

**“TRATADOS BILATERALES DE INVERSIONES (TBI) Y EL CONTRATO DE INVERSIÓN.
¿JURISDICCIÓN LOCAL O INTERNACIONAL? INTERACCIONES ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL
DERECHO PRIVADO”**

Ernesto VELAZQUEZ ARGAÑA

I. Introducción

En todo esquema de inversiones extranjeras es imprescindible establecer mecanismos eficientes y seguros encaminados a la resolución de las eventuales controversias surgidas entre los sujetos involucrados.

Atendiendo a que, en la generalidad de los casos, son los Estados -personas de derecho público- y los particulares (inversionistas) -personas de derecho privado- los jugadores principales en materia de inversiones extranjeras, en dicha realidad, se plantean cuestiones jurídicas complejas, que merecen tratamientos especiales, acordes a las circunstancias particulares.

La comunidad internacional, a través de diversos mecanismos, entre ellos los usos y costumbres, ha ido despejando dichas complejidades en aras del desarrollo económico –y de la expectativa de lucro- que conlleva toda inversión.

Es innegable que la existencia de mecanismos eficientes y confiables de solución de conflictos de inversión, en gran medida, ha venido propiciando la proliferación de la inversión extranjera en el mundo. En efecto, resultaría poco probable cualquier inversión extranjera si los exportadores de capital no estuvieran plenamente seguros de que existirían seguridades o garantías, expresados en instrumentos jurídicos idóneos, -y tribunales confiables-, que hagan posible la solución de las complejas cuestiones planteadas con las inversiones, que generalmente conecta a sujetos de distintas realidades culturales, sociales, con distintos sistemas jurídicos, tanto de derecho sustancial (fondo) como formal (procedimiento), y de diversos grados de desarrollo económico.

En este diseño, encaminado a zanjar las diferencias culturales y jurídicas entre los Estados y los particulares (inversionistas), cobra fundamental importancia los **Tratados Bilaterales de Inversión o “TBI”**, que configuran instrumentos internacionales que establecen las reglas de juego de una inversión extranjera, que atañe a nacionales que invierten en un Estado signatario y al mismo Estado que recibirá la inversión.

Los TBI configuran tratados internacionales¹ y, consiguientemente, se hallan regidos por el derecho internacional público. Conforme al referido derecho, la violación de sus disposiciones configura una contravención al derecho internacional, hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional², lo cual trae aparejado consecuencias jurídicas (reparaciones).

1 Conforme a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, art. 1, 2, a) “...se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;...”. http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/Convencion_Viena.pdf

2 Conforme al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional, organismo de las Naciones Unidas, en el año 2001, “...todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad de este” (art. 1). El Art. 3 del referido Proyecto determina los elementos. El elemento subjetivo aparece en el apartado a) y radica en que “...un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el derecho internacional al Estado”. Por su parte el elemento objetivo se da cuando “...ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado”. Vide: GONZALEZ CAMPOS, Julio,

En el caso de la República del Paraguay, los tratados internacionales forman parte del derecho interno, en segundo rango de jerarquía legislativa, conforme al Art. 137 de la Carta Magna³, ocupando la Constitución Nacional el carácter de norma fundamental.

Es importante destacar que el rango de validez normativa de un tratado internacional está determinado por cada sistema constitucional.

Es así que para algunos Estados, los tratados internacionales gozan de mayor jerarquía que la Constitución Nacional-como el caso de la República Argentina, con relación a los tratados de derechos humanos, por ejemplo-. Para otros, los tratados internacionales tienen el mismo rango de una ley –como es el caso de los Estados Unidos de América-, y por lo tanto pueden ser derogados por leyes posteriores

Otro elemento clave en el complejo universo de las inversiones es el llamado **contrato de inversión**, que constituye un instrumento, principalmente regido por el derecho privado suscripto por el Estado (*De iure gestiones*⁴) -generalmente una institución, repartición, autoridad estatal- con un sujeto de derecho privado extranjero, donde se establecen los términos específicos de la inversión; por ejemplo, los referidos a la construcción de obras de infraestructura, la prestación de un servicio determinado, provisión de equipamientos, etc.

En los casos que serán citados más adelante, se percibirá la interrelación –y hasta tensión- que existe entre estos dos instrumentos esenciales para la inversión extranjera.

II. La protección de las inversiones y la resolución de controversias internacionales derivadas de la inversión extranjera

La República del Paraguay es signataria de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969. No todos los Estados del mundo son signatarios de esta Convención Internacional. No obstante, una gran mayoría de la comunidad internacional la ha adoptado⁵.

Ahora bien, en lo que casi todos los Estados coinciden es en la adopción de sistemas de protección de las inversiones, y particularmente del diseñado por el Convenio de Washington de 1965, que crea el Centro Internacional de Disputas de Inversiones (CIADI). En efecto, en la actualidad, más de 150 Estados del mundo, han ratificado la referida Convención, por lo que podemos afirmar, que el sistema de protección de las inversiones es *quasi* universal⁶.

SANCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y ANDRES SAENZ DE SANTAMARÍA, Paz; Curso de Derecho Internacional Público, Editorial Civitas S.A., Madrid, España, 1998, p. 321, 324, y sigtes.

3 Constitución Nacional de la República del Paraguay, Art. 137. De la Supremacía de la Constitución: “La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado...”.

4 A diferencia de la actuación “*De jure imperii*”, -regida por el derecho público-, que se verifica cuando el Estado despliega una función propia, por ejemplo, recaudar impuestos, ejercer la soberanía territorial, defensa, entre otros, funciones que son del dominio reservado del Estado (reserved domain), y privadas de cualquier injerencia internacional (Art. 2, inc.7), Carta de las Naciones Unidas).

5 Vide: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1498>

6 Vide:

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>

Este sistema de protección, creado dentro del ámbito del Banco Mundial, otorga seguridad jurídica a los inversionistas, que requieren previsibilidad en el retorno de sus inversiones.

Ahora bien, dentro del esquema de protección y como ya ha sido mencionado más arriba, los TBI son piezas fundamentales y necesarias. Estos contienen, entre otros elementos, los derechos y obligaciones de los Estados donde se radican las inversiones y de los inversionistas, y la no menos importante cláusula de solución de controversias.

Esta cláusula generalmente, contempla un arbitraje internacional, ya sea dentro del esquema de la Convención de Washington (CIADI), arbitraje institucional, o -mucho menos recurrido-, un arbitraje *ad-hoc* regido por reglamentos de arbitraje particulares (no por instituciones arbitrales), como ser, por ejemplo, el aprobado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés).

Por su parte, en el contrato de inversión, a los efectos de que sea excitado el sistema de protección del sistema del Convenio de Washington, debería necesariamente establecer que en caso de controversias éstas serían resueltas por arbitraje internacional bajo las reglas del CIADI.

Obviamente, conforme al principio de libertad contractual, las partes tendrán la libertad de elegir el tipo de solución de controversias⁷ y la ley aplicable que estimen más adecuados. En otras palabras, no existe obligación de que los Estados pacten el sistema CIADI en los contratos de inversión. No obstante, un gran número de inversiones está regido por dicho sistema de solución de conflictos.

El caso conocido como *BIVAC v. República del Paraguay*, decidido recientemente por un tribunal constituido bajo el CIADI, planteó la disyuntiva jurídica de la supremacía del contrato de inversión o del TBI cuando, por un lado, las partes, en el contrato de inversión, acordaron la aplicación exclusiva la jurisdicción local, y por el otro lado el TBI (suscripto entre el Estado del cual el inversionista es nacional y el Paraguay) estableció que las controversias serían decididas por un tribunal de arbitraje CIADI.

La cuestión dilucidada por los árbitros fue la siguiente: ante la existencia de dos instrumentos jurídicos relevantes para una inversión -contrato y tratado internacional-, que establecen distintos medios de solución de conflictos, cuál regiría ¿la norma interna o la internacional?

Este caso, al igual que en el caso *SGS v. República del Paraguay*, la fundamentación del laudo –y sobre todo la existencia de disparidad de criterios en los árbitros- dejó en evidencia la notable tensión generada por la interrelación de disposiciones del derecho privado (contrato de inversión) vis-a-vis el derecho público (TBI), en lo que concierne al arbitraje de inversiones.

En efecto, en uno de los casos (*BIVAC v. República del Paraguay*), el tribunal arbitral determinó que antes de abocarse a determinar si existieron violaciones de normas internacionales, debería primeramente recurrirse a la jurisdicción pactada en el contrato, por ser el reclamo de naturaleza contractual, aplicándose, entonces, el derecho contractual (contrato de inversión).

Curiosamente, en otro caso muy similar (*SGS v. República del Paraguay*), el tribunal arbitral determinó que primaba el derecho internacional público (TBI), a pesar que las partes hayan expresamente acordado en el contrato que la jurisdicción sería la de los tribunales de la ciudad de Asunción.

⁷ Entre ellos, medios diplomáticos o políticos, a saber, negociaciones, mediación, conciliación, investigación, principalmente; o medios jurídicos, a saber, arbitraje –medio más recurrido-, o solución judicial, recurriendo a un tribunal jurisdiccional nacional.

Antes de hacer referencia a los citados casos -en cuya oportunidad se hará énfasis en el caso BIVAC-, consideramos muy importante, ahondar -aún más- en el concepto y la importancia de los TBI, que son los instrumentos internacionales que, generalmente, establecen la jurisdicción del CIADI.

III. Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI): Importancia, aplicación e interpretación

Como fue mencionado más arriba, los TBI son instrumentos internacionales, regidos por el Derecho Internacional Público (“DIP”), estructurados para la protección integral de inversiones extranjeras en un Estado determinado, y generalmente suscriptos entre personas de derecho privado, nacionales de países exportadores de capitales, y Estados receptores de capitales⁸. Como se podrá colegir, en la otra parte de la relación jurídica planteada con el TBI casi siempre existe un país en vías de desarrollo involucrado.

Como muchos autores lo señalan, los TBI vienen a mitigar los efectos de la ausencia de un convenio multilateral que codifique las reglas de protección de las inversiones⁹, o de la ausencia de leyes específicas sobre inversiones en los Estados receptores de capital.

En ese sentido, los TBI son considerados -por los inversionistas, exportadores de capital- como “esenciales” para la protección de sus inversiones, pues mediante la suscripción, aprobación, ratificación y canje de los mismos por parte de los Estados involucrados en una inversión determinada, existirá -si es que no se pactara otra cosa en el contrato de inversión- la obligación de recurrir al arbitraje en caso de controversias surgidas de una relación de inversión (entre Estados e inversionistas nacionales del otro Estado signatario). Con esto se evita recurrir a la jurisdicción del Estado donde la inversión se encuentra radicada.

En otras palabras, la cláusula de resolución de controversias del TBI, mitiga el temor y la desconfianza que despierta en los inversionistas extranjeros los tribunales jurisdiccionales del Estado donde la inversión se encuentra radicada, en el entendimiento de que los mismos podrían estar sesgados en la defensa de los intereses del Estado receptor de la inversión. Esta es una preocupación atendible, sin lugar a dudas.

Por lo mencionado precedentemente, sería bastante improbable que el arbitraje de inversión hubiera alcanzado la notoriedad actual sin la existencia de los TBI¹⁰.

A su vez, los TBI hubieran quedado desprovistos de su eficacia actual si los Estados no hubieran ratificado el Convenio de Washington -parte esencial del sistema de protección internacional de las inversiones-, pues es este tratado el que establece la obligatoriedad de los Estados parte, en caso

8 Sin embargo, los flujos de inversiones directas no están únicamente sujetos a cientos de TBI, sino a una cantidad creciente de acuerdos multilaterales de inversión, regímenes regionales integración económica y de libre comercio e instrumentos internacionales de aplicación no obligatoria. Vid. ALVAREZ, José, *The Regulation of Foreign Direct Investment: Introduction*, 42 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 2 (2003).

9 VIVES CHILLIDA, Julio, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1998. cit. pp.43.

10 MC LACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence, WEINIGER, Matthew, afirman en su obra “International Investment Arbitration”, que: “The large number of treaty arbitrations in recent years has been a product of an exponential growth in the number of BITs. The first BIT was signed in 1959 between Germany and Pakistan. By 1970 there were 72 BITs, by 1980 165, and by 1990 385. The number have grown ever faster since 1990 and the global total at the end of 2005 was put at 2.495”, según datos de la UNCTAD, *Investment Report 2006-FDI FROM Developing and Transition Economies Implications for Development* (2006) 26, citado en MC LACHLAN, SHORE, WEINIGER, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, 2007, pp. 26.

que eso se haya acordado, de recurrir al arbitraje institucional del CIADI cuando existan controversias internacionales derivadas de las inversiones¹¹.

Los TBI no solamente establecen la forma de solución del conflicto, sino también las obligaciones de los Estados relativas a inversiones en el otro Estado signatario que involucran a nacionales - personas físicas o jurídicas- de ese Estado.

Como tratados internacionales, los TBI están regidos por el Derecho Internacional Público, y particularmente por el llamado "Derecho de los Tratados". En tal sentido, en caso de que ambos países signatarios del TBI fueran parte de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados¹² se aplicarían las disposiciones de la misma en la relación jurídica convencional entre Estados.

Cabe señalar que, no obstante a que la Convención de Viena de 1969 condensa y cristaliza el derecho consuetudinario internacional en materia de tratados, es posible que las disposiciones de la citada Convención -dependiendo de la conducta de los Estados involucrados en la controversia-, sean de aplicación en las relaciones jurídicas surgidas del TBI¹³, aún sin que estos Estados -o solo uno de ellos- sean signatarios.

En los casos citados precedentemente, no sería de aplicación la Convención de Viena de 1969 *per se*, pero sí la costumbre internacional contenida en sus disposiciones de conformidad al Art. 38 (2), relativo a las fuentes del derecho internacional, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (único Anexo de la Carta de Naciones Unidas).

11 Art. 25 (1) del Convenio de Washington de 1965: "(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...".

12 La República del Paraguay ha ratificado la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 por Ley N° 289 del 28 de octubre de 1971. Transcripción del Convenio en: <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/Normativas/CONVENCIONDEVIENADE1969SOBREELDERECHODETRATADOS.pdf>

13 La Costumbre Internacional debe ser la prueba de una práctica general aceptada como derecho (Art. 38(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Como lo afirma BRIERLY, lo relevante es que exista un reconocimiento general entre Estados de que ciertas prácticas son obligatorias. Los elementos de la costumbre son: (a) Duración: siempre que sea probada la consistencia y la generalidad de una práctica, no es requerida ninguna duración particular, el paso del tiempo configurará no obstante parte de la prueba de la generalidad y consistencia. La Corte Internacional de Justicia no considera éste como un elemento definitivo. (b) Uniformidad: consistencia en la práctica. Una completa uniformidad no es requerida, pero sí una uniformidad sustancial. En el caso de las Pesquerías (Fisheries Case) en ICJ Reports 1951, p.116-131, la Corte rechazó aceptar la existencia de una regla de 10 millas para las bahías. El caso más importante al respecto, es el caso de Asilo (Asylum Case), en ICJ Reports (1950), a 276-7. (c) Generalidad de la Práctica: este elemento complementa el de la consistencia. La universalidad de la práctica no es requerida, el verdadero problema es determinar el valor de la abstención de protestar por un gran número de Estados en el caso de la práctica seguido por otros. (d) Opinio Juris et necessitatis: El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia refiere a una "práctica general aceptada como derecho". Este es un elemento psicológico. Debe existir un sentido de obligación legal, contrario a motivo de cortesía, equidad, moralidad (BROWNLIE). En muchos casos la Corte Internacional de Justicia, debido a la dificultad de la prueba, asume la existencia de una opinio juris sobre la base de evidencia de una práctica general. En otros casos, adopta un aproximamiento más riguroso dependiendo de los hechos involucrados. Cabe destacar que la manera de evitar la formación de una costumbre es a través de una objeción persistente (persistent objection). La existencia de una objeción debe ser clara y existe una presunción de aceptación que debe ser refutada. Vide: BROWNLIE, Ian, Principles of Public International Law, Oxford University Press, pp. 4-11.

Como todos los tratados los TBI deben ser interpretados de buena fe, “... conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”¹⁴.

También es importante destacar, como lo expresó el CIADI en el laudo del caso *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Sri Lanka*, que: “...el tratado bilateral de inversiones no es un sistema jurídico cerrado y completo, limitado a proporcionar normas materiales sustantivas de aplicabilidad directa sino que ha de contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que normas de otras fuentes se integran a través de métodos de incorporación implícita o por referencia directa a ciertas normas suplementarias, ya sean de naturaleza jurídica internacional; ya de derecho interno”. En otras palabras, la protección de la inversión, también encuentra sustento en el derecho internacional público y aún en el derecho interno de los Estados¹⁵.

La crítica del sistema del CIADI está centrada, justamente, en que este no es más que un esquema de protección de los intereses de inversionistas de países desarrollados, en detrimento de los intereses de países en vía de desarrollo, los cuales necesitan críticamente las inversiones extranjeras para desarrollarse, y se ven “obligados” a aceptar las condiciones impuestas por el Convenio y los TBI. Los detractores alegan que este es un esquema ideado por el Banco Mundial, direccionado por países desarrollados, para asegurar las inversiones -e incluso como medio de control de estos países- ejercen abusivamente derechos de protección en perjuicio de la soberanía económica de los Estados en vía de desarrollo.

En años anteriores, esta crítica estuvo centrada en el discurso de Presidentes de gobiernos socialistas de América Latina, particularmente los casos de Ecuador, Venezuela y Bolivia y Argentina; crítica esta exacerbada por la cantidad importante de casos llevados al CIADI contra estos Estados por inversionistas internacionales.

IV. Origen y evolución de los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI)

A los efectos de una mejor comprensión del sistema de solución de controversias de inversiones, resulta oportuno referir, brevemente, a los antecedentes históricos relativos a esta materia.

Los TBI tienen su origen en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación-de profusa utilización a finales del siglo XIX y principios del siglo anterior-, cuyas cláusulas generalmente eran esencialmente uniformes. En efecto, dichos tratados generalmente contienen una cláusula de obligación de trato nacional y de nación más favorecida, protección de la propiedad privada y solución de controversias, las cuales se resolvían por negociaciones diplomáticas, y eventualmente recurriendo a estrados internacionales -como ser el Tribunal Permanente de Justicia Internacional,

14 Conforme al Artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, referente a la “Regla general de Interpretación”: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3) Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

15 ILM, vol. XXX. 1991, 3, pp. 577-655, (p.587).

o su sucesor la Corte Internacional de Justicia- para lo cual debían agotarse necesariamente los recursos internos¹⁶.

Desde los años sesenta -y especialmente a partir de los ochenta-, del siglo XX los Estados han suscrito numerosos TBI¹⁷. También fueron negociados TBI multilaterales derivados de acuerdos de integración, que incluyeron provisiones sobre protección de inversiones. Entre estos últimos tratados, a modo de ejemplo, se cuenta con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), entre Estados Unidos de América, México y Canadá. Otro acuerdo multilateral destacable es el “Tratado de la Carta de la Energía”, a nivel de la Unión Europea, que regula la prospección, exploración y extracción del petróleo, gas, carbón y uranio; la creación de centrales energéticas y medios de transportes, así como la distribución y almacenamiento de materiales energéticos¹⁸.

El primer TBI fue suscrito entre Alemania y Pakistán en el año 1959; fue una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación, aunque no contenía muchas de las cláusulas modernas. Como lo señala GARCÍA BOLÍVAR creó el paradigma de lo que después se convertiría en un sistema acabado de protección al inversionista y a la inversión extranjera¹⁹.

El mismo autor argumenta que entre los motivos del nacimiento de los TBI -en donde se extendía la protección a los inversionistas extranjeros a distintos supuestos de hecho y se les daba la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante un tribunal arbitral internacional-, fue el resultado del caso *Barcelona Traction* ventilado ante la Corte Internacional de Justicia²⁰.

16 Vide: BLUMENWITZ, *Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*, en R. Bernhardt (Ed.), EPIL, Amsterdam. Max Planck Institute, Installment 7, 1984, pp. 484-490 en VIVES CHILLIDA, op.cit. pp. 44. En la década de 1950, Estados Unidos diseñó un programa de Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación que no obtuvo el éxito deseado por sus ideólogos. Vide: SALACUSE, Jeswald, & SULLIVAN, Nicholas P., *Do BITs Really Work?, An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46 HARV. INT’L L.J. 68 (2005). Los referidos tratados, al poco tiempo de su introducción, se tornaron poco atractivos para los países en desarrollo que mostraron un abierto escepticismo sobre sus ventajas. Alrededor de la misma época, varios Estados europeos promovieron negociaciones que culminaron en la suscripción y ratificación de una serie de exitosos tratados bilaterales de inversión. Vide: VANDELDE, Kenneth, *United States Investment Treaties, Policy and Practice* 29, 30(1992).

17 Por su parte, Estados Unidos de América no negoció la suscripción de un TBI sino hasta principios de la década de 1980, en que inició la ejecución de su Programa de Tratados Bilaterales de Inversión. El Programa de TBI de los Estados Unidos y otros similares promovidos por países desarrollados culminaron en una masiva suscripción de esta clase de tratados, ocurrida sobre todo a finales de la década de 1980 y en la década de 1990. Vide: LOWENFELD, Andreas E, *Investment Agreements and International Law*, 42 COLUM. J.TRANSNAT’L L. 125 (2003). La política en favor de los TBI estaba concebida para lograr tres objetivos principales: (i) proporcionar protección adecuada a los inversionistas en países en los cuales sus derechos aún no estaban cubiertos por acuerdos existentes; (ii) persuadir a otros Estados a implementar y ejecutar políticas de mercado que otorguen un trato justo y equitativo a los inversionistas extranjeros; y (iii) contribuir al incremento de normas de derecho internacional consistentes con los dos propósitos anteriores. Vide: LANG, Jeffrey, *The International Regulation Of Foreign Direct Investment: Obstacles and Evolution*, 31 CORNELL INT’L L.J. 457 (1998).

18 Vide: Tratado sobre la Carta de la Energía (Lisboa, 17 de diciembre de 1994); también WÄLDE, W, *International Investment under de 1994 Energy Charter Treaty*, JWT, vol. 29, 1995, 5, pp.5-72; SALACUSE, J.W., *The Energy Charter Treaty and Bilateral Investments Treaty Regimes* en Th. Wälde (Ed.), *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*, London, Kluwer, 1996, pp. 321-348, citados en VIVES CHILLIDA, pp.46.

19 GARCÍA BOLÍVAR, Omar, *Nociones Básicas del Arbitraje Internacional de Inversiones*, <http://www.bg-consulting.com>, pp.2.

20 El caso *Barcelona Traction* decidido en el año 1970 ante la Corte Internacional de Justicia, involucró al Reino de Bélgica contra España, derivado de expropiaciones realizadas por el gobierno español de una central eléctrica, la que luego fue declarada en quiebra, que afectó los intereses de inversionistas (accionistas) belgas, que solicitaron la protección diplomática del Reino de Bélgica. Finalmente, la Corte de la Haya resolvió que no existió legitimación activa del Reino de Bélgica, y estimó, entre otras cosas, que: “El gobierno belga estaría legitimado para presentar una reclamación si pudiera demostrar que uno de sus derechos ha sido lesionado y que los actos alegados han causado la violación de una obligación

El remedio encontrado para evitar que decisiones similares a *Barcelona Traction* soslayaran la protección internacional a la subsidiaria de un inversionista extranjero, fue incluir disposiciones expresas en los TBI según las cuales las subsidiarias de un inversionista extranjero tendrían la nacionalidad del inversionista extranjero, independientemente del lugar de registro de la subsidiaria e incluso si ésta se hubiera registrado en el Estado anfitrión²¹.

V. Incumplimiento de los TBI y la responsabilidad internacional

Al igual que todo tratado, el TBI obliga a los Estados que lo suscriben, y su incumplimiento conlleva la responsabilidad internacional del Estado incumplidor. La responsabilidad internacional se verifica cuando es realizado un hecho -que puede constituir una acción o una omisión- realizado por un Estado contra otro Estado, siempre y cuando el mismo sea violatorio del derecho internacional.

Por lo mencionado, para que un hecho constituya responsabilidad internacional deben concurrir necesariamente dos elementos (i) el objetivo, el hecho ilícito, la acción u omisión violatoria del TBI; y (ii) el subjetivo: la comisión u omisión por un Estado contra los intereses de otro Estado²².

La violación del TBI por parte de un Estado se concreta con la contravención de disposiciones convencionales a las que está obligado a cumplir conforme al derecho internacional -y particularmente, con la violación del principio *pacta sunt servanda* ("los tratados deben ser cumplidos"), piedra angular del derecho internacional y sustento estructural de la comunidad de naciones-.

En todo TBI, las disposiciones principales son las que protegen las inversiones -para lo cual generalmente en el tratado se definen en qué consisten estas-; el trato justo y equitativo; trato nacional; la cláusula de la nación más favorecida; compensación total (*full compensation*); protección de expropiación; cláusulas de protección general (*umbrella clauses*); compensación por pérdidas; transferencia de fondos; solución de disputas, entre otros²³.

La responsabilidad internacional no involucra al Estado *strictu sensu* -por ser éste una ficción jurídica-, sino a sus agentes, quienes por representar al Estado, comprometen la responsabilidad de éste con sus actuaciones.

Ahora bien, cómo son cometidos generalmente actos violatorios de un TBI?

Podría tratarse -por ejemplo- del incumplimiento de una obligación contractual (contrato de inversión), que configure una contravención de una cláusula de un TBI.

Por ejemplo, las empresas BIVAC y SGS alegaron ante el CIADI que la República del Paraguay, a través del Ministerio de Hacienda, había incumplido con el pago de facturas derivadas de Contratos de Servicios de Pre-embarque de Mercaderías de Importaciones, amparados -supuestamente- en los TBI suscritos entre las Repúblicas del Paraguay y de Holanda y de la Confederación Helvética,

internacional derivada de un tratado o de una regla general de derecho". (CIJ, Recueil 1970, p.46). Como se podrá notar, distinto hubiera sido el caso si existiera un Tratado Bilateral de Inversiones entre España y Bélgica.

21 GARCÍA BOLÍVAR, op.cit. pp. 4. En el caso *Barcelona Traction*, la empresa estaba constituida y registrada bajo las leyes de Canadá.

22 Autores del derecho anglosajón, notoriamente BROWNLIE, alega que la naturaleza de la responsabilidad de los Estados no está basada en el delito de la ley local, y que "responsabilidad internacional" tiene que ver con el incumplimiento de un tratado o de cualquier incumplimiento de un deber legal. Vide: BROWNLIE, Ian, op.cit. p. 433-434.

23 MC LACHLAN, SHORE, WEINIGER, op.cit. pp. 26-34.

respectivamente, fundamentando dicha violación en la cláusula de protección general o cláusula paraguas de los TBI.

También quedaría configurada la responsabilidad internacional de un Estado si, por ejemplo, el Estado -a través de su Poder Judicial- no ejecutara un laudo CIADI en violación de las disposiciones del Convenio de Washington, que establece que los laudos arbitrales son obligatorios para las partes y tienen la misma fuerza de una sentencia firme de un Estado signatario -es decir no necesita ser reconocida por el otro Estado-²⁴.

Este último caso configuraría lo que la doctrina denomina “denegación de justicia” (responsabilidad internacional cometida por el Poder Judicial), y podría habilitar al Estado de la nacionalidad del inversor perjudicado -conforme a la protección diplomática, prerrogativa de todo Estado- a iniciar una demanda internacional contra el Estado incumplidor ante la Corte Internacional de Justicia, órgano principal de las Naciones Unidas, con sede en la ciudad de La Haya, Países Bajos.

A los efectos de excitar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia ambos Estados deben dar su voluntad para el sometimiento a dicho tribunal, ya sea por medio de un compromiso, de una cláusula convencional (Art. 36 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) o de la cláusula opcional (Art. 36 (2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Esta última importa el sometimiento obligatorio a la Corte Internacional de Justicia, siempre y cuando ambas partes hayan acordado tal consentimiento. Esto se verifica generalmente antes de la contienda, por medio de una declaración general remitida por los Estados a la Organización de Naciones Unidas²⁵.

VI. ¿Contrato de Inversión o TBI? *BIVAC v. República del Paraguay*

En el caso *BIVAC v. República del Paraguay*²⁶, la firma BIVAC, con registro en el Reino de Holanda, recurrió al CIADI conforme a las disposiciones del TBI suscripto entre la República del Paraguay y el referido reino. El TBI contemplaba, entre otras, cláusulas de trato justo y equitativo, prohibición de expropiación, y la de protección general también denominada “cláusula paraguas”.

24 Conforme al Artículo 53 “(1) 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. (2) A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52”. Por su parte, el Artículo 54 dispone “(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. (2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General. (3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”.

25 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art.36.2.

26 <http://www.italaw.com/3DA3B096-0764-4382-80C5-BBA169A55C96/FinalDownload/DownloadId-23FFA273F725F7E03C9310A67250E41F/3DA3B096-0764-4382-80C5-BBA169A55C96/sites/default/files/case-documents/ita0103.pdf>

El TBI establecía que en caso de conflictos derivados de la inversión, los mismos deberían ser ventilados en tribunales arbitrales constituidos bajo el Convenio de Washington de 1965 (CIADI). Asimismo, establecía que cualquier violación a la inversión sería considerada una violación al TBI y merecería la posibilidad de excitar la jurisdicción del CIADI (cláusula paraguas).

Ahora bien, la controversia estuvo basada en un contrato de servicios que los inversionistas (BIVAC) habían suscripto con el Ministerio de Hacienda (Contrato de Servicios de Pre-embarque de Mercaderías de Importaciones) donde se establecía claramente que en caso de controversias las partes debían someterlas, exclusivamente, a la jurisdicción de los tribunales de la ciudad de Asunción (cláusula novena).

Ante la falta de pagos de facturas por servicios, y luego de varios años de reclamos extrajudiciales, BIVAC decidió directamente recurrir al tribunal del CIADI, conforme a la cláusula del TBI, alegando -entre otras cosas- que independientemente que se haya pactado la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Asunción, debería ser de aplicación la cláusula paraguas (de protección general) -y en tal sentido ser aplicable la cláusula de controversias del TBI-, pues existió una violación de la inversión ante la falta de pago de las facturas derivadas del contrato.

La República del Paraguay, entre otras cosas, argumentó enfáticamente que no regía la jurisdicción del CIADI -y que existía por tanto una incompetencia de jurisdicción-, atendiendo al hecho de que las partes voluntariamente habían pactado la jurisdicción exclusiva de los tribunales de la ciudad de Asunción para las disputas contractuales, y que ésta debe regir, porque indudablemente esta era una disputa contractual, y no de derecho internacional.

El tribunal arbitral, luego de realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia arbitral del CIADI con relación a la aplicación de la cláusula de protección general (paraguas) ante pactos de jurisdicción local, determinó que la pretensión de BIVAC con relación al TBI todavía era inadmisibles. No obstante, curiosamente -y en una resolución sin precedentes- declaró que la pretensión de BIVAC no podría ser rechazada (*dismissed*), sino suspendida (*stayed*), hasta que sea agotada la vía contractual en los tribunales de Asunción, y los derechos establecidos en el TBI no se vieran comprometidos.

Determinó que siendo el fundamento de la controversia la falta de pago de facturas provenientes de un contrato de servicio, la contienda tenía naturaleza estrictamente contractual.

El razonamiento del tribunal arbitral fue acertado desde el punto de vista legal, por ser la cuestión planteada eminentemente contractual, y atendiendo a que la controversia aún no había sido decidida en los tribunales de la ciudad de Asunción, jurisdicción exclusiva pactada en el contrato de inversión.

Asimismo, el tribunal arbitral concluyó que solamente en caso que la República del Paraguay -luego de excitada la jurisdicción local- incumpla lo determinado por los jueces -y siempre y cuando no exista violación del trato justo y equitativo- podría configurarse la aplicación de la cláusula paraguas (establecida en el TBI, regido por el derecho público).

Lo llamativo en este caso es que el tribunal arbitral no rechazó la pretensión de BIVAC sino que declaró una suspensión del procedimiento arbitral (*stay*) hasta tanto sea resuelta la cuestión contractual por parte de los tribunales de Asunción²⁷.

27 La parte final del laudo, expresa: "For the reasons set out above, assuming that Article 3(4) of the BIT provides a basis for the exercise of jurisdiction by the tribunal over claims relating to the Contract, we conclude that the claim in relation

Con ello el tribunal arbitral dejó abierto el procedimiento arbitral, y con esto en una gran indefinición para la República del Paraguay. En efecto, el laudo no cuenta con una de sus características básicas: la finalidad. Además, el laudo envuelve en un halo de dudas a la institucionalidad del Paraguay²⁸, afectando la imagen del país, y comprometiendo consecuentemente su posicionamiento en la comunidad internacional.

En el caso SGS, otro tribunal arbitral consideró directamente la preminencia del TBI sobre el contrato de inversión para la consideración de la aplicación de la cláusula de solución de controversias, basado en la cláusula paraguaya, que otorgaba al inversionista -conforme a la opinión del tribunal arbitral- el derecho de optar por la jurisdicción local (contrato de inversión) o por el arbitraje CIADI (TBI)²⁹.

to Article 3(4) is inadmissible, because: (1) In Article 9(1) of the Contract the parties agreed to a legally binding exclusive jurisdiction clause which provided for the resolution of “any conflict, controversy or claim which arises from or is produced in relation to [the] Contract” only by the Tribunals of the City of Asunción; (2) Article 3(4) of the BIT does not override the exclusive jurisdiction clause of Article 9(1) of the Contract; (3) “the fundamental basis of the claim” presented by BIVAC in respect of Article 3(4) of the BIT concerns a “conflict, controversy or claim” arising from or produced in relation to the Contract; (4) having regard to the need to respect the autonomy of the parties, BIVAC cannot rely on the Contract as the basis of a claim under Article 3(4) of the BIT when the Contract itself refers that claim exclusively to another forum, in the absence of exceptional reasons which might make the contractual forum unavailable; (5) the proper forum for the resolution of the contractual claim that has been raised under Article 3(4) of the BIT is the Tribunals of the City of Asunción, applying the law of Paraguay”. Curiosamente, concluye con lo siguiente: “Having concluded that the claim under the umbrella clause is inadmissible, the normal course would be to dismiss the claim. We were not presented with arguments by the parties as to what course we should follow in the event that we upheld jurisdiction under Article 3(4) of the BIT but decided that the claim was inadmissible. We note that no proceedings have been initiated by BIVAC before the tribunals of the City of Asunción, despite the passage of many years and, perhaps surprisingly if the evidence before us is to be believed, in the face of Paraguay’s persistent and unexplained failure to comply with its contractual obligation to pay. We note also that BIVAC has not sought to explain why it has not had recourse to the forum agreed by the Contract for the resolution of disputes, and that it has not put any evidence before the Tribunal to suggest that justice would not be done before the tribunals of the City of Asunción”. Pero la parte aún más confusa de este curioso laudo es la siguiente: “In such circumstances it might be concluded that a stay of these proceedings in relation to the claim under Article 3(4) of the BIT would be unwarranted, and the proper course would be to dismiss the claim. Against that, we have heard no argument from the Respondent seeking to dissuade us from adopting the approach taken by the Tribunal in *SGS v Philippines*, which decided to stay proceedings. In the absence of argument by either party, and having found that the claim under Article 3(4) is inadmissible, we consider that the most prudent approach is to join to the merits the limited issue of whether the Tribunal should either dismiss the claim under Article 3(4) of the BIT or stay the exercise of jurisdiction indefinitely or for some other period of time or until some other circumstances pertain”. En un siguiente laudo, en el año 2015, el tribunal arbitral decidió suspender (stay) los procedimientos con relación al reclamo de la cláusula paraguaya (Art. 3(4) del TBI, alegando inexplicablemente -por su injerencia en asuntos internos de la República del Paraguay (Poder Judicial)- que: “The Tribunal considers that a continued stay of the proceedings is the appropriate way forward, being a cost-effective and efficient in the treatment of the issue of admissibility. The Parties agree that the contractual dispute solution mechanism is still available. It is premature to say whether it will be employed by Claimant and— in the event that it is – whether it will meet expectations with regard to the sound administration of justice The Claimant will inform the Tribunal at the latest three months after the date of this Decision whether it has chosen to pursue its claim before the tribunals of the City of Asunción or not. In case it has, and the Paraguayan courts have ascertained Claimant’s claim and the Respondent disregarded the decision, the claim under the umbrella clause might then become admissible, depending on the circumstances. For these reasons and in view of the decision taken in relation to Article 3(1), the Tribunal orders the stay of the proceedings with respect to the claim under Article 3(4) of the BIT”.

28 En efecto, se transcribe, esta vez en idioma castellano -permitiendo una traducción del original- lo que el tribunal afirmó: “...En el caso de que lo hiciera, y los tribunales paraguayos han acogido los reclamos del demandante y el demandado ha incumplido la decisión, el reclamo bajo la cláusula paraguaya podría ser admisible, dependiendo de las circunstancias. Por estas razones y en vista de la decisión tomada con relación al Art. 3(1), el tribunal ordena la suspensión (stay) de los procedimientos con relación al reclamo del Art.3(4) del TBI...”.

29 El Tribunal alegó que “...una decisión que lo llevara a declinar jurisdicción sobre las reclamaciones de SGS basadas en el Artículo 11 (cláusula paraguaya) en razón a que las mismas deberían dirigirse a los tribunales de Asunción situaría al

Como se ve, en estos casos, los árbitros fueron empáticos a los intereses de los inversionistas, situación muy frecuente en arbitrajes institucionales CIADI.

Nótese que el Convenio de Washington fue suscripto bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), y tiene su sede en el mismo lugar. Generalmente los árbitros y los abogados que litigan los juicios son conocidos y forman para algunos autores una suerte de club cerrado, donde la imparcialidad -ante los enormes intereses económicos en juego-, muchas veces, no es la regla.

La posición del tribunal arbitral en el caso *SGS v. República del Paraguay* fue errada, pues el mismo desechó el principio de autonomía contractual, en un caso donde la discusión se centrada, principal y esencialmente, en el contrato de inversión (incumplimiento). El tribunal directamente consideró la preminencia del TBI, asumiendo que las manifestaciones de SGS con relación al incumplimiento del contrato eran veraces, soslayando la obligación contractual de intervención exclusiva de los jueces locales para la resolución de la disputa.

VII. Conclusión

Las inversiones extranjeras directas son esenciales para el desarrollo económico de un país.

Si bien es cierto que los inversionistas extranjeros necesitan de las mayores seguridades para la exportación e implantación foránea de sus capitales en *terra incognita*, los esquemas de inversiones implementados deben equilibrar los intereses de los inversionistas con el de los Estados importadores de capital, atendiendo justamente a su especial situación económica y social.

En este sentido, estimamos que la negociación de TBI, e inclusive la aprobación a nivel multilateral de TBI modelos con disposiciones equilibradas -atendiendo a criterios de proporcionalidad y no discriminación-, en gran medida facilitará la buena conclusión de proyectos de inversión, evitando los abusos y arbitrariedades -que muchas veces vienen de la mano de cuantiosos montos y honorarios contra Estados en vías de desarrollo-, con las perversidades que ello conlleva.

En cuanto a los recientes casos de la República del Paraguay en el CIADI, los mismos no hicieron más que confirmar la gran incertidumbre reinante con relación a la preminencia normativa (tratado-ley interna) y la aplicación de la cláusula paraguas, por la disparidad de criterios en casos similares.

Esta indeterminación, manifestada inclusive en la falta de finalidad de un laudo -como se vio en el caso BIVAC- afecta los intereses de Estados parte de la misma Convención, en su mayoría ávidos de proyectos de inversión, este último motor fundamental para el desarrollo de las sociedades.

Las disyuntivas que presentan las interrelaciones entre el derecho público y el privado en cuanto a las inversiones, quedaron materializadas en los citados casos ante el CIADI.

Tribunal en riesgo de incumplir su mandato con arreglo al Tratado y al Convenio del CIADI". Asimismo, el tribunal arbitral 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 -del TBI (cláusula paraguas)- 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" Vide: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1527.pdf>

Si bien considero que el razonamiento legal del tribunal arbitral en el caso *BIVAC v. República del Paraguay* fue correcto en la determinación de la primacía de la jurisdicción establecida en el contrato de inversión, por tratarse de materia esencialmente contractual; el tribunal no resolvió de manera final la controversia dejando abierta la posibilidad de su intervención futura para determinar la aplicabilidad de la cláusula paraguas.