIADI, ya que ni el Presidente de ese

país (que se dijo era el único órgano que podía representar al Estado conforme a la Constitución del Paraguay), ni ningún otro representante con “plenos poderes” para comprometer al Estado a nivel internacional, había expresado el consentimiento del Paraguay a la jurisdicción del CIADI en este procedimiento¹². El Paraguay no volvió a formular expresamente ese argumento en escritos posteriores ni en alegatos orales (aunque en su Réplica el Paraguay declaró que “se ratifica in totum en las presentaciones realizadas el 9 de abril y 20 de mayo de 2008”, en cuanto a que “no ha consentido la jurisdicción del CIADI”¹³. (Traducción del Tribunal). Por lo tanto, proseguimos la exposición sobre la base de que el argumento se ha mantenido y requiere una respuesta del Tribunal.

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

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

64. En respaldo de ese argumento BIVAC invoca el Artículo 9 del TBI y doctrina y jurisprudencia “unánime” en que se acepta la aseveración de que a los efectos del Artículo 25 del Convenio del CIADI “el consentimiento del Estado receptor a la jurisdicción del CIADI conste en el TBI invocado” y de que el “consentimiento posterior de la demandante puede manifestarse

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

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

¹⁴ Memorial de Contestación de BIVAC sobre Jurisdicción, párrafo 4 (“Memorial de Contestación de BIVAC”).

mediante la presentación de la solicitud de arbitraje”¹⁵. En la Solicitud de Arbitraje se ofreció el consentimiento escrito de BIVAC.

65. Aparte de mantener formalmente su argumento, el Paraguay no ha dado respuesta a estos argumentos, como lo reconoce BIVAC¹⁶. Es difícil percibir sobre qué base podría hacerlo. Las proposiciones generales con respecto a las cuales BIVAC formula sus argumentos están ya tan firmemente establecidas en la práctica y en la jurisprudencia que “han dejado de ser polémicas”¹⁷. (Traducción del Tribunal). Son irrefutables. En el presente caso el consentimiento escrito del Paraguay está expresado en el Artículo 9(2) del TBI, que en lo pertinente establece:

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

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

¹⁵ *Ibíd.*, párrafo 11.

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

C. McLachlan, L. Shore y M. Weiniger, *International Investment Arbitration* (2007), párrafo 3.27, pág.

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

67. En lugar de ello el Paraguay alega que su derecho interno exige una expresión específica de consentimiento adicional por parte de su Presidente o de una persona con plenos poderes conforme al derecho internacional, y que esa expresión no se ha dado¹⁸.

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

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

70. BIVAC responde alegando que es incuestionable que una diferencia referente a un contrato puede someterse a arbitraje conforme al derecho paraguayo. BIVAC aduce específicamente que el TBI es vinculante para el Paraguay en la esfera del derecho internacional; el Paraguay no tiene dere-

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

¹⁹ Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 17.

²⁰ Réplica del Paraguay, pág. 11 (página 12 en versión en español).

cho a invocar su derecho interno como excusa para no cumplir las obligaciones que le impone el Tratado, y el TBI forma parte del derecho paraguayo que da carácter de arbitrable a esta diferencia, y que la Ley de Inversiones del Paraguay permite el arbitraje en materia de contratos entre el Estado e inversionistas en relación con diferencias emanadas de esos contratos, y que el arbitraje se admite expresamente en los contratos administrativos²¹.

71. El Paraguay optó una vez más por no responder, ni en la audiencia oral ni en su Escrito Posterior a la Audiencia, a estos argumentos de BIVAC. Vale la pena señalar a este respecto que otro tribunal del CIADI, en un caso en que participaba Paraguay, ya había declarado que el consentimiento expresado en un TBI es fundamento suficiente de la competencia de un tribunal del CIADI²². Esa decisión contradice el argumento formulado por el Paraguay en el presente caso. Esa decisión favorable a la jurisdicción del CIADI se dictó en 2000, hace alrededor de nueve años. No se nos ha presentado ninguna prueba que indique que el Paraguay haya impugnado tal decisión o que haya adoptado medida alguna encaminada a modificar su legislación interna o enmendar alguno de los TBI que ha celebrado, en respuesta a la decisión.

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

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

²¹ Dúplica de BIVAC, párrafo 29.

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

ello se sigue que el Artículo 9 constituye la expresión del consentimiento escrito que requiere el Artículo 25 del Convenio del CIADI.

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

74. El Paraguay objeta la competencia del Tribunal basándose en que BIVAC no ha efectuado una “inversión” en la acepción que dan a este término el Convenio del CIADI o el TBI; que por lo tanto la diferencia no “surge de una inversión”; y que aún cuando se haya realizado una “inversión”, ella no se efectuó “en el territorio del Paraguay” como lo requiere el Artículo 92 del TBI²³.

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

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

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

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

²⁴ Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 31 y Sección III en general.

TBI, asunto que no se decidirá como cuestión preliminar (véase supra, párrafo 53), nos referiremos al primero y al tercero de esos temas.

“Inversión”

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

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

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

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

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

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

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

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

el papel de la inversión privada internacional (véase el preámbulo del Convenio del CIADI).

79. Dados esos antecedentes, en primer lugar, consideraremos la cuestión de si BIVAC ha efectuado una “inversión” en el sentido que da a ese término el Artículo 92 del TBI, y luego volveremos a considerar las cuestiones de definición en el marco del Convenio.

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

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

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

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

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

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

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

81. BIVAC sostiene que el Contrato le reconoce derechos a percibir honorarios emanados del desempeño del Contrato, que le concede “títulos de crédito, otros bienes y cualquier actividad que tenga valor económico”, en el sentido del Artículo 1(a)(iii) del TBI, así como “los derechos concedidos en virtud del derecho público”, en el sentido del Artículo 1(a)(v) del TBI²⁷. BIVAC ha afinado sus argumentos en el curso de la formulación de los mismos, clarando que “bienes son los derechos que surgen del Contrato y de la operatividad de éste, más que el Contrato en sí mismo”²⁸. Según BIVAC, es

²⁷ Solicitud de Arbitraje, párrafo 11.

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

necesario considerar sus operaciones como un conjunto dentro del cual surge el derecho contractual de que aquí se trata, y concluye:

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

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

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

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

²⁹ *Ibíd.*, párrafo 2(b).

³⁰ Memorial del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 30-31.

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

decidió que la demandante abía efectuado una inversión porque había efectuado “contribuciones en dinero, en especie y en trabajo”.³²; en *Bayindir c. Pakistán*, el tribunal señaló que la demandante había capacitado a ingenieros, había proporcionado equipos y conocimientos técnicos y había incurrido en fuertes cargos por concepto de comisiones bancarias, por lo cual había “efectuado una contribución significativa, tanto en términos de conocimientos técnicos, como de equipos y personal, como en términos financieros”³³; en *SGS c. Filipinas*, el tribunal declaró la existencia de una “inversión” por cuanto las actividades de la demandante no se limitaban a la prestación de servicios de inspección, sino que dicha parte había establecido una “oficina de considerable importancia, dando empleo a un número significativo de personas” y que la nómina de pago mensual oscilaba entre US\$ 100.000 y US\$ 200.000³⁴. (Las citas de este párrafo son traducciones del Tribunal).

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

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

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

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

³⁴ SGS c. Filipinas, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004, párrafos 101 y 105.

atributo distintivo de un contrato público es que el Estado puede rescindirlo unilateralmente si el interés público lo exige.

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

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

87. De este resumen y de las presentaciones de la Demandante, que el Paraguay no ha impugnado, parece surgir que a BIVAC se le encomendaron funciones comúnmente reservadas a la autoridad pública del Estado, que éste cumple a través de sus autoridades aduaneras, para establecer las condiciones a fin de que el Estado estuviera en capacidad de imponer derechos de aduana. Así se desprende claramente de la Resolución No 1.171, del 3 de julio de 1996, que “reglamenta el procedimiento operativo para importaciones con inspección de pre-embarque”. El Capítulo IV de la Resolución establece el “procedimiento” para las inspecciones y las “obligaciones de la

compañía de inspección”. El Artículo 11 describe las inspecciones pre-embarque, señalando que “deberán incluir la descripción exacta de los productos, el estado (nuevo o usado), cantidad, calidad y/u origen y precio de los productos para una correcta clasificación arancelaria [...]”. En los Artículos 12 a 20 de la Resolución se enuncian las funciones de BIVAC en materia de inspecciones físicas, descripción de productos, verificación de precios, emisión de informes de inspección, contenido de certificados de inspección, responsabilidad, y cooperación técnica con las aduanas. Al parecer esas funciones reguladas llevadas a cabo por BIVAC eran idénticas a las anteriormente “efectuadas en forma exclusiva por la autoridad aduanera”, según establecen literalmente los Artículos 65 a 69 del Código de Aduanas, a través del procedimiento denominado “aforo”³⁵.

88. Estas eran las funciones para cuyo cumplimiento se contrataron los servicios de BIVAC. BIVAC sustituyó así directamente a las autoridades aduaneras paraguayas en el cumplimiento de la función de inspeccionar los bienes importados. En el párrafo 10 de su Escrito Posterior a la Audiencia el Paraguay efectivamente confirma que las funciones mencionadas eran de carácter público, al manifestar que “los programas de inspección previos al embarque son una medida de transición que se usará sólo hasta que las autoridades aduanales nacionales de los estados anfitriones puedan llevar a cabo estas tareas por sí mismas”. A nuestro juicio esto indica que los derechos de BIVAC le fueron “concedidos en virtud del derecho público”, en la acepción dada a esa expresión por el Artículo 1(a)(v) del TBI.

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

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

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

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

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

91. De acuerdo con los instrumentos arriba mencionados, y no existiendo base para sustentar lo alegado por el Paraguay, discrepamos con su argumento. La opinión más correcta, es, evidentemente, que el Contrato confirió a BIVAC “derechos concedidos en virtud del derecho público”, según lo previsto en el Artículo 1(a)(v) del TBI. La emisión de Certificados de Inspección y actividades conexas de BIVAC pueden haber sido descritas en el Contrato como ‘servicios técnicos’ prestados por una empresa privada, pero la realidad fáctica y jurídica es que estaban íntimamente entrelazados con el funcionamiento del Estado en su carácter de autoridad pública, incluso en cuanto contribuían a la obtención de ingresos públicos a través de derechos de importación. El Contrato estaba respaldado por leyes y actos ejecutivos.

³⁶ Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 30 y 55.

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

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

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

95. Lo que el Paraguay sí hace, en cambio, es alegar que los actos realizados por BIVAC conforme al Contrato no cumplen los criterios de la definición de “inversión” en la acepción dada a ese término por el Convenio. Específicamente, el Paraguay alega que no se han cumplido los criterios que identifica como pertinentes: contribución al desarrollo económico, contribuciones, duración y riesgo.³⁸ BIVAC responde a cada uno de estos puntos manifestando su firme discrepancia al respecto³⁹.

³⁷ *SGS c. Pakistán*, párrafo 135.

³⁸ Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 8-23.

³⁹ Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 18-28.

96. A nuestro juicio el argumento del Paraguay no es convincente. La cuestión se abordó en los casos *SGS c. Filipinas* y *SGS c. Pakistán*. En ambos casos, los respectivos tribunales poco dudaron en concluir que regímenes contractuales equivalentes habían dado lugar a inversiones en la acepción dada a ese término por los TBI respectivos⁴⁰. No se nos ha presentado argumento alguno que nos permita llegar a una conclusión diferente en el presente caso, en que las características de los servicios que habían de prestarse en el marco de los contratos y las definiciones del TBI pertinente son, en términos generales, idénticas.

“En el territorio del Paraguay”

97. Pasamos ahora a referirnos a la cuestión de si la diferencia jurídica se refiere a una inversión realizada “en el territorio de Paraguay”, tal como lo requiere el Artículo 92 del TBI.

98. El Paraguay sostiene que si hubo una “inversión”, ella no se realizó “en el territorio de” Paraguay, porque conforme a las disposiciones del Contrato, su cumplimiento debía realizarse en el exterior⁴¹.

99. BIVAC, por su parte, responde que “vista como un todo, la operación realizada en virtud del Contrato tiene vínculos suficientes al territorio de Paraguay para que la inversión de BIVAC se considere inversión en Paraguay”⁴². BIVAC invita al Tribunal a tener en cuenta todos los aspectos de las operaciones enmarcadas en el Contrato, y en especial la presencia local de BIVAC en el Paraguay a través de su subsidiaria BIVAC Paraguay, que se estableció específicamente para hacer de oficina de enlace para la realización de las operaciones; cumplir las funciones de esa oficina en cuanto a recepción y procesamiento de las solicitudes de inspección presentadas por los importadores en el Paraguay, y verificar los borradores de los Certificados de Inspección remitidos por los centros de BIVAC establecidos en el lugar de la exportación; el suministro de Certificados de Inspección por parte de BIVAC en el Paraguay a importadores y oficinas de aduanas del Paraguay; los servicios relativos a la transferencia de conocimientos técnicos (capacitación aduanera, banco de datos) previstos en el Contrato y realizados

⁴⁰ *SGS c. Pakistán*, párrafo 136; *SGS c. Filipinas*, párrafo 112.

⁴¹ Memorial del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 32-43.

⁴² Memorial de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 30.

por BIVAC en el Paraguay; la utilización de los servicios prestados por BIVAC al Estado paraguayo; la evidente sustitución de las autoridades aduaneras del Paraguay por BIVAC en el cumplimiento de funciones que en caso contrario serían realizadas por dichas autoridades; el efecto jurídico, en el Paraguay, de los Certificados de Inspección emitidos por BIVAC, y la regulación pública de toda la operación por parte de la legislación paraguaya⁴³.

100. El Paraguay no ha cuestionado la aseveración de BIVAC de que ésta estableció una subsidiaria local dotada de más de 70 empleados y que mantuvo tres oficinas de enlace en el Paraguay, aunque sostiene que el Contrato no la obligaba a tomar acciones⁴⁴. El Paraguay tampoco cuestiona la aseveración de BIVAC de que invirtió más de US\$ 6,2 millones en el establecimiento y operación de la subsidiaria y presentó una fianza de US\$ 250.000 para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo sostiene que esas inversiones fueron incrementales e incidentales, y que no beneficiaron al Paraguay⁴⁵. El Paraguay busca refutar la afirmación de que se realizó una “inversión” en su territorio invocando el texto del Contrato, que hace referencia a que los servicios técnicos debían prestarse en el exterior (Contrato, Preámbulo, Artículos 1.1, 2.1, 5.7), incluida la transferencia, por parte del Paraguay, de honorarios al exterior (Artículo 4.4) y que estipula que los honorarios estarían exentos de impuestos (Artículo 4.6), lo que no sería posible en caso de servicios que se prestaran en el país⁴⁶. Busca distinguir este caso de las decisiones de los casos SGS, sobre la base de que los hechos son diferentes: en el caso SGS c. Filipinas los certificados de inspección se emitieron en Filipinas y el establecimiento de la oficina de enlace era una obligación contractual; en el caso SGS c. Pakistán el tribunal concluyó que el contrato al que se refería ese caso era una concesión, lo que según el Paraguay no ocurre en el presente caso⁴⁷.

101. Esos argumentos distan de ser convincentes, y el Paraguay parece refugiarse en argumentos de forma, y no de fondo. Los hechos no han sido cuestionados: se estableció en el Paraguay una compañía local, que se

⁴³ *Ibíd.*, párrafos 32-50.

⁴⁴ Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafo 41.

⁴⁵ *Ibíd.*, párrafos 17-19.

⁴⁶ *Ibíd.*, párrafos 32-36.

⁴⁷ *Ibíd.*, párrafos 40-42.

mantuvo a nivel profesional (aparentemente sin críticas); la capacitación del personal local se realizó en el Paraguay, se transfirieron conocimientos en el Paraguay, y se estableció y equipó una base de datos locales en el Paraguay. BIVAC tenía derecho a ser remunerada por los costos de esas actividades, lo que difícilmente puede sostenerse que sea extracontractual: tal como lo establece el Artículo 2.10 del Contrato, “el costo de esta participación y cooperación lo asumirá dentro del costo de su tarifa”. De acuerdo con el Contrato, parece indiscutible que BIVAC inyectó dinero y trabajo en el proyecto para prestar los servicios técnicos, y además estableció en el Paraguay una estructura y creó conocimientos técnicos. Esos actos crearon capacidad en el Paraguay.

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

“definió los compromisos de SGS en forma de garantizar que SGS, si iba a cumplirlos, debía realizar ciertos gastos en el territorio de Pakistán. Si bien los gastos pueden ser relativamente bajos (en su escrito de Réplica Pakistán estima su monto en aproximadamente US\$ 800.000, en tanto que SGS presenta una estimación de US\$ 1.500.000), ellos implicaron la inyección de fondos en el territorio de Pakistán para el cumplimiento, por parte de SGS, de compromisos que había asumido en el Acuerdo de Inspecciones Pre-embarque”⁴⁸. (Traducción del Tribunal).

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

“101 (...) De conformidad con el Acuerdo de Servicios de Inspección Pre-embarque, SGS debía prestar servicios, tanto en Filipinas como en el exterior, con el fin de mejorar e integrar los servicios de importación y la correspondiente recaudación aduanera de Filipinas. El punto central de los servicios de SGS radicaba en la entrega, en Filipinas, de un certificado de inspección confiable (...) en función del cual pudiera acelerarse la liberación de los bienes importados y cobrarse los derechos correspondientes. Las inspecciones realizadas por SGS en el exterior no eran un fin en sí mismas, sino que se efectuaban para que esa compañía pudiera expedir, en Filipinas,

⁴⁸ *SGS c. Pakistán*, párrafo 136.

LAUDOS

un certificado de inspección en que pudiera basarse la Oficina de Aduanas para ingresar los bienes al territorio aduanero de Filipinas y avaluar y recaudar el ingreso fiscal consiguiente. (...) Además, la organización de esas operaciones se realizó a través de la Oficina de Enlace en Manila, que conforme al Artículo 5 del Contrato de servicios de inspección pre-embarque SGS estaba obligada a ‘continuar y mantener... hasta la fecha en que deje de estar en vigencia el presente Acuerdo o su ejecución se interrumpa o suspenda por tiempo indefinido’. Se trataba de una oficina importante, dotada de un considerable número de empleados. Las requisiciones para inspecciones se canalizaban a través de la Oficina que organizaba la inspección, recibía los resultados, los incorporaba a un informe de verificación sin objeciones que se proporcionaba tanto al importador como a la Oficina de Aduanas antes del despacho aduanero, y atendía las consultas a que diera lugar ese proceso. Además debían presentarse al Gobierno informes periódicos en forma directa, y de cuando en cuando la Oficina de Aduanas formulaba solicitudes específicas de informes u otros servicios relativos a remesas específicas.

102. La posición podría haber sido diferente si SGS hubiera proporcionado los certificados y emitido sus informes en el exterior, por ejemplo, a una misión comercial de Filipinas en cada país de exportación. Sin embargo, no cumplió el servicio de este modo, ni el Acuerdo de Servicios de Inspección Pre-embarque preveía que lo hiciera. Un aspecto sustancial e inseparable del servicio en conjunto se realizaba en Filipinas, y a él estaba supeditado el derecho de SGS de recibir el pago.

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

[...]

105. La Oficina de Enlace (que tenía cierto número de dependencias) se financiaba mediante subvenciones provenientes de una filial de SGS en Ginebra, que empleaba el personal. Según las pruebas presentadas por SGS, su nómina de pago mensual en Filipinas oscilaba entre US\$ 100.000 y US\$ 200.000, y lo que representaba una suma que rondaba el 25% del total de sus gastos. SGS admitió que se trataba de una fracción del costo de

realización de las inspecciones reales en el exterior. Conforme al Artículo 7 del Acuerdo de Servicios de Inspección Pre-embarque las facturas se remitían a BOC desde Suiza y se pagaban mediante transferencia bancaria a una cuenta de SGS en Suiza.

[...]

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

103. Consideramos que los argumentos en que se basan ambas decisiones son sumamente convincentes. Ellos se referían a circunstancias fácticas y jurídicas ampliamente similares, con excepción de la obligación expresa de establecer oficinas de enlace, lo que no surge del Contrato pero que no tiene en modo alguno carácter dispositivo. Las actividades no pueden subdividirse en forma tal que haya de distinguirse entre reclamaciones por falta de pago de servicios prestados en el exterior y en el Paraguay: en la práctica los servicios se trataron como inseparables, y el objetivo global consistía en incrementar el ingreso fiscal del Estado nacional y transferir conocimientos al Paraguay, para que el Estado pudiera realizar el cálculo de los derechos de importación cuando expirara el Contrato con BIVAC. Las actividades realizadas dentro y fuera del territorio del Paraguay constituían un todo por el que se pagaba un único honorario *ad valorem*.

104. Por estas razones tenemos pocas dificultades para concluir, a la luz de las obligaciones enmarcadas en el Contrato y sobre la base de los materiales sometidos a nuestra consideración, que BIVAC efectuó una inversión “en el territorio de” Paraguay en la acepción dada a esa expresión por el Artículo 92 del TBI.

Conclusión

⁴⁹ SGS c. Filipinas, párrafos 101-106.

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

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

106. El Paraguay sostiene que BIVAC no ha podido establecer que hubo un incumplimiento prima facie de la obligación de no expropiar, enunciada en el Artículo 6 del TBI; a saber, de la obligación de abstenerse de adoptar “medidas que priven directa o indirectamente a los nacionales de la otra Parte Contratante de sus inversiones”⁵⁰. Específicamente, el Paraguay sostiene que los hechos alegados por BIVAC no pueden dar lugar a una reclamación por expropiación, puesto que un simple incumplimiento de contrato por parte de un gobierno no es una expropiación⁵¹. El Paraguay se basa en especial en la decisión dictada en el caso *SGS c. Filipinas*, para respaldar la aseveración de que una simple negación a pagar una deuda no puede constituir una expropiación de la propiedad, cuando existan recursos con respecto a tal negación, y una negación de pago no es expropiación cuando existe una controversia sin resolver en cuanto al monto a pagar⁵².

107. Las partes coinciden en que en esta etapa del procedimiento lo que corresponde es establecer si se está ante un incumplimiento prima facie

⁵⁰ Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 83-91.

⁵¹ *Ibíd.*, párrafo 84.

⁵² *Ibíd.*, párrafo 85.

de la obligación. Tal como BIVAC lo expresa en su Memorial de Contestación:

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

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

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

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

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

⁵⁴ Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 74.

titularidad) de su derecho de pago a julio de 1999 cuando se dio por resuelto el Contrato”⁵⁵.

108. Las partes coinciden en la pertinencia de la decisión dictada en *SGS c. Filipinas*, que vale la pena considerar con cierto detalle. En su Escrito Posterior a la Audiencia BIVAC no sostiene que esa decisión haya sido errónea, sino que no coincide con los hechos⁵⁶.

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

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

⁵⁵ *Ibíd.*, párrafo 77.

⁵⁶ *Ibíd.*, párrafo 75.

⁵⁷ *SGS c. Filipinas*, párrafo 158.

una negativa de pago no constituye una expropiación cuando existe una diferencia no resuelta con respecto al monto pagadero”. (Traducción del Tribunal).

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

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

111. La posible distinción entre los dos casos reside en que en el caso *SGS c. Filipinas* existía una diferencia entre las partes con respecto al

⁵⁸ Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 75.

monto pendiente de la deuda, en tanto que en el presente caso BIVAC alega que no existe tal diferencia. El Paraguay discrepa: “no es verdad que el Gobierno de Paraguay haya confesado su deuda. Según la legislación del Paraguay, las cartas internas o informes no obligan al Poder Ejecutivo del Paraguay y no convierten una deuda en disputa en un reclamo no liquidado. De hecho, sólo un tribunal de Paraguay puede otorgar el fallo definitivo en cuanto a la supuesta deuda”⁵⁹. Paraguay manifiesta además que las reclamaciones de BIVAC en el marco del Contrato no han sido liquidadas, y por lo tanto no son susceptibles de un procedimiento sumario de cobro, y que las facturas de BIVAC no han sido autenticadas⁶⁰.

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

“refleja el equilibrio que debe establecerse entre dos preocupaciones contrapuestas: lograr que las cortes y tribunales no se vean desbordados por reclamaciones que no tienen posibilidad de éxito y que en algunos casos incluso son de carácter abusivo; pero garantizar igualmente que al considerar cuestiones de jurisdicción, las cortes y tribunales no pasen a considerar los

⁵⁹ Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafo 87.

⁶⁰ *Ibíd.*

aspectos del fondo de los casos sin suficiente debate previo. En consecuencia, de acuerdo con esa jurisprudencia el Tribunal tratará de establecer si los hechos alegados por las Demandantes en el presente caso, si se comprueban, pueden contar con el respaldo de las disposiciones del TBI que se han invocado 61⁶¹. (Traducción del Tribunal).

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

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

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

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

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

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

Otro abogado de BIVAC expresó a continuación: “La pregunta es de rigor: ¿qué es una expropiación?”⁶⁴. (Traducción del Tribunal).

115. El argumento de BIVAC no es totalmente convincente, y el Escrito Posterior a la Audiencia no agrega más elementos⁶⁵. El único antecedente que se cita en ese escrito fue - nuevamente - la decisión adoptada por el tribunal en el caso Encana c. Ecuador, que se basa en un laudo anterior

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

⁶³ *Ibíd.*, págs. 185-6. (Transcripción en español, págs. 171-172).

⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 187.

⁶⁵ Memorial de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 74-77.

recaído en el caso *Waste Management c. Estados Unidos Mexicanos* (No. 2). El laudo del caso *Encana* no respalda el argumento de BIVAC ni contribuye a llevar al Tribunal a la conclusión de que las manifestaciones fácticas de BIVAC, si se comprobaran, podrían representar un acto de expropiación directa o indirecta. Hemos examinado cuidadosamente el laudo, que merece reproducirse en su totalidad:

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

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

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

[...]

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

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

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

117. Nuestra conclusión se puede exponer en términos sencillos: en circunstancias en donde no se debate la continua existencia de la supuesta deuda contractual o en que el acceso al foro para la resolución de diferencias

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

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

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

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

119. La posición de BIVAC consiste en sostener que esperaba que el Ministerio de Hacienda respetara y observara la ley cumpliendo el Contrato, y que al no “cumplir su parte del trato” había infringido el estándar de trato justo y equitativo⁶⁸. BIVAC sostiene que los actos del Paraguay han sido arbitrarios, deliberados y contrarios al debido proceso, realizados de

⁶⁷ Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafos 91-97 y 92 y 96. Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 79 y 81.

⁶⁸ Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 137.

modo tal que no pueden menos que “chocar, o al menos sorprender], al decoro jurídico”; y que la decisión de no pagar la deuda conforme al Contrato “no se basó en la razón y el juicio, cuando todas las revisiones que solicitó apuntaban en la dirección opuesta”, lo que dio lugar al incumplimiento de la obligación de no afectar, a través de “medidas irrazonables”, la inversión de BIVAC⁶⁹. BIVAC vuelve a referirse a esos temas en su Escrito Posterior a la Audiencia, invocando el laudo dictado en el caso *Eureka c. Polonia*⁷⁰ (en el cual, según sostiene, “se determinó la existencia de un incumplimiento de dicho principio en el contexto de una violación contractual debido a que el Gobierno ‘conciente y abiertamente incumplió las expectativas básicas de Eureka que constituyen la base de su inversión’”) y manifiesta que el Paraguay no dio respuesta a todos sus argumentos, incluida la reclamación por falta de razonabilidad⁷¹.

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

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

⁶⁹Ibíd., párrafos 138 y 141.

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

⁷¹ Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 79 y 81.

monto pagadero conforme al proceso contractualmente acordado”⁷². El tribunal expresó:

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

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

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

⁷² SGS c. Filipinas, párrafo 163.

⁷³ *Ibíd.*, párrafo 162.

⁷⁴ *Ibíd.*, párrafo 41.

reconocido la deuda correspondiente a las 19 facturas; en febrero de 2001 el Ministerio de Hacienda reconoció el Contrato y expresó su disposición de pagar sumas adeudadas, tras una auditoría realizada por la Contraloría General de la República; en octubre de 2002 la Controlaría aceptó plenamente la reclamación, tras una auditoría de dos años de duración; en abril de 2004 el Ministerio volvió a reconocer la deuda; en junio de 2004 designó a una “Comisión para la Revisión y Negociación” de las sumas adeudadas, que eventualmente determinó que esta tarea no era de su competencia, sino que correspondía a la Dirección General de Aduanas, y en marzo de 2005 la Dirección concluyó que BIVAC había cumplido plenamente el Contrato. De acuerdo con la Solicitud de Arbitraje ninguna autoridad que actuara en nombre del Paraguay parece haber concluido en ningún momento que no se hubiera cumplido el Contrato, ni cuestionó el nivel de las sumas adeudadas correspondientes a las 19 facturas impagas.

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

125. En tales circunstancias, en esta etapa preliminar del procedimiento no se percibe una diferencia no resuelta en cuanto al monto pagadero. En consecuencia, concluimos que no sería prematuro llegar a una decisión sobre el fondo de la diferencia conforme al Artículo 3(1) del TBI, por lo menos en la medida en que la reclamación guarde relación con actos atribuibles al Paraguay en relación con la omisión de realizar pagos adeudados

in virtud del Contrato. Al llegar a esta conclusión deseamos dejar en claro que no nos pronunciamos en ninguna medida sobre el fondo del caso. En especial, nuestra conclusión con respecto a la jurisdicción no debe entenderse en el sentido de que refleje ninguna opinión, ni siquiera de carácter provisional, en cuanto a que una persistente omisión de efectuar el pago de una deuda pendiente, por más irrazonable e injustificada que sea, pueda de por sí llegar a representar una violación de la obligación de conceder un trato justo y equitativo en circunstancias en que siga estando disponible un recurso contractualmente acordado. A este respecto observamos que en el caso *Impregilo S.p.A. c. Pakistán* (un caso en que no estaba en juego una cláusula paraguas) el tribunal, en relación con la interrelación entre reclamaciones basadas en tratados y reclamaciones basadas en contratos, formuló la siguiente declaración, que es bastante pertinente también para el presente caso:

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

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

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

decir de una “actividad que exceda la de una parte contratante ordinaria”⁷⁶. (Traducción del Tribunal).

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

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

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

⁷⁶ Ídem, párrafo 266.

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

⁷⁸ *Ibíd.*, párrafo 101.

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

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

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

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

129. BIVAC trata al Artículo 3(4) como una disposición que incorpora en el TBI las obligaciones previstas en el Contrato, por lo cual una violación del Contrato se convierte, como tal, en violación de esta disposición del

TBI⁷⁹. En su Memorial de Contestación BIVAC profundizó sobre esos argumentos, invocando un conjunto de laudos arbitrales para respaldar la aseveración de que “los tribunales han sostenido uniformemente que el efecto de las cláusulas paraguas consiste en equiparar un incumplimiento contractual al incumplimiento de un tratado”⁸⁰. Oportunamente volveremos a referirnos a esta jurisprudencia. BIVAC sostiene que al faltar al cumplimiento de sus obligaciones de pago en el marco del Contrato “regido por las leyes del Paraguay, y la obligación en virtud del derecho paraguayo de cumplir con el Contrato, el Paraguay ha incurrido también en un incumplimiento que puede ser directamente juzgado como un incumplimiento del Tratado, de conformidad con la cláusula paraguas”, por lo cual el Tribunal puede ejercer competencia en relación con esa reclamación basada en el Tratado⁸¹. Al formular este argumento BIVAC parece reconocer que al pronunciarse sobre la reclamación basada en el Artículo 3(4), el Tribunal “debe tener en cuenta el Contrato, el posible incumplimiento de dicho Contrato por parte del Ministerio y las leyes del Paraguay aplicables a dicho instrumento”⁸². En otras palabras, no es posible fijar una posición acerca de si se ha cumplido la obligación basada en el Tratado sin llegar a una conclusión acerca de si se ha violado el Contrato. BIVAC alega además que esta reclamación es admisible: procura distinguir los hechos de la decisión sobre la competencia en el caso *SGS c. Filipinas*, en que el tribunal se declaró competente para entender en las reclamaciones en el marco de la cláusula paraguas, pero decidió suspender el procedimiento basándose en que esa reclamación, y la relacionada con la obligación de dispensar un trato justo y equitativo, eran prematuras, y que “la justicia será mejor servida si el Tribunal suspende el presente procedimiento mientras esté pendiente la determinación del monto a pagar ... de conformidad con el contrato”⁸³. Más abajo volveremos a referirnos a este punto. BIVAC vuelve a enunciar estos argumentos,

⁷⁹ Véase también Dúplica de BIVAC, párrafo 19.

⁸⁰ Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 143.

⁸¹ *Ibíd.*, párrafo 147.

⁸² *Ibíd.*, párrafo 153.

⁸³ Citado en el Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 155.

en forma más detallada, en su Dúplica y en su Escrito Posterior a la Audiencia. Quizás anticipándose a cuestiones eventuales, trató de considerar la posibilidad de que cualquiera que fuese la conclusión a la que se llegara con respecto a la jurisdicción en relación con el Artículo 3(4), la reclamación también debería ser admisible, ya que si los redactores hubieran tenido la intención de excluir la jurisdicción del tratado a través de una cláusula paraguas podrían haber insertado una cláusula a tal fin en el TBI, como lo hicieron los Países Bajos e India en su TBI 84⁸⁴. Además, BIVAC sostiene:

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

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

130. Los argumentos expuestos en respuesta por el Paraguay han evolucionado a lo largo del tiempo. En sus presentaciones escritas de abril y mayo de 2008 alega que la diferencia se rige por el Contrato y está sujeta

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

⁸⁵ *Ibíd.*, párrafo 16.

⁸⁶ Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 99.

a la cláusula de jurisdicción exclusiva. En su Réplica al Memorial de Contestación de BIVAC el Paraguay invocó el Artículo 9(1) del Contrato, en que se prevé la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Asunción para la resolución de todas las diferencias enmarcadas en el Contrato, y sostuvo:

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

El Paraguay afirma que el Artículo 9(1) del Contrato establece un “foro de carácter exclusivo para controversias”; que las partes del Contrato “se han sustraído de la jurisdicción conferida a los Tribunales Arbitrales Internacionales”, y que esa “había sido] la voluntad de las partes, ya que ambas, conociendo la existencia de la mencionada disposición establecieron regir sus derechos de conformidad a las leyes establecidas en el territorio Paraguayo, con Tribunales paraguayos y con la ley paraguaya”. En respaldo de ese argumento Paraguay invocó la decisión sobre jurisdicción dictada por el tribunal CIADI en el caso *Aguas del Tunari c. República de Bolivia*⁸⁸ (observamos que en ese caso el tribunal declaró que “la Concesión no dispone que todas las controversias referentes a esta última sean de competencia exclusiva de los tribunales bolivianos” y que la decisión no indica si Aguas del Tunari estaba reclamando que la jurisdicción se estableciera sobre la base de una “cláusula paraguas”).

131. En su Escrito Posterior a la Audiencia el Paraguay aclara su posición y responde a la jurisprudencia invocada por BIVAC. Sostiene que cuando las partes suscribieron el Contrato “expresamente convinieron en resolver las controversias de este tipo en los tribunales soberanos de Paraguay y según las leyes de este país. Las partes deben avenirse a su acuerdo,

⁸⁷ Réplica del Paraguay, pág. 6. (Versión en español, pág. 5).

⁸⁸ 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.

y este caso debe ser sobreseído”⁸⁹. Alega que los tipos de medidas frente a las cuales la cláusula paraguas del TBI intenta proteger a los inversionistas “no son] del tipo que pueda asumirse por un particular ordinario, sino más bien es del tipo que involucra el ejercicio de las facultades soberanas de un país”⁹⁰. “Debido a que los reclamos principales en cuestión se relacionan exclusivamente con un contrato comercial nacional, el Tribunal debe hacer valer la cláusula de selección de foro exclusivo del Contrato y sobreeser los reclamos de BIVAC”⁹¹. Alega que una “simple omisión de pago no convierte una controversia nacional en una internacional”, e invoca las decisiones de los dos casos *SGS* como respaldo de su aseveración de que “ninguno de estos tribunales interpretó la cláusula de protección para elevar un simple incumplimiento de un contrato comercial a una violación de un tratado”, y se remite, en especial, a la decisión dictada en *SGS c. Pakistán*, como precedente jurisprudencial en que “el Tribunal declaró que no tenía jurisdicción para juzgar los reclamos meramente contractuales de *SGS*”⁹².

132. Los temas que dividen a las partes en relación con el Artículo 3(4) del TBI se refieren a dos cuestiones: la cuestión de la competencia, consistente en establecer si el Tribunal tiene competencia para entender en reclamaciones de BIVAC basadas en el Artículo 3(4); y la cuestión de la admisibilidad, relativa a la cuestión de si, en caso de que el Tribunal posea competencia, la reclamación es admisible. Cierto es que el Paraguay no expuso su argumento en términos de admisibilidad, cuestión a la que alude BIVAC⁹³, pero en lo sustancial se refiere a ese tema, pues ha sostenido sistemáticamente que conforme al Artículo 9 del Contrato las reclamaciones contractuales están sujetas a la jurisdicción de los tribunales de Asunción, y en su Escrito Posterior a la Audiencia manifiesta su firme respaldo al criterio de la primacía de la cláusula sobre jurisdicción exclusiva, alegando que

⁸⁹ Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, Introducción, pág. 2.

⁹⁰ *Ibíd.*, párrafo 61.

⁹¹ *Ibíd.*, párrafo 58.

⁹² *Ibíd.*, párrafo 63.

⁹³ Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 99.

“si en realidad éstos son sólo reclamos contractuales, como indicamos, entonces dicha cláusula estipula que BIVAC instituya la demanda en Paraguay”⁹⁴.

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

Artículo 3(4): Competencia

134. BIVAC alega que conforme al Artículo 3(4) del TBI el Tribunal es competente para entender en reclamaciones relativas a “cualquier conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al Contrato”. BIVAC presenta este argumento basándose en que está formulando una reclamación basada en el Tratado; no una reclamación contractual⁹⁵.

135. Al formular este argumento en su Memorial de Contestación, BIVAC invoca el caso Vivendi I, en el sentido de que si en virtud de la cláusula paraguas el Tribunal tiene competencia para entender en la reclamación, ésta no puede desecharse porque haya podido o debido ser resuelta por un tribunal nacional⁹⁶. En su Dúplica BIVAC alega que el Artículo 3(4) confirió jurisdicción al Tribunal, ya que impuso a las partes la obligación de cumplir sus obligaciones contractuales, que el Paraguay ha incumplido⁹⁷.

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

⁹⁴ Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafo 53.

⁹⁵ Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafo 64.

⁹⁶ Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 150.

⁹⁷ Dúplica de BIVAC, párrafo 19.

⁹⁸ Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 84-93.

⁹⁹ *Ibíd.*, para 89.

en gran medida en la decisión adoptada por el tribunal que entendió en el caso *SGS c. Filipinas*, que según la Demandante “se aplica plenamente aquí”¹⁰⁰.

137. El Paraguay ha cuestionado vigorosamente el argumento de BIVAC. En su Réplica se refiere al carácter excluyente que las partes del Contrato dieron a la jurisdicción de los tribunales paraguayos en el Artículo 9 del Contrato¹⁰¹. En su Escrito Posterior a la Audiencia el Paraguay afina su argumento, sosteniendo que una cláusula paraguas no podría convertir a una reclamación contractual en una violación del Tratado porque “una simple omisión de pago no convierte una controversia nacional en una internacional”¹⁰². El Paraguay alega que BIVAC no está planteando genuinas reclamaciones basadas en el Tratado, sino formulando una reclamación contractual:

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

El Paraguay sostiene asimismo que ni en el caso *SGS c. Filipinas* ni en el caso *SGS c. Pakistán* se interpretó la cláusula paraguas en forma tal que en definitiva estableciera las bases de la competencia del Tribunal¹⁰⁴.

138. Las partes han formulado amplios argumentos con respecto a las decisiones dictadas en los casos *SGS c. Pakistán* y *SGS c. Filipinas*, y en especial a la cuestión de si una cláusula paraguas puede determinar la competencia de un tribunal en relación con compromisos asumidos bajo un contrato. Corresponde que consideremos esas decisiones, que giraron sobre hechos especiales – incluidas las disposiciones pertinentes de los contratos y TBI respectivos – y argumentos planteados en los casos a los que se refieren.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, para 96.

¹⁰¹ Réplica del Paraguay, pág. 9.

¹⁰² Escrito del Paraguay Posterior a la Audiencia, párrafo 63.

¹⁰³ *Ibíd.*, párrafo 51.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, párrafo 63.

No obstante, no es posible reconciliar ambas decisiones, ya que reflejan diferentes enfoques sobre los efectos de una cláusula paraguas en el marco de un TBI.

139. En el caso *SGS c. Pakistán*, el tribunal concluyó que una cláusula paraguas no convierte automáticamente un incumplimiento contractual en un incumplimiento del derecho internacional, y que sólo en “circunstancias excepcionales” serviría de base para aceptar la competencia para entender en una reclamación basada en un contrato¹⁰⁵. El tribunal dio cuatro razones para adoptar una interpretación restrictiva de la cláusula paraguas: primera, que ésta era demasiado amplia y que su texto se asemejaba al de una obligación jurídica de carácter general; segunda, que los principios generales de derecho internacional generaban una presunción contraria a la interpretación amplia de la cláusula; tercera, debido a una preocupación de que esa interpretación de una cláusula paraguas prevalecería sobre cláusulas de resolución de diferencias negociadas en contratos; y cuarta, que la cláusula paraguas habría aparecido anteriormente en el TBI si su finalidad hubiera sido imponer obligaciones internacionales sustanciales.

140. En el caso *SGS c. Filipinas* el tribunal rechazó el enfoque adoptado en la decisión anterior. Declaró que la cláusula paraguas confería competencia al tribunal sobre la base de una interpretación amplia de los términos preceptivos contenidos en el texto de la disposición del TBI que se estaba tratando en ese caso. Con respecto a la cuestión de la competencia, el tribunal discrepó con el razonamiento del tribunal que entendió en el caso *SGS c. Pakistán*, aunque emitió su conclusión sin perjuicio de lo que había de decidir en relación con la admisibilidad de la reclamación, cuestión a la que volveremos a referirnos más adelante¹⁰⁶. Para respaldar su conclusión de que la reclamación contractual podía plantearse dentro del ámbito de la cláusula paraguas, el tribunal adujo los siguientes argumentos: primero, que el texto de la disposición había sido redactado en términos imperativos;

¹⁰⁵SGS c. Pakistán, párrafo 96(b).

¹⁰⁶SGS c. Filipinas, párrafo 138.

que imponía obligaciones a las partes¹⁰⁷; segundo, que la finalidad prevalente del TBI debía hacerse efectiva resolviendo a favor de la inversión protegida cualquier incertidumbre referente al alcance de la disposición ¹⁰⁸; y tercero, que las partes estaban facultadas para estipular una restricción al TBI que limitara la cláusula paraguas a obligaciones que surgieran en el marco de “otros instrumentos de derecho internacional”, y no lo hicieron¹⁰⁹.

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

¹⁰⁷ *Ibíd.*, párrafo 115.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, párrafo 116.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, párrafo 118.

aplicable el argumento del tribunal sobre la ubicación dentro de un tratado de cualquier texto determinado para que tenga fuerza jurídica). Además, consideramos que la cláusula paraguas debe ser interpretada de modo que posea cierto sentido y surta cierto efecto práctico: el Paraguay no ha explicado la finalidad ni el efecto de la cláusula paraguas, si los mismos difieren de los que alega BIVAC¹¹⁰.

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

Artículo 3(4): Admisibilidad

143. En el presente caso la cuestión de la admisibilidad en relación con el posible ejercicio de la competencia conforme al Artículo 3(4) del TBI

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

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

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

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

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

contractual entre las partes, en cuanto tal. BIVAC sostiene en cambio que el Tribunal, actuando en el marco del Artículo 3(4) del TBI, ejercería competencia sobre una obligación claramente diferente y autónoma del Tratado a la que en la práctica se habrían incorporado las obligaciones contractuales. Según BIVAC, en ejercicio de nuestra competencia interpretaríamos y aplicaríamos el Tratado, y no el Contrato y BIVAC “no solicita al Tribunal que ejerza una competencia de carácter contractual”¹¹¹.

146. Al considerar el efecto del Artículo 9 corresponde considerar su relación en el tiempo con el TBI. El TBI es anterior. Se celebró en La Haya el 29 de octubre de 1992 y entró en vigencia poco después, el 1 de agosto de 1994. El Contrato entre BIVAC y el Ministerio de Hacienda se otorgó el 6 de mayo de 1996, es decir casi dos años después que entrara en vigencia el TBI. Las partes no han presentado prueba alguna en cuanto a que el TBI haya influido en la decisión de BIVAC de celebrar el Contrato. Debe suponerse que el Paraguay y su Ministerio de Hacienda tienen conocimiento de los tratados que han celebrado, y sería sorprendente que los responsables de asesorar a BIVAC sobre los aspectos jurídicos del Contrato no tuvieran conocimiento del TBI y de los mecanismos de protección que proporcionaba, incluida la posibilidad de acudir al arbitraje del CIADI frente a ciertas diferencias surgidas de tratados. No obstante, el conocimiento del TBI no fue un asunto sobre el que las partes hayan presentado argumentos o pruebas. Sin embargo, las partes acordaron incluir en el Contrato una disposición que prevé la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la Ciudad de Asunción para resolver “cualquier conflicto, controversia o reclamo que se derive o se produzca en relación al presente Contrato, incumplimiento, resolución o invalidez”. Las partes podrían haber incluido en el Artículo 9(1) una disposición en el sentido de que las obligaciones que él impone regirían sin perjuicio de eventuales derechos enmarcados en el TBI, incluido el posible ejercicio de competencia por un tribunal del CIADI en relación con cualquier asunto que surja en virtud del Contrato, que pudiera ser determinado conforme al Artículo 3(4) del TBI. El hecho de que no lo hicieran así no es insignificante: indica, como mínimo, que las partes del Contrato, incluida BIVAC, deseaban que la jurisdicción contractual exclusiva de los tribunales

¹¹¹ Memorial de Contestación de BIVAC, párrafo 151.

de la Ciudad de Asunción fuera absoluta y sin excepción, y que su sentido coincidiera con su tenor literal.

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

148. No obstante, la cuestión más amplia, a la luz del principio fundamental de que debe respetarse la autonomía y la voluntad de las partes, consiste en que las partes de un contrato no están facultadas para elegir las partes del contrato que quieran incorporar a una “cláusula paraguas”, como el Artículo 3(4), ignorando las otras. La obligación que asumió el Paraguay frente a BIVAC fue la de pagar puntualmente sus facturas, y en caso de no hacerlo, permitir que cualquier diferencia contractual se planteara ante los tribunales de la Ciudad de Asunción. Permitir a BIVAC que eligiera las obligaciones que deseaba incorporar al TBI y no otras, afectaría grave y negativamente la autonomía contractual. Si las partes de un contrato han asumido libremente determinadas obligaciones, deben respetar esas obligaciones, y tienen derecho de esperar que otros, incluidas las cortes y los tribunales internacionales, también las respeten, a menos que existan poderosas razones para no hacerlo¹¹². BIVAC no ha identificado razón alguna.

¹¹² Véase, en este sentido, la reciente Opinión Concurrente del Profesor Abi Saab, en TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/05/5), Laudo, 19 de diciembre de 2008, párrafo 5 “Por lo tanto, si la reclamación

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

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

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

¹¹³ *Supra*, Nota 77.

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

150. Este Tribunal no es el primero que se ocupa de este tema. Ambas partes han invocado decisiones y laudos arbitrales favorables a las posiciones que sostienen. Aunque no estamos obligados a seguir esas decisiones y laudos anteriores, es tanto útil como apropiado tenerlos en cuenta para explicar nuestro enfoque. Resulta claro que con el transcurso del tiempo los temas han cristalizado, al disponerse de más tiempo para la reflexión. Reconocemos que los tribunales que primero tuvieron que ocuparse de esos temas en muchos casos lo hacían sin disponer de comentarios y reacciones anteriores, basándose en los hechos de sus casos particulares y en los argumentos que habían presentado las partes. Valoramos los esfuerzos realizados por los árbitros en esos casos anteriores, que han facilitado nuestra tarea.

151. Dos de las primeras decisiones que resultan pertinentes para considerar estos temas fueron dictadas por los dos tribunales de los casos *SGS*, cuyos hechos se asemejaban en cierta forma a los que estamos examinando. En el caso *SGS c. Pakistán* el tribunal no abordó la cuestión de la admisibilidad de una reclamación bajo una cláusula paraguas frente a una cláusula de jurisdicción exclusiva para la resolución de diferencias contractuales que refería al arbitraje bajo las leyes de Pakistán, al concluir que el tribunal carecía de competencia para resolver diferencias contractuales en el contexto de la cláusula paraguas del TBI (observamos que en ese caso el TBI entró en vigencia *después* de la adopción del contrato pertinente)¹¹⁴. Ese tribunal concluyó también que la cláusula paraguas del TBI que debía interpretar no había transformado reclamaciones puramente contractuales en reclamaciones bajo el tratado¹¹⁵.

152. La cuestión de la admisibilidad fue abordada por el tribunal en *SGS c. Filipinas*, en una forma que hemos considerado útil y con la que

¹¹⁴ *SGS c. Pakistán*, párrafos 156-162.

¹¹⁵ *Ibíd.*, párrafos 163-174.

coincidimos en gran medida; aunque no enteramente. Allí también el tribunal tenía ante sí una reclamación según la cual una cláusula paraguas le permitía ejercer competencia sobre reclamaciones emanadas directamente de un contrato. Basándose en el texto de la cláusula paraguas contenida en el TBI Suiza/Filipinas el tribunal concluyó que “en principio (y aparte de la cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en el contrato subyacente] correspondía que SGS sometiera la presente diferencia, como una diferencia contractual, al arbitraje CIADI conforme al Artículo VIII(2) del TBI”¹¹⁶. El tribunal luego consideró el impacto de la cláusula contractual sobre jurisdicción exclusiva, que establecía que “todas las medidas referentes a diferencias relacionadas con las obligaciones de cualquiera de las partes del presente Acuerdo serán sometidas a los tribunales de primera instancia regionales de Makati o Manila” (fórmula que a primera vista parece ser de alcance y efectos más reducidos que la del Artículo 9(1) del Contrato al que se refiere el presente caso). El tribunal declaró por mayoría que el Artículo VIII(2) del TBI no tenía como fin prevalecer sobre una cláusula sobre jurisdicción exclusiva contenida en un contrato de inversión, en lo relativo a las reclamaciones contractuales, y que la jurisprudencia respaldaba mayoritariamente la conclusión de que tal cláusula afectaba a la competencia del tribunal o a la admisibilidad de la reclamación¹¹⁷. En resumen, el tribunal declaró que:

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

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

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

¹¹⁶SGS c. Filipinas, párrafo 135.

¹¹⁷ *Ibíd.*, párrafos 140 y 150.

¹¹⁸ *Ibíd.*, párrafo 153.

153. Invocando la distinción entre jurisdicción y admisibilidad, el referido tribunal concluyó que como cuestión de admisibilidad no debe permitirse a ninguna de las partes “invocar un contrato como base de su reclamación cuando el propio contrato refiere esa reclamación exclusivamente a otro foro” (traducción del Tribunal), salvo que hayan habido sólidas razones, tales como *force majeure*, que impidieran a un demandante cumplir el contrato¹¹⁹. Hasta este punto compartimos plenamente el enfoque adoptado por el tribunal en el caso *SGS c. Filipinas*.

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

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

¹²⁰ *Ibíd.*, párrafo 171.

¹²¹ *Ibíd.*, párrafo 175.

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

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

155. Con este trasfondo BIVAC ha hecho referencia a gran número de decisiones y laudos para respaldar su argumento de que el Tribunal tiene competencia en el marco de la cláusula paraguas, y de que nada obsta a que la reclamación se considere admisible. En su Escrito Posterior a la Audiencia BIVAC centró la atención, en sus argumentos sobre la competencia, en tres casos¹²³, y en sus argumentos sobre la admisibilidad, en la decisión dictada en el caso *SGS c. Filipinas*. Para una consideración completa del tema examinaremos los tres casos relativos a la jurisdicción.

¹²² *Ibíd.*, párrafos 173.

¹²³ Escrito de BIVAC Posterior a la Audiencia, párrafos 91-93.

156. El primer laudo al que se hace referencia es el del caso *Eureko c. Polonia*, en que el tribunal rechazó el argumento de Polonia sobre la inadmisibilidad de una reclamación comprendida en la cláusula paraguas en circunstancias en que existía una cláusula sobre jurisdicción exclusiva para las diferencias contractuales: como la demandante “formula reclamaciones por incumplimiento del Tratado... cada una de esas reclamaciones debe ser considerada y juzgada por el Tribunal”¹²⁴(traducción del Tribunal). En cuanto a las violaciones del contrato de que se trataba en ese caso, el tribunal concluyó que los actos y omisiones de Polonia que suponían incumplimiento de sus obligaciones en el marco del TBI – las que se consideraban injustas y contrarias a la equidad, y de efectos expropiatorios –también implicaban el incumplimiento de la cláusula paraguas y de las obligaciones contractuales básicas. En el laudo no se evalúan ni analizan las disposiciones contractuales que gravitaban en ese caso, por lo cual sus conclusiones al parecer deben interpretarse en el contexto de los hechos específicos que allí se debatían.

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

158. El tercer caso invocado por BIVAC es el del caso *Siemens c. Argentina*. En su decisión sobre jurisdicción, el tribunal no abordó la cuestión de la admisibilidad en relación con la cláusula paraguas. En un sólo renglón declaró: “la diferencia, tal y como ha sido formulada por la Demandante, es

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

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

una diferencia en virtud del Tratado”, por lo cual se declaró competente¹²⁶. En la fase de consideración del fondo del asunto el tribunal concluyó que la demandante no era parte del contrato, y en consecuencia rechazó la reclamación en lo referente a incumplimiento del contrato¹²⁷. Por lo tanto, la decisión no respalda la posición de BIVAC en cuanto a la admisibilidad.

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

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

(1) En el Artículo 9(1) del Contrato las partes convinieron en una cláusula sobre jurisdicción exclusiva jurídicamente vinculante, que limitaba a los tribunales de la Ciudad de Asunción la potestad de resolver “cualquier conflicto, controversia o reclamo que derivare] o se produjera] en relación al Contrato”;

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

(3) “La base fundamental de la reclamación” presentada por BIVAC en relación con el Artículo 3(4) del TBI se refiere a un “conflicto, controversia o reclamo” derivado del Contrato o producido en relación con el Contrato;

(4) En relación con la necesidad de respetar la autonomía de la voluntad de las partes, BIVAC no puede basarse en el Contrato para formular una reclamación conforme al Artículo 3(4) del TBI en los casos en que el Contrato mismo remite esa reclamación exclusivamente a otro foro, a falta de razones excepcionales que pudieran hacer que el foro contractualmente dispuesto no estuviera disponible;

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

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

(5) El foro apropiado para la resolución de la reclamación contractual que ha sido planteada conforme al Artículo 3(4) del TBI es el de los tribunales de la Ciudad de Asunción, que han de aplicar el derecho del Paraguay.

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

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

DECISIÓN

162. Por estas razones, el Tribunal decide que:

LAUDOS

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

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

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

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

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

LAUDO ARBITRAL.
**CIADI. 26/07/01. “SEÑOR EUDORO ARMANDO
OLGUÍN (Demandante) c/ REPÚBLICA DEL
PARAGUAY (Demandada)”. (CASO No. ARB/98/5) ***

LAUDO ARBITRAL

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES

CIADI. 26/07/01. “SEÑOR EUDORO ARMANDO OLGUÍN (Demanda-
dante) c/ REPÚBLICA DEL PARAGUAY (Demandada)”. (CASO No.
ARB/98/5).

Miembros del Tribunal:

Sr. Rodrigo Oreámuno, Presidente

Sr. Francisco Rezek, Árbitro

Sr. Eduardo Mayora Alvarado, Árbitro

Secretario del Tribunal:

Sr. Gonzalo Flores

EL TRIBUNAL

Integrado en la forma antes señalada,

Habiendo realizado sus deliberaciones,

Dicta el siguiente Laudo:

* Extraído de la página web: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C171/DC575_Sp.pdf

I. Introducción

1. El Demandante, señor Eudoro Armando Olguín, tiene la doble nacionalidad peruana y estadounidense y está domiciliado en Miami, Florida, Estados Unidos de América. Es representado en este proceso por:

Dr. Gonzalo García-Calderón Moreyra,

Estudio García-Calderón, Gherzi & Asociados domiciliado para efectos de este caso en:

Libertadores 350

San Isidro

Lima 27, Perú

2. La Demandada es la República del Paraguay (Paraguay), representada en este proceso por:

Dr. Juan Carlos Barreiro Perrotta,

Procurador General de la República del Paraguay, domiciliado para efectos de este caso en:

Embajada del Paraguay en Washington, D.C.

2400 Massachussets Avenue, N.W.

Washington, D.C., 20008

3. El presente laudo contiene la declaración de cierre del procedimiento hecha por el Tribunal de conformidad con la Regla 38 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje), así como el laudo sobre el fondo de la diferencia, de conformidad con la Regla 47 de las Reglas de Arbitraje. El Tribunal ha tenido en cuenta todos los argumentos, documentos y testimonios de este caso que ha considerado pertinentes.

II. Resumen del procedimiento

A. Procedimiento conducente a la decisión sobre la jurisdicción

4. El 27 de octubre de 1997, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) recibió del señor

Eudoro Armando Olguín una solicitud de arbitraje en contra de la República del Paraguay.

La solicitud se refería a una controversia suscitada por el trato que supuestamente recibió el señor Olguín por parte de autoridades paraguayas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos alimenticios en Paraguay. En su solicitud el Demandante invocó las disposiciones del “Convenio entre la República del Perú y la República del Paraguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” (CBI)¹.

5. Recibida la solicitud de arbitraje, el Centro, invocando las Reglas 5(1)(a) y 5(1)(b) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (Reglas de Iniciación), acusó recibo de la solicitud e informó al requirente sobre su imposibilidad de tomar medida alguna respecto de ésta, hasta no recibir el pago del derecho de registro prescrito por la Regla 16 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. Adicionalmente, el Centro solicitó al Señor Olguín: (i) información complementaria relativa a las partes en la diferencia; (ii) información más detallada acerca del consentimiento de Paraguay para someter a arbitraje, según las normas del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI), la diferencia objeto de su solicitud, incluyendo información acerca de la fecha de su solicitud de arreglo de la diferencia con Paraguay; y (iii) información específica sobre las cuestiones objeto de la diferencia. El Demandante respondió a estas preguntas por medio de carta de fecha 15 de diciembre de 1997.

6. Después de haber pagado el Demandante el derecho de registro anteriormente indicado, el Centro, de conformidad con lo dispuesto por la regla de Iniciación 5(2), remitió, con fecha 5 de enero de 1998, una copia de la solicitud de arbitraje y de la documentación complementaria proporcionada por el Demandante, así como de la correspondencia existente hasta esa fecha, a la República del Paraguay y a la Embajada del Paraguay en Washington, D.C.

¹ Convenio entre Paraguay y Peru de 31 de enero de 1994, en adelante citado como el CBI, vigente a partir del 18 de diciembre de 1994.

7. Con fecha 11 de febrero de 1998, el Centro solicitó al señor Olgún información adicional relativa a la supuesta existencia de procesos judiciales en Paraguay, o en algún otro país, referentes a la controversia objeto de su solicitud de arbitraje. También le pidió más información sobre el origen de la supuesta obligación de la República del Paraguay de garantizar ciertos títulos de inversión propiedad del Demandante, así como sobre los términos precisos de dicha obligación. El Demandante respondió a la solicitud del CIADI el 17 de abril de 1998.

8. Por medio de carta de fecha 21 de mayo de 1998, la República del Paraguay comunicó al Centro su rechazo a la solicitud de arbitraje presentada por el Señor Olgún, por lo siguiente: (i) negar que las operaciones realizadas por el Demandante fueran inversiones; (ii) desconocer la existencia de las obligaciones de garantía atribuidas por el Demandante a Paraguay; (iii) afirmar la existencia de un pago efectuado por el Banco Central del Paraguay al señor Olgún a raíz de los hechos en disputa; (iv) la renuncia escrita del Demandante al derecho a iniciar toda acción ulterior contra las autoridades paraguayas por los hechos; (v) la inaplicabilidad de los mecanismos de solución de controversias contemplados por el CBI Perú-Paraguay, por haber optado el señor Olgún por la vía jurisdiccional, renunciando así al arbitraje internacional; (vi) la inexistencia de una controversia entre la República del Paraguay y el señor Olgún; y (vii) la falta de consentimiento previo de las partes a someter la disputa a arbitraje ante el CIADI. Esta carta fue detalladamente respondida por la parte demandante mediante comunicación de 17 de junio de 1998.

9. El 26 de agosto de 1998, el Secretario General Interino del Centro registró la solicitud de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI y, de acuerdo con la Regla de Iniciación 7, notificó a las partes del acto de registro de la solicitud y las invitó a constituir un Tribunal de Arbitraje lo antes posible.

10. El 29 de octubre de 1998, después de haber transcurrido más de 60 días desde la fecha de registro de la solicitud, el Demandante informó al Secretario General del Centro que optaba por la fórmula prevista en el artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI para la constitución del Tribunal. En consecuencia, el Tribunal se constituiría con tres árbitros, uno designado por el señor Olgún, otro por la República del Paraguay y el tercero, que presidiría el Tribunal, sería nombrado de común acuerdo por las partes. En

LAUDOS

la misma comunicación, el Demandante nombró como árbitro para el presente caso al Profesor Dale Beck Furnish, Nacional de los Estados Unidos de América.

11. El 23 de noviembre de 1998, Paraguay, por medio de carta suscrita por el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores de esa República, señor José A. Fernández, informó al Centro que había decidido proponer la designación del señor Walter Villalba Zaldívar, nacional del Paraguay, como árbitro para este caso.

12. Inmediatamente el Centro informó a la República de Paraguay que, de conformidad con el Artículo 39 del Convenio del CIADI y la Regla 1(3) de las Reglas de Arbitraje, en los casos en que el Tribunal de Arbitraje ha de estar integrado por tres árbitros, la designación como árbitro por una de las partes de un nacional del Estado parte en la diferencia o del Estado cuyo nacional es parte en ella, requiere el consentimiento de la otra parte. Al no haber dado dicho consentimiento la parte demandante, el Paraguay se encontraba impedido de nombrar como árbitro al señor Villalba Zaldívar. Consecuentemente, con fecha 25 de noviembre de 1998, la República del Paraguay designó como árbitro para el presente caso al Juez Francisco Rezek, nacional de Brasil.

13. Las partes no llegaron a un acuerdo en cuanto al nombramiento del tercer árbitro que habría de presidir el Tribunal. En tales circunstancias, transcurridos más de noventa días desde la fecha de la notificación a las partes del registro de la solicitud de arbitraje, el Demandante, mediante carta de fecha 12 de enero de 1999, solicitó que el tercer árbitro del proceso y presidente del Tribunal fuera nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI y la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje².

² Conforme al Artículo 38 del Convenio del CIADI y a la Regla de Arbitraje 4, si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, a petición de cualquiera de las partes y, en lo posible previa consulta a ambas partes, deberá nombrar al o a los árbitros que aún no hubieren sido designados y designar a uno de ellos para que actúe como Presidente del Tribunal

14. Después de consultar con las partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI nombró al señor Rodrigo Oreamuno Blanco, nacional de Costa Rica, como Presidente del Tribunal de Arbitraje. El 12 de febrero de 1999, el Consejero Jurídico Principal del CIADI, en nombre del Secretario General del Centro, y de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje, notificó a las partes que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos y que el Tribunal se tenía por constituido desde esa fecha. El mismo día, de conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las partes que el señor Gonzalo Flores, Consejero Jurídico del CIADI, se desempeñaría como Secretario del Tribunal de Arbitraje.

15. El 16 de marzo de 1999 el Centro recibió una comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay, dirigida al Secretario General del CIADI, en la que Paraguay recusaba al Profesor Dale Beck Furnish de conformidad con el Artículo 57 del Convenio del CIADI. La recusación se basaba en el hecho de que, al tener el Demandante la nacionalidad estadounidense además de la peruana, de conformidad con el Artículo 39 del Convenio del CIADI y la Regla de Arbitraje 1(3) antes citados, éste se encontraba impedido de nombrar a un nacional de los Estados Unidos de América como árbitro en el presente caso, sin el consentimiento de la parte demandada. La doble nacionalidad del Demandante era desconocida, hasta esa fecha, por el Tribunal y por el CIADI.

16. Según lo dispuesto por la Regla de Arbitraje 9, el Secretario del Tribunal transmitió inmediatamente la propuesta de recusación a los otros miembros del Tribunal y a la parte demandante. Con fecha 17 de marzo de 1999, el Profesor Furnish presentó su renuncia como árbitro en este caso. De acuerdo con lo establecido en la Regla 8 de las Reglas de Arbitraje, el 19 de marzo de 1999 el Tribunal aceptó la renuncia presentada por el Profesor Furnish y lo comunicó a las partes. En consecuencia, el procedimiento se suspendió hasta que el Demandante nombrara un nuevo árbitro. Con fecha 22 de marzo de 1999, la parte demandante designó como árbitro, en reemplazo del Profesor Furnish, al Dr. Eduardo Mayora Alvarado, nacional de Guatemala, quien aceptó dicha designación de acuerdo con lo dispuesto en la Regla 5 de las Reglas de Arbitraje. El procedimiento se reanudó el 29 de marzo de 1999.

LAUDOS

17. La primera sesión del Tribunal con las partes se celebró, previa consulta con ellas, el 16 de abril de 1999, en la sede del CIADI, en Washington, D.C. En esa sesión las partes expresaron su acuerdo en cuanto a que el Tribunal se había constituido correctamente, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje, señalando que no tenían objeción alguna a este respecto. El Tribunal declara, en consecuencia, que fue constituido de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio.

18. En el curso de la primera sesión, las partes se manifestaron de acuerdo sobre diversos aspectos de procedimiento de los que se dejó constancia en la respectiva acta, firmada por el Presidente y el Secretario del Tribunal. Las partes eligieron el castellano como idioma para el procedimiento y se seleccionó a Washington, D.C., sede del Centro, como el lugar oficial para su tramitación. La República del Paraguay, por medio de su Procurador General, Dr. Juan Carlos Barreiro Perrotta, anunció tener objeciones a la jurisdicción del Centro y solicitó resolver esas objeciones como cuestión previa al conocimiento del fondo de la diferencia. El Demandante, por medio del Dr. Gonzalo García-Calderón Moreyra, solicitó al Tribunal que las excepciones a la jurisdicción del Centro anticipadas por la República del Paraguay y el fondo de la cuestión controvertida fueran tratadas en forma conjunta.

19. Luego de escuchar a ambas partes el Tribunal de Arbitraje fijó el siguiente calendario: la parte demandante presentaría su memorial de demanda dentro de sesenta días contados desde la fecha de la primera sesión; dentro de los sesenta días siguientes a la recepción de ese memorial, la República del Paraguay presentaría un memorial de contestación con sus argumentos de hecho y 20. Se acordó, asimismo que, finalizada esta primera etapa de actuaciones escritas, el Tribunal determinaría los pasos a seguir, quedando abierta la posibilidad de permitir o exigir a las partes la remisión de presentaciones adicionales. Se dejó asimismo abierta la posibilidad de celebrar una audiencia sobre la cuestión de la jurisdicción. De derecho sobre la cuestión de la jurisdicción, el fondo de la diferencia o ambos.

21. Al cierre de la primera sesión, a solicitud de la República del Paraguay, el Tribunal confirmó que la presentación de un memorial que con-

tuviera exclusivamente argumentos relativos a la cuestión de la jurisdicción, no precluiría el derecho de la Demandada a argumentar posteriormente sobre el fondo de la diferencia.

22. De acuerdo con los plazos fijados por el Tribunal, el 27 de mayo de 1999 el Demandante presentó al Centro su memorial de demanda.

23. Con fecha 2 de agosto de 1999, la República del Paraguay presentó su memorial oponiendo formalmente sus excepciones a la jurisdicción del CIADI, expuso los argumentos en los que fundaba dichas excepciones y adjuntó documentos para respaldar sus argumentaciones, suspendiéndose, de esa manera, el procedimiento sobre el fondo de la diferencia, de conformidad con el Artículo 41(2) del Convenio del CIADI y la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje.

24. Mediante escrito de fecha 31 de agosto de 1999, la parte demandante contestó las excepciones a la jurisdicción del Centro planteadas por la República del Paraguay, expuso las razones por las que ella consideraba que dichas excepciones debían ser rechazadas y presentó documentos en apoyo de su posición.

25. En memorial fechado 18 de diciembre de 1999, recibido por el CIADI el 21 del mismo mes, la República del Paraguay formuló su réplica a la respuesta dada por el señor Olguín. El 2 de febrero del año 2000, la parte demandante presentó al CIADI su memorial de réplica sobre la cuestión de la jurisdicción.

26. Esta primera etapa del procedimiento sufrió varios atrasos originados en el incumplimiento por parte de la República del Paraguay de su obligación de efectuar los pagos contemplados por la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, que fueron oportunamente solicitados a las partes por el Secretario del Tribunal.

27. El 8 de agosto de 2000, el Tribunal, luego de haber deliberado telefónicamente por correspondencia, emitió una decisión unánime sobre las excepciones a la jurisdicción planteadas por la República del Paraguay. En su decisión, el Tribunal rechazó las excepciones a la jurisdicción formuladas por la Demandada sosteniendo (a) que la celebración por parte de la República del Paraguay del CBI Perú-Paraguay constituía el consentimiento escrito exigido por el artículo 25, inciso 1° del Convenio del CIADI; (b) que las

inversiones hechas por el Demandante en la República del Paraguay estaban comprendidas en la enumeración del artículo 1 del CBI Perú-Paraguay, y que no existía ninguna norma en dicho Convenio que obligare a que las inversiones hechas por un nacional de uno de los Estados contratantes debieran ser previamente admitidas o reconocidas por el Estado en cuyo territorio se hacían; (c) que no se podría pronunciar en esa primera etapa sobre los posibles vicios de las inversiones del señor Olguín alegados por la República del Paraguay, por ser este claramente un tema relativo al fondo de la diferencia; (d) que, por la misma razón, no se podría pronunciar en esa etapa del arbitraje sobre el alegato de la República del Paraguay de que, si alguna responsabilidad le cupiera, no sería directa sino subsidiaria; y, finalmente, (e) que no existía ninguna demostración en el expediente de que el señor Olguín hubiera presentado un reclamo judicial contra la República del Paraguay para cobrar las obligaciones que busca recuperar mediante este proceso arbitral.

28. Sobre estas bases, el Tribunal decidió, por unanimidad, rechazar las excepciones a la jurisdicción del Centro opuestas por la República del Paraguay y declarar que el Centro tenía jurisdicción y que el Tribunal era competente para resolver la diferencia entre las partes de conformidad con las disposiciones del CBI Perú-Paraguay y el Convenio del CIADI.

29. El Secretario del Tribunal envió copias certificadas de la decisión del Tribunal a las partes. Se adjunta al presente laudo, como parte integral de éste, una copia de la decisión sobre la jurisdicción emitida por el Tribunal. B. Procedimiento conducente al laudo sobre el fondo de la diferencia.

30. El 8 de agosto del 2000, el Tribunal dictó, de conformidad con las Reglas 19 y 41(4) de las Reglas de Arbitraje del Centro, la Resolución Procesal N° 1 para la continuación del procedimiento sobre el fondo de la diferencia. En dicha Resolución Procesal el Tribunal fijó el siguiente calendario para los procedimientos ulteriores: Habiendo la parte demandante presentado, de conformidad con lo acordado en la primera sesión del día 16 de abril de 1999, un memorial con sus argumentos de hecho y de derecho relativos al fondo de la diferencia, la Demandada presentaría un memorial de contestación, con sus argumentos de hecho y de derecho sobre el fondo de la diferencia, dentro del plazo de sesenta días contados desde la fecha de recepción de la decisión del Tribunal sobre la cuestión de la jurisdicción. A continuación, el Demandante presentaría un memorial de réplica relativo al fondo

de la diferencia, dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de recepción del indicado memorial de contestación y finalmente la Demandada presentaría un memorial de dúplica sobre el fondo de la diferencia, a más tardar treinta días después de la recepción del memorial de réplica del Demandante. Finalizado este intercambio de presentaciones, el Tribunal fijaría fecha para una audiencia.

31. Conforme a ese calendario, el 5 de octubre de 2000, la República del Paraguay presentó al Centro su memorial de contestación sobre el fondo de la diferencia. Con fecha 9 de noviembre de 2000, el Demandante presentó su escrito de réplica sobre el fondo. Finalmente, el día 18 de diciembre de 2000, la parte demandada presentó su escrito de dúplica sobre el fondo de la controversia.

32. Por medio de una carta de fecha 12 de febrero de 2001, el Tribunal, luego de haber consultado con los representantes de ambas partes, convocó aun a audiencia sobre el fondo de la diferencia a celebrarse los días 11 a 14 de marzo de 2001, ambas fechas inclusive, en la sede del Centro, en Washington, D.C. Por ese mismo medio, el Tribunal solicitó, de conformidad con las Reglas 33 y 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, información precisa de cada parte con respecto a la prueba que se proponía presentar y a la que se proponía pedir que el Tribunal solicitara, junto con una indicación de los asuntos sobre los cuales versaría dicha prueba.

33. Por medio de carta de 20 de febrero de 2001, la República del Paraguay transmitió al Centro la información requerida por el Tribunal, y solicitó la presencia del señor Eudoro Armando Olguín en la audiencia, para su interrogación. La parte demandante, a su vez, mediante carta de misma fecha, solicitó la presencia del señor Angel Canziani, para su interrogación.

34. Mediante carta de fecha 21 de febrero de 2001, el Tribunal de Arbitraje solicitó a las partes indicar los asuntos específicos sobre los cuales versarían las declaraciones de los señores Olguín y Canziani. Las partes proporcionaron la información solicitada dentro del plazo fijado por el Tribunal.

35. Consecuentemente, mediante carta de 23 de febrero de 2001, el Tribunal de conformidad con la Regla 34(2)(a) de las Reglas de Arbitraje, requirió a la parte demandante que presentara los siguientes testigos para

LAUDOS

su interrogatorio durante la audiencia sobre el fondo de la controversia: señor Eudoro Armando Olguín y señor Angel Canziani. En esa misma carta, el Tribunal instruyó a las partes sobre la forma en que se llevaría a cabo la audiencia.

36. De acuerdo con dichas instrucciones, la audiencia sobre el fondo de la diferencia se llevaría a cabo como sigue: La audiencia sobre el fondo de la diferencia comenzaría el domingo 11 de febrero de 2001, a las 10:00 a.m. Primero, el representante del Demandante haría una presentación oral de 30 minutos, y luego el representante de la Demandada haría lo propio durante otros 30 minutos. Posteriormente, cada parte tendría 15 minutos para presentar, a modo de réplica y dúplica, cualquier observación adicional que pudiera tener. Luego, cada uno de los testigos sería interrogado por el representante de la parte que solicitó su presencia y luego por el representante de la otra parte, contando cada parte con dos horas para la interrogación de cada uno de los testigos. Los Miembros del Tribunal podrían hacer preguntas a los representantes de las partes y a los testigos, y pedirles explicaciones en cualquier momento durante la audiencia. El tiempo utilizado en las preguntas del Tribunal y sus respuestas no se contaría dentro del tiempo asignado a cada una de las partes. Finalmente, los miembros del Tribunal se reunirían, privadamente, a deliberar durante el día 13 de marzo de 2001 y de ser necesario, el día siguiente.

37. La audiencia sobre el fondo de la diferencia se llevó a cabo según lo previsto los días 11 al 13 de febrero de 2001, en la sede del Centro en Washington, D.C. Estuvieron presentes en la audiencia: Miembros del Tribunal Señor Rodrigo Oreámuno, Presidente; señor Francisco Rezek, Árbitro, y señor Eduardo Mayora Alvarado, Árbitro. Secretaría del CIADI: Señor Gonzalo Flores, Secretario del Tribunal Demandante Señor Eudoro Armando Olguín en representación del Demandante: Dr. Gonzalo García-Calderón Moreyra ,En representación de la Demandada: Dr. Juan Carlos Barreiro Perrotta, Procurador General de la República del Paraguay También asistieron a la audiencia en representación de la Demandada: Dr. Benigno López, Banco Central del Paraguay Dr. Amelio Calonga Arce, Procuraduría General de la República del Paraguay Señor José María Ibáñez, Embajada del Paraguay en Washington, D.C.

38. La audiencia comenzó, según lo previsto, el domingo 11 de febrero de 2001 a las 10:00 a.m. Tras una breve introducción hecha por el Presidente

del Tribunal, el Dr. Gonzalo García-Calderón Moreyra, en representación del Demandante, hizo una exposición ante el Tribunal, refiriéndose a los argumentos señalados en sus escritos. En el curso de su presentación, y de conformidad con lo anunciado en su carta de fecha 20 de febrero de 2001, el representante de la parte demandante hizo entrega, por medio del Secretario, al Tribunal y a la parte demandada, de los documentos de prueba de sus pretensiones pecuniarias.

A continuación, los Doctores Juan Carlos Barreiro Perrotta, Amelio Calonga Arce y Benigno López hicieron una presentación ante el Tribunal en representación de la República del Paraguay.

39. Los señores Canziani y Olguín, testigos cuya presencia fue requerida por el Tribunal, concurrieron a la audiencia sobre el fondo de la controversia el hicieron sus respectivas declaraciones en ese orden, previa consulta en tal sentido con las partes. Ambos fueron interrogados por la parte que solicitó su presencia, contra interrogados por la otra parte y respondieron las preguntas del Tribunal. El interrogatorio, el contra interrogatorio y las preguntas formuladas por el Tribunal se llevaron a cabo en la sesión del 11 de febrero de 2001.

40. La audiencia prosiguió en la mañana del 12 de febrero de 2001. Durante ésta, los representantes de ambas partes hicieron sus presentaciones finales y fueron interrogados por el Tribunal, de acuerdo a lo programado. Asimismo, y de conformidad con lo solicitado por el Tribunal en el curso de la sesión del día 11 de marzo de 2001, ambas partes presentaron sus respuestas, por escrito, a preguntas específicas hechas por el Tribunal el día anterior. Los representantes, finalmente, entregaron al Secretario minutas escritas de sus alegatos orales, de acuerdo con lo sugerido por el Tribunal en carta del 23 de febrero de 2001. La audiencia concluyó con unas observaciones finales del Presidente del Tribunal.

41. Durante la tarde del día 12 de febrero de 2001 y durante el día 13 de marzo de 2001, los miembros del Tribunal se reunieron en la sede del Centro, en Washington, D.C., para deliberar. C. Declaración de cierre del procedimiento.

42. La Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI dispone que cuando las partes han terminado de hacer sus presentaciones se debe declarar cerrado el procedimiento.

LAUDOS

43. Habiendo examinado las presentaciones de las partes, el Tribunal llegó a la conclusión de que no había solicitudes de ninguna de ellas, ni ninguna otra razón para reabrir el procedimiento, como permite la Regla 38(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

44. En consecuencia, por carta de fecha 8 de mayo del 2001, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento, de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

III. Resumen de los hechos

45. En el mes de noviembre de 1993 el señor Juan Luis Olselli Pagliaro ocupaba un cargo en el Banco Central del Paraguay. Este señor le remitió al Ingeniero Olguín, una carta, en papel no membretado, fechada 3 de noviembre de 1993, en la que le informó "...de las gestiones realizadas ante la empresa "La Mercantil S.A. de Finanzas" conforme a lo conversado con Oscar y por nuestra cuenta." Básicamente la carta describe los tipos de interés que esa entidad financiera estaría dispuesta a reconocerle al señor Olguín por sus depósitos en dólares de los Estados Unidos de América o en Guaraníes, que serían del 11% y del 33% anuales, respectivamente.

46. También dice el señor Olselli en esa carta, que le está remitiendo el Informe Oficial del Banco Central del Paraguay, sobre La Mercantil y la posición que ella ocupa entre las empresas financieras del Paraguay. Concluye la misiva con el siguiente párrafo: "Este amigo de quien le hablé es el Lic. Tomás Rovira, Gerente General de la Financiera, a quien usted podrá ubicarlo en el teléfono que figura en su tarjeta."

47. Con fecha 16 de marzo de 1994, el mismo señor Olselli le envió una nota al Ingeniero Olguín, a la que adjuntó un boletín "...a los efectos de mantenerte informado sobre la Mercantil y su evolución en el mercado."

48. A partir del mes de diciembre de 1993, el Demandante, comenzó a hacer transferencias de capital, en dólares, a la República del Paraguay. Esas transferencias que llegaron a sumar la cantidad de US\$1.254.500,00 fueron convertidas a Guaraníes (Gs) y depositadas en una compañía financiera denominada "La Mercantil S.A. de Finanzas" (La Mercantil).

FALLOS INTERNACIONALES

49. Por el depósito de esas sumas se le entregaron al Señor Olguín “Títulos de Inversión” (TDI) que fueron sucesivamente renovados. En julio de 1995, existían los siguientes TDI:

- i. No 06361 por un valor de Gs 570.000.000, fechado 2/8/94,
- ii. No 2225 por un valor de Gs 481.250.000, fechado 23/6/95,
- iii. No 2226 por un valor de Gs 481.250.000, fechado 23/6/95,
- iv. No 2227 por un valor de Gs 508.200.000, fechado 23/6/95,
- v. No 2231 por un valor de Gs 231.000.000, fechado 4/7/95,
- vi. No 2232 por un valor de Gs 67.375.000, fechado 4/7/95,
- vii. No 2253 por un valor de Gs 67.982.500, fechado 6/7/95.

El primero de esos títulos se emitió a nombre del señor Angel Canziani Zuccarelli y los restantes a nombre del señor Eudoro Olguín. Estos últimos títulos tenían la rúbrica de un funcionario del Banco Central del Paraguay. Los siete títulos sumaban Gs 2.407.057.500,00.50. Con fecha 26 de agosto de 1996, se hizo a cada uno de esos títulos, con la excepción del emitido a nombre del señor Canziani, un abono de Gs 48.006.750. Aunque las partes no coinciden en cuanto a las consecuencias jurídicas de esa rúbrica, al Tribunal le resulta evidente que al título emitido a nombre del señor Canziani no se le hizo ese pago por carecer de la rúbrica de un funcionario de la Superintendencia de Bancos que sí tenían los títulos del señor Olguín.

51. Los fondos citados estaban destinados a financiar la instalación en

Paraguay de una fábrica de productos de maíz cuya propietaria sería la compañía denominada “Super Snacks del Paraguay S.A.” (Super Snacks).

52. El 25 de mayo de 1994, los señores Juan Luis Olselli Pagliaro y Tomás Gumercindo Rovira Barchello comparecen, junto con el Señor Olguín y otras personas, ante la Notaria Pública y Escribana Blanca Cilda Núñez Noguera, a otorgar la escritura de constitución de Súper Snacks del Paraguay S.A., son designados, respectivamente, como Vicepresidente y Director Titular de esa sociedad y suscriben, en ese acto, 12 acciones de Gs 1.000.000

LAUDOS

cada uno. Los estatutos sociales y personería jurídica de esa compañía habían sido aprobados el 26 de julio de 1994, por gestión del señor Olselli Super Snacks quedó inscrita el 22 de agosto de 1994 en el Registro Público de Comercio de la República del Paraguay.

53. En el mes de junio de 1994, la empresa “Análisis & Propuestas Consultores”, presentó al señor Olguín un “Estudio de Factibilidad Técnica, Económica y Financiera”, referente a la fábrica de productos de maíz. Según ese estudio, el proyecto demandaría una inversión de Gs 1.425.500.000, y sería financiado en un 36,9% con recursos propios de la empresa y en un 63,1% con recursos provenientes de la banca.

54. Con fecha 22 de septiembre de 1994, mediante resolución 415 del Ministerio de Industria y Comercio del Paraguay, se le concedieron a Super Snacks los incentivos fiscales establecidos en la Ley No 60/90.

55. En medio de una crisis económica que sufría el sistema financiero de la República del Paraguay, el 14 de julio de 1995 La Mercantil cerró sus operaciones y dejó de honrar el pago de los TDI.

56. Con fecha 18 de diciembre de 1994, entró en vigencia el Convenio entre la República del Perú y la República del Paraguay sobre la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, que tenía el propósito “...de crear y mantener condiciones favorables a las inversiones de nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante”.

57. En el mes de julio de 1995, estaba vigente en Paraguay la Ley No 417/73 que regulaba a los Bancos y otras entidades financieras y cuyo artículo 66 disponía: “Resuelta la disolución en los casos previstos en esta ley, el Banco Central del Paraguay administrará el activo y pasivo de la entidad al solo efecto de su liquidación y prestará ayuda financiera destinada al pago de los depositantes en cuenta de ahorro, con deducción de los encajes legales correspondientes a las cuentas de ahorro...”.

58. El 4 de diciembre de 1995, el Poder Legislativo de Paraguay aprobó la Ley No 797 de Estabilización y Reactivación Financiera que modificó el citado artículo 66 para que quedara redactado de la siguiente manera:

“Resuelto el retiro de la licencia para operar de una entidad financiera, el Banco Central del Paraguay garantizara el pago de los depósitos

constituidos por las imposiciones de dinero debidamente registrados en el pasivo de la entidad, bajo cualquier modalidad, en moneda nacional o extranjera, realizadas por las personas físicas o jurídicas, en los bancos, empresas Financieras y otras entidades de crédito, hasta el equivalente a cien salarios mínimos mensuales por cuenta”.

59. A partir del cierre de operaciones de La Mercantil, el señor Olguín, personalmente, y en representación de Super Snacks, realizó numerosas gestiones para tratar de recuperar los fondos depositados en esa entidad financiera.

IV. Consideraciones

60. Paraguay insiste en que el Tribunal examine el asunto de la nacionalidad del señor Olguín, tema que es naturalmente preliminar al examen del fondo. La idea de la demandada es que, por ser ese señor nacional peruano y, al mismo tiempo, nacional de los Estados Unidos de América, como supuestamente el orden jurídico peruano establece que en caso de binacionalidad el domicilio de las personas determina el ejercicio de determinados derechos por parte de esa persona, el señor Olguín, quien reside en los Estados Unidos, no puede alegar la protección del CBI.

61. Lo importante en este caso, para saber si el Demandante tiene acceso a la jurisdicción arbitral con base en el CBI, es únicamente determinar si él tiene la nacionalidad peruana y si esta nacionalidad es efectiva. No hay duda en cuanto a ese punto. No ha habido controversia en cuanto a que el señor Olguín tiene las dos nacionalidades, y que ambas son efectivas. Lo que entienda uno de sus dos estados patriales, o el otro, o acaso ambos, sobre, por ejemplo, el ejercicio por parte de esa persona de los derechos políticos, los derechos civiles, la responsabilidad por su protección diplomática y la importancia del domicilio para la determinación de tales derechos carece de importancia ante el hecho jurídico legítimo de que el señor Olguín tiene efectivamente las dos nacionalidades. Al Tribunal le basta la efectividad de su nacionalidad peruana para juzgar que no se le puede excluir del régimen de protección del CBI.

62. En el caso de la protección diplomática del binacional, tanto uno como el otro de sus Estados patriales tienen capacidad para actuar en su favor contra un tercer Estado, y este último no tendría cómo invocar, en el

plano internacional, normas que en el derecho interno del Estado protector sirvan para transferir el encargo de la protección –que además no es obligatorio– al Estado co-patrial en razón del domicilio de la persona o de otro factor semejante. El tercer Estado, el hipotético autor del acto ilícito que habrá causado daño al particular extranjero, sólo estaría autorizado por el derecho internacional, en este preciso dominio, a negar la legitimidad de la protección diplomática cuando falte un vínculo de nacionalidad efectiva entre el particular y el Estado protector; nunca por cuenta de reglas de derecho interno que, tanto en uno como en otro de los Estado co-patriales, sirvan para disciplinar el ejercicio de determinados derechos y que, además, podrían mostrarse discordantes entre si.

Pero aunque así no fuera, reglas internas de tal naturaleza, atinentes al otorgamiento de la protección diplomática a particulares, y por lo tanto a algo que según el derecho internacional es una prerrogativa del Estado patrial, no se podrían aplicar por analogía al caso del acceso al foro del CIADI, que tiene como uno de sus objetivos más importantes y singulares dar al propio particular el derecho de acción, excluyendo del proceso el endoso de su reclamación y toda otra iniciativa del Estado patrial, del cual sólo se requiere que sea parte del Convenio de 1965 y del CBI pertinente.

63. El Demandante pretende que la República del Paraguay le reintegre la parte no pagada de su inversión, que al 30 de junio de 1995 ascendía a Gs2.407.057.500,00, con el ajuste correspondiente por devaluación del Guaraní, desde junio de 1995 hasta la fecha del pago efectivo, los intereses sobre esa suma, durante igual periodo, a la tasa de interés pactada en los TDI, los daños y perjuicios ocasionados por la falta de pago del capital y las costas del proceso arbitral.

64. Afirma el señor Olgún que la responsabilidad del Paraguay se origina en cuatro causas diversas:(a) Los TDI fueron avalados por la Superintendencia de Bancos de la República del Paraguay, órgano del Estado paraguayo. (b) La República del Paraguay y sus órganos fueron negligentes al supervisar las actividades de La Mercantil y esa negligencia condujo al cierre de las operaciones de esa entidad financiera. (c) Hubo una actuación discriminatoria de la República del Paraguay y sus órganos que viola las

disposiciones del CBI, particularmente lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 4 de ese convenio³.

(d) La actuación de la República del Paraguay con respecto a la inversión del señor Olguín equivalió a una expropiación.

65. El Tribunal de Arbitraje seguidamente analizará cada uno de estos argumentos:

a) Este Tribunal no comparte la tesis de la parte demandante de que la rúbrica puesta en los seis TDI emitidos a nombre del señor Olguín constituye un aval u otro acto jurídico similar, capaz de obligar a la República del Paraguay a pagar ese título. Dejando de lado el tema de si la Superintendencia de Bancos estaba capacitada jurídicamente para obligar a la República de Paraguay extendiendo una garantía de esta clase, parece evidente que el efecto de esa rúbrica era únicamente el de registrar el TDI.

La doctrina ha discutido largamente sobre la posibilidad de crear títulos valores distintos de aquellos consagrados expresamente en determinado ordenamiento jurídico. La parte demandante ha dicho, reiteradamente, que los TDI eran unos documentos distintos de los certificados de depósito. Para poder concluir que cualquier firma puesta en uno de esos TDI constituye un aval o garantía similar se requeriría la existencia de una norma explícita de la legislación paraguaya que así lo dispusiera. La existencia de esa norma no está demostrada en el expediente.

b) Como se explicará más adelante en este Laudo, el Tribunal considera que la actitud general del Paraguay con respecto a las operaciones de La Mercantil no fue la más adecuada. Sin embargo, parece exagerado atribuirle a esa conducta descuidada el efecto de constituir a la República del Paraguay en responsable del pago de los TDI.

³ “ARTÍCULO IV: Protección-Tratamiento y Zona de Integración Económica (2) TRATAMIENTO: Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el acordado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por sus propios nacionales o al otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por nacionales de la nación más favorecida, siempre y cuando este último tratamiento fuere más favorable”.

LAUDOS

Le resulta obvio a este Tribunal que existen serias deficiencias en el ordenamiento jurídico paraguayo y en el funcionamiento de varios órganos de ese Estado. No pretende dilucidar este Tribunal si esa situación es más grave en Paraguay que en otros países. Lo que sí es evidente es que el señor Olguín, un avezado hombre de negocios, con una trayectoria empresarial de muchos años y una experiencia adquirida en el mundo de los negocios de varios países, no ignoraba la situación del Paraguay. Él tuvo sus razones (que este Tribunal no pretende juzgar) para invertir en ese país, pero no es aceptable que pretenda que se le indemnice por las pérdidas que sufrió al realizar una inversión especulativa o, en el mejor de los casos, poco prudente.

c) La afirmación de la parte demandante de que la República del Paraguay pagó totalmente la inversión del Hamilton Bank de los Estados Unidos de América no fue probada en el expediente. Tampoco demostró esa parte ningún otro caso en que se hubiere favorecido, de manera discriminatoria en contra del Señor Olguín, a otro acreedor paraguayo o extranjero. La ley número 797/95 de Estabilización y Reactivación Financiera buscó resarcir, en parte, las pérdidas que habían sufrido una gran cantidad de inversionistas, con el objeto de contribuir a paliar la grave crisis económica que vivía la nación paraguaya. Aunque en una pequeña proporción, el señor Olguín se benefició (al igual que muchas otras personas) con la promulgación de esta ley, la cual, al reformar el artículo 66 de la Ley No 417/73 amplió la cobertura de protección, que con el texto anterior estaba limitada a quienes tuvieren cuentas de ahorro, las cuales devengaban intereses muy exigüos.

d) Por muchos esfuerzos que realizó el Tribunal, no pudo entender el razonamiento de la parte demandante que pretende equiparar la pérdida de dinero que sufrió el señor Olguín con una expropiación. En esta una personase ve privada de un bien por un acto del Estado que hace suyo ese bien y, lógicamente, contrae la obligación de pagar su precio. En este caso no puede hablarse de que el Estado Paraguayo se hubiera apropiado de la inversión del señor Olguín, la cual se perdió por la crisis que sufrieron La Mercantil y el sistema financiero paraguayo en general. El Tribunal se referirá a estos temas con mayor detalle, más adelante.

66. Como se ha dicho, quedó demostrado claramente que el señor Olguín hizo una cuantiosa inversión en el Paraguay. Libremente y, al parecer,

aconsejado por varias personas, entre ellos los señores Olselli y Rovira, con quienes estableció una relación cercana, a tal punto que los nombró en el Directorio de Super Snacks, decidió convertir a guaraníes los dólares que trajo de otro país (para los efectos del CBI no importa cual)⁴, e invertirlos en La Mercantil, que le ofreció pagar un interés del 33% el cual, a la sazón, resultaba sumamente atractivo.

67. Al final de la substanciación de las diligencias de recepción de pruebas el Tribunal quiso asegurarse, consultando directamente a las partes, en presencia de ambas, de que su entendimiento –del Tribunal, se entiende– de la parte esencial de las tesis de cada una de ellas, tanto en relación con los hechos que se dieron, como con las consecuencias jurídicas que de ellos mismos se derivan, era sustancialmente correcto. Así se constató.

68. Dos de las dimensiones directamente relacionadas con dichas tesis, cuyo examen no podría omitirse sin menoscabo de la sustentación de este laudo, son: (a) la existencia o no de ciertas omisiones en cuanto al descargo de las obligaciones que competen a los órganos contralores del Paraguay, en materia de supervisión financiera; y (b) la existencia de una relación de causalidad entre tales omisiones –de haberlas– y la obligación de indemnizar que en su favor reclama el Demandante.

69. Ambas partes coinciden, si bien en diferente medida, en acusar, la Demandante, o en admitir, la Demandada, que la falencia de La Mercantil, ocurrida dentro del marco más amplio de una crisis financiera nacional, fue consecuencia de conductas irregulares llevadas a cabo por sus gestores, que se habrían podido detectar, hacer cesar y, si el caso fuera, sancionar,

⁴ Durante la audiencia sobre el fondo de la diferencia celebrada los días 11 al 13 de marzo de 2001 en la sede del CIADI en Washington, D.C., la República del Paraguay, argumentó que los fondos invertidos por el señor Olguín en el Paraguay, provenían, físicamente, de los Estados Unidos de América (lugar de residencia del Demandante), y que por lo tanto su inversión no estaba protegida por el CBI Perú-Paraguay. De conformidad con este argumento, para que una inversión se encuentre protegida por el CBI Perú-Paraguay, los fondos invertidos deben provenir del país del que el inversionista es nacional.

Este requisito no está señalado expresamente en el CBI y, por lo tanto, el Tribunal rechaza dicho argumento.

tanto en favor de la integridad del sistema financiero del Paraguay, como de los créditos de los inversores en títulos valores emitidos por La Mercantil.

70. Sin entrar en el análisis de las opiniones de terceros, sean medios de comunicación u otras entidades, sobre la problemática de índole político-social del Paraguay, que evidentemente rebasa el objeto de este Laudo, es posible, no obstante, hacer acopio de suficientes elementos de juicio para llegar a la convicción de la existencia de omisiones considerables por parte de los órganos públicos del Paraguay, que tenían a su cargo el deber de cautelar la integridad del sistema financiero de ese país, en torno, no solamente, pero de modo especial, a la inversión extranjera. Dicho de otra forma, los órganos de contralor financiero del Paraguay aparecen en autos como claramente omisos en cuanto a sus deberes de vigilancia, supervisión o fiscalización de los agentes del mercado financiero de su país, durante el período de tiempo en que se suscitaron los hechos que originaron esta controversia.

71. Dicho lo anterior, debe determinarse si existió en este caso un nexo causal idóneo para producir consecuencias jurídicas concretas, como son la obligación, por parte del Estado del Paraguay, y el derecho, por parte del señor Olguín, de exigir y obtener una indemnización por las pérdidas que sufrió. Esta cuestión requeriría la existencia de uno o más supuestos normativos a los que pudiesen subsumirse los hechos, con los efectos jurídicos antedichos.

72. Como resultado de un análisis cuidadoso del CBI, este Tribunal concluye que no hay en ese texto norma alguna que obligue al Estado en cuyo territorio se realiza una inversión a garantizar el pago de esa inversión en el caso de que resultara fallida.

73. Si el CBI hubiese contemplado como supuesto hipotético idóneo para producir consecuencias jurídicas como las pretendidas por el Demandante, que los Estados Contratantes incurrieran en graves omisiones en cuanto a sus deberes u obligaciones constitucionales y legales, dando lugar así a que terceros sufrieran pérdidas, podría haber sucedido que, a la luz de los hechos que se tuvieron por probados en este caso, este Tribunal de Arbitraje hubiera fallado en favor del Demandante. La probabilidad –y no la certeza– de tal desenlace obedecen a que, como ya se ha expresado en otras

partes de este Laudo, el Demandante contribuyó de modo significativo, dentro de su propio círculo de acción individual, a la realización de los hechos que a la vez censura. Sin embargo, esta hipótesis debe descartarse pues no existe en el CBI ninguna normativa referente a “omisiones graves” que pudieran dar fundamento a las pretensiones del Demandante.

Los alcances de los Convenios Bilaterales de Inversiones fueron precisados de manera categórica en el laudo emitido en el proceso arbitral entre el señor Emilio Agustín Maffezini y el Reino de España (Caso CIADI N° ARB/97/7).

Ese laudo, dictado por un distinguido Tribunal de Arbitraje el 13 de noviembre del año 2000 declaró en su párrafo 64:

“...el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios”.

74. Aun cuando, como se explicará en otra parte de este fallo, sería deseable que en el futuro existieran normas severas que impusieran sanciones económicas a los Estados que no cumplieren en forma estricta las labores de supervisión de las entidades financieras, es lo cierto que esas normas no existen ahora en la legislación paraguaya ni en el CBI. Agrega el Tribunal que tampoco existe en la mayoría de los países de la región.

75. No acepta este Tribunal la tesis de que el señor Olguín fue inducido a hacer su inversión por los boletines emitidos por el Banco Central del Paraguay.

Por lo contrario, considera el Tribunal que la prudencia habría aconsejado a un extranjero que llegaba a un país que había sufrido serios problemas económicos, ser mucho más conservador en sus inversiones.

76. Los boletines estadísticos del Banco Central del Paraguay (BCP) y de la Superintendencia de Bancos, con carácter oficial, sobre la situación de las diversas entidades integrantes del sistema financiero del Paraguay, deben entenderse publicados para que los diversos agentes económicos tomen decisiones de inversión o consumo. Es el caso que se agregó a los autos copia de algunos de dichos boletines, cuyo contenido no fue objetado por ninguna de las partes, que muestran, por ejemplo, que La Mercantil se situaba como la segunda empresa financiera de mayor patrimonio neto en el país al

LAUDOS

30 de septiembre de 1993 (la fecha figura en los tabulares, aunque no al pie de las gráficas de barras).

77. Esa situación contrasta con las declaraciones del señor Angel Canziani y del propio Demandante y con numerosas intervenciones del representante y de otros abogados del Estado paraguayo durante las audiencias de prueba, de las que se infiere que La Mercantil –entre otras entidades– emitió títulos de inversión que, habiendo debido reflejarse en los pasivos de la contabilidad de la emisora, circularon como “títulos negros”, como se les llamó por los abogados de la parte demandada. Sobre estas cuestiones se señala en el informe de “los Interventores del Banco Central del Paraguay en La Mercantil S.A. de Finanzas”, fechado 20 de octubre de 1995, cuya copia obra en el expediente, lo siguiente:

“Hemos observado que el volumen de las captaciones de la entidad al 28 de abril de 1995, ascendía a un total de G. 20,225 millones, manteniéndose relativamente estable hasta el 30 de mayo del corriente año. Sin embargo, a partir del 31 de mayo se inician sustanciales incrementos en las captaciones, en montos no registrados en el giro normal de la empresa, en contradicción a las justificaciones invocadas por la convocatoria.

Cabe señalar que dicha variación se debió al intento de legalizar las operaciones de captaciones paralelas, utilizando para ello indebidamente los instrumentos de captación autorizados por el Banco Central del Paraguay. Dicho intento hizo que el nivel de captaciones aumentara de G. 20.225 millones a G. 98.259 millones...”.

78. De manera entonces que La Mercantil emitió y puso en circulación títulos de inversión, a la fecha del informe de marras, por un monto aproximado de cinco veces el que aparecía en sus libros o registros contables. Después se afirma en el informe lo que sigue:

“... Mediante préstamos preferenciales otorgados a personas Físicas vinculadas (relacionadas ya sea laboral o comercialmente) y personas jurídicas vinculadas (Dimex S.A., Financiera Corpus SA., Publicity S.A., Laprofarm, Arami S.A., Super Snacks, Distrimport, entre otros) a la Mercantil S.A. de Finanzas, se desviaban fondos captados por la empresa, transgrediendo preceptos del art. 35 f) de la Ley 417/73 Gral. De Bancos y Otras Entidades Financieras...”.

79. Resalta la inclusión de “Super Snacks” entre las personas jurídicas vinculadas a La Mercantil. Pero en el contexto de estas consideraciones es más importante analizar estos hechos y circunstancias en torno a la existencia de omisiones por parte de las autoridades competentes del Paraguay, como se hará después.

80. También se relacionan con las averiguaciones de los interventores dos hechos que se admiten por ambas partes. Uno, que un funcionario del Banco Central del Paraguay (BCP), el señor Juan Luis Olselli Pagliaro, suministró al Demandante una recomendación escrita (comunicación fechada 3 de noviembre de 1993, antes mencionada) para que realizara operaciones financieras con La Mercantil; el otro, que el gerente general de esta última, el señor Tomás Rovira, y el señor Olselli accedieron a integrar el directorio de “Super Snacks” aparentemente sin consecuencia alguna en términos de la acción fiscalizadora de la Superintendencia de Bancos.

81. Quizás sería pretender un exceso de celo, exigir de los órganos de control financiero paraguayos la obligación de detectar y prevenir relaciones ocultas o “a la sombra” de funcionarios públicos (en el caso de Olselli) o privados (en el caso de Rovira), que los sitúan en claras situaciones de conflicto de interés legalmente censurables, como lo señalan los interventores de La Mercantil. Sin embargo, se dijo, anteriormente, ambos funcionarios llegaron al extremo de comparecer ante notario y escribano público a constituir, junto con el señor Olguín, “Super Snacks Paraguay Sociedad Anónima”.

82. No consta en el expediente hasta cuándo conservó el señor Olselli su condición de funcionario del BCP, lo cual podría ser un dato importante para considerar en su completa dimensión el hecho, de por sí bastante notable, que fue el señor Olselli quien hizo la “presentación” al Ministerio del Interior que condujo a la emisión del Decreto 4,861 del Presidente de la República (cuya copia figura en autos), por el cual se aprobaron los estatutos sociales de Super Snacks y se reconoció su personalidad jurídica.

83. Como se indicó en el párrafo anterior, el Tribunal quiso asegurarse de su comprensión precisa de las posiciones de las partes y, en ese sentido, constató que la tesis jurídica de la Demandante se funda, entre otras cosas, en la existencia de una expropiación, dentro del contexto y en los términos del artículo 6 del CBI. Dicha expropiación, se sostiene por el Demandante, sería una de naturaleza indirecta, conformada por omisiones

LAUDOS

como las que el Tribunal de Arbitraje refiere arriba, con carácter enunciativo, no exhaustivo. Dar al instituto jurídico de la expropiación el alcance que pretende otorgarle la parte demandante supondría, por parte del Tribunal de principios generales del derecho y de las normas de derecho positivo que definen y regulan la expropiación.

84. Para que se produzca una expropiación se requiere de actos que puedan considerarse razonablemente idóneos para producir el efecto de una privación del bien que pertenece al afectado, de modo tal que quien realiza tales actos adquiera, directa o indirectamente, el dominio o al menos los frutos de los bienes expropiados. La expropiación exige pues que se actúe teleológicamente en orden a su realización; para que se dé no es suficiente haber incurrido en omisiones, aunque estas fueren graves. Costas.

85. A pesar de que este Tribunal deniega la totalidad de las pretensiones del señor Olgúin, no considera justo imponerle el pago de las costas de este proceso. En primer lugar, el cuestionamiento que hizo la parte demandada de la jurisdicción de este Tribunal fue desechado por las razones que en su oportunidad se expusieron, de manera profusa.

En segundo lugar, como se ha expuesto en este Laudo en varias ocasiones, si bien la vigilancia que ejerció el Estado Paraguayo por medio de sus órganos no fue de una negligencia tal que le acarrearla la responsabilidad de pagar las pérdidas sufridas por la parte demandante, es lo cierto que tampoco puede ser considerada como ejemplar. Además, la conducta de la República del Paraguay ha dilatado innecesariamente este proceso al incumplir en forma reiterada los plazos establecidos por el Tribunal, en particular, las obligaciones impuestas por el reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. Por lo anterior, estima este Tribunal que es justo que las partes contribuyan con parte de los gastos que este proceso acarreó, dividiendo las costas procesales en partes iguales y asumiendo cada una los gastos de su representación legal.

V. Decisión

Por las razones expuestas, el Tribunal unánimemente resuelve:

1. Se deniegan en su totalidad las pretensiones del Demandante Eudoro

FALLOS INTERNACIONALES

Armando Olgúin. Arbitraje.

2. Cada parte pagará la mitad de las costas de este proceso y la totalidad del costo de su representación.
