

Práctica arbitral

Contract claims y treaty claims: relación entre las cláusulas umbrella y los acuerdos contractuales de atribución de competencia exclusiva

(Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. / República de Paraguay, Caso CIADI No. ARB/07/9)

Iñigo IRURETAGOiena AGIRREZABALAGA

Euskal Herriko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco

1. Los problemas derivados de la superposición de los incumplimientos contractuales (*contract claims*) y las violaciones de tratado (*treaty claims*) han constituido y constituyen uno de los ámbitos más delicados de las disputas de inversión. No en vano muchos tribunales arbitrales¹ y la doctrina² se

¹ *Wena c. Egipto* (Comité *ad hoc* de anulación); *Vivendi c. Argentina* (Comité *ad hoc* de anulación); *CMS c. Argentina* (jurisdicción); *SGS c. Pakistán* (jurisdicción); *Azurix c. Argentina* (jurisdicción); *Consortium R.F.C.C. c. Marruecos* (jurisdicción); *Consortium R.F.C.C. c. Marruecos* (decisión sobre el fondo); *SGS c. Filipinas* (jurisdicción); *L.PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi c. República de Turquía* (jurisdicción); *Enron c. Argentina* (jurisdicción I); *Enron c. Argentina* (jurisdicción II); *Siemens c. Argentina* (jurisdicción); *Salini c. Jordania* (jurisdicción); *Joy Mining Machinery c. Egipto* (jurisdicción); *Impregilo S.p.A. c. Pakistán* (jurisdicción); *Sempre c. Argentina* (jurisdicción); *Camuzzi c. Argentina* (jurisdicción); *Bayindir c. Pakistán* (jurisdicción).

² Respecto a la distinción entre los incumplimientos contractuales y las violaciones de tratado, *vid.*, entre otros, S.A. Alexandrov, "Breaches of Contract and Breaches of Treaty: the Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to decide Breach of Contract Claims in *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*", *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 5, n° 4, 2004, pp. 555–577; B.M. Cremades y D.J. Cairns, "La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los Tratados", *RCEA*, 2004, pp. 69–93; *id.*, "Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes", *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects*, Ed. N. Horn, 2004, pp. 325–351; E. Gaillard, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the *SGS* Cases Considered", *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, 2005, 325–346; J. Gill, M. Gearing y G. Birt, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties. A Comparative Review of the *SGS* Cases", *J. Int'l Arb.*, vol. 21, n° 5, 2004, pp. 397–412; Y. Shany, "Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims", *Am J. Int'l L.*, 2005, vol. 99, pp. 835–851; I. Fadlallah, "La distinction *treaty claims* – *contract claims* et la compétence de l'arbitre CIRDI: faisons-nous fausse route?", *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 205–218; C. Crépet, "Treaty claims / Contract claims", *Gazette du Palais – Recueil nov-dic*, 2004, pp. 3630–3635; F. Yala, "Fondement

han ocupado en los últimos tiempos de forma constante de esta problemática. Si bien algunas de las cuestiones derivadas de esta superposición parecen haber quedado “definitivamente” resueltas, al contar con una opinión generalizada o compartida por la mayoría de los sujetos que participan en el sector, especialmente a raíz de la decisión del comité *ad hoc* en el asunto *Vivendi / Argentina*, otras muchas (menos estructurales) siguen constituyendo un terreno abonado a opiniones divergentes y decisiones arbitrales contradictorias o fundadas en razonamientos dispares.

La decisión sobre jurisdicción del Tribunal arbitral en el caso *BIVAC / Paraguay* viene a sumarse a ese elenco de decisiones que se ocupan de aspectos relativos al binomio *treaty claims / contract claims*, al tratarse de una demanda convencional sobre una disputa cuyo origen se encuentra en un contrato celebrado entre una empresa holandesa y el Ministerio de Finanzas de Paraguay. Una primera impresión que sorprende de la decisión objeto de análisis es el resultado obtenido respecto a tres cuestiones distintas que se plantean ante el Tribunal. Así, respecto a la petición relativa a una posible expropiación conforme al APPRI el Tribunal concluye que no tiene jurisdicción; respecto a la petición que hace referencia a la obligación convencional de dispensar un trato justo y equitativo a la inversión, el Tribunal afirma que ostenta jurisdicción; finalmente, respecto a la petición fundada en la cláusula *umbrella* el Tribunal considera que sí tiene jurisdicción pero que ésta no resulta admisible.

Durante las siguientes páginas se tratarán de describir los hechos que están en el origen de la controversia y de mostrar cual ha sido la argumentación seguida por el tribunal para llegar a las conclusiones mencionadas. Son muchas las cuestiones de interés que plantea la decisión; sin embargo, el presente análisis se detendrá especialmente sobre la cuestión de la interrelación entre la cláusula *umbrella* y la cláusula contractual de atribución de competencia exclusiva. También se realizará un esfuerzo dirigido a resaltar algunos aspectos que pueden ser objeto de una valoración en parte crítica.

2. La empresa holandesa Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. (en adelante BIVAC) y el Ministerio de Finanzas de Paraguay celebraron un contrato que tenía por objeto la provisión, por parte de BIVAC, de servicios técnicos para la inspección previa a la expedición de importaciones con destino a Paraguay. El objetivo del contrato era optimizar la tasa de recolección de las obligaciones e impuestos de importación. La celebración del contrato estuvo precedida de la autorización del Gobierno paraguayo al Ministerio de Finanzas por medio del Decreto Ejecutivo n° 12.311, de 1996. En virtud del contrato, el Ministerio de Finanzas quedaba obligado a pagar tasas por el servicio técnico prestado por BIVAC, tasas que debían ser calculadas como un porcentaje del valor FOB de los bienes importados. Para ello, BIVAC facturaría mensualmente en US \$ y el

des demandes des investisseurs (*Treaty claims / Contract claims*)”, *Gazette du Palais*, Les cahiers de l’arbitrage, n° 2003/2, noviembre, pp. 12–15.

Ministerio debería pagar dichas facturas en un plazo de 20 días desde su recepción. Además, el contrato en su art. 9.1º incorporaba una cláusula de atribución de competencia exclusiva de acuerdo con la cual los litigios relacionados con el contrato que se refiriesen a su cumplimiento, terminación o validez debían ser sometidos a los Tribunales de la Ciudad de Asunción, que aplicarían la ley de Paraguay. El contrato preveía una duración de tres años que podía ser periódicamente extendida. El contrato, no obstante, expiró en junio de 1999.

BIVAC afirma que llevó a cabo unas 70.000 inspecciones durante los tres años de duración del contrato y que extendió 35 facturas. Alega que 19 de esas facturas siguen sin pagarse. BIVAC considera que, a 31 de enero de 2007, la suma por las facturas impagadas más los intereses asciende aproximadamente a los 36,1 millones US \$. Además, BIVAC sostiene que, en relación con la facturas impagadas, el Ministerio de Finanzas llevó a cabo en 1999 distintas investigaciones internas, auditorías y controles que llegaron a la conclusión de que el contrato era válido, que la empresa había cumplido con su deberes y que la deuda seguía sin pagarse. Sin embargo, entre los años 2001 y 2006 hubo declaraciones contradictorias por parte de los oficiales gubernamentales respecto a la validez del contrato y la supuesta deuda.

En este contexto, el litigio se presenta en el marco del APPRI celebrado entre los Países Bajos y Paraguay, de 29 de octubre de 1992, en vigor desde el 1 de agosto de 1994. Para la empresa BIVAR los hechos descritos han dado lugar a la violación del APPRI. Transcurrido un período de supuesta negociación de tres meses, BIVAC realizó una solicitud de arbitraje el 16 de febrero de 2007. En esta solicitud, BIVAC considera que se cumplen los requisitos jurisdiccionales recogidos en el Convenio del CIADI y que, en primer lugar, Paraguay ha violado el art. 6 del APPRI (expropiación) adoptando medidas que tienen el efecto de privar a BIVAC de su inversión sin que se haya dado una compensación justa –para BIVAC el continuo rechazo del Ministerio de Finanzas de pagar las sumas debidas bajo el contrato y el Decreto Ejecutivo nº 12.311 le ha privado substancialmente de los beneficios económicos esperados de su inversión, y al no haber mediado una indemnización pronta, adecuada y efectiva Paraguay ha incurrido en una expropiación indirecta–. En segundo lugar, la demandante sostiene que Paraguay ha violado el art. 3.1 del APPRI que impone la obligación de dispensar un trato justo y equitativo –el continuo rechazo de Paraguay de pagar las sumas debidas bajo el contrato y el Decreto Ejecutivo son actos realizados de mala fe, en incumplimiento del contrato y contrario a las legítimas expectativas derivadas de la inversión y a los derechos adquiridos de BIVAC–. En tercer lugar, en opinión de BIVAC Paraguay ha violado el art. 3.4º del APPRI (cláusula umbrella) al no observar las obligaciones acordadas en relación con la inversión de BIVAR en el contrato y el Decreto Ejecutivo, como consecuencia del rechazo de pagar las sumas debidas.

3. En relación con la reclamación referente a la expropiación, que según la demandante deriva de la consciente negación de pagar las 19 facturas pen-

dientes, el Tribunal arbitral considera que su función se limita a valorar si BIVAC ha alegado un supuesto legal y de hecho que sea susceptible de dar lugar a una violación del art. 6 del APPRI; esto es, si cumple el estándar *prima facie* empleado en los asuntos *UPS / Canadá* y *Salini / Jordania*³. Esto resulta lógico porque el Tribunal no debe entrar a conocer del fondo de la controversia, sino que su función, en este momento, se limita a determinar su jurisdicción.

BIVAC argumenta su posición recurriendo a la decisión del Tribunal arbitral en el caso *Encana / Ecuador* –decisión que a su vez se basa en la del Tribunal arbitral del caso *Waste Management / México*–. En opinión del Tribunal esta decisión no sostiene la argumentación de la demandante, ni lleva al Tribunal a la conclusión de que el comportamiento de Ecuador pueda dar lugar a un acto de expropiación, sea directa o indirectamente. Al respecto el Tribunal señala que,

“The Encana award supports the proposition that a “final refusal to pay (combined with effective obstruction of legal remedies)” could amount to an expropriation. The facts alleged by BIVAC do not meet that standard. Even assuming there to have been “a final refusal” to pay, which Paraguay apparently disputes, BIVAC does not allege any obstruction of the legal remedies provided for by the Contract. The fact that BIVAC has opted not to have recourse to such remedies, or believes them for some unstated reason to be unattractive or ineffective, cannot contribute to a claim of expropriation”⁴.

Y concluye que,

“... in circumstances in which there is no dispute that the alleged contractual debt continues to exist, or that the forum for the resolution of contractual disputes remains fully available, the materials put forward by BIVAC do not raise the possibility of an arguable case of expropriation. To take the standard argued for by the Claimant, the Tribunal is not satisfied prima facie that the Claimant’s claims are capable of constituting the alleged breach of the Treaty. We reach this conclusion even assuming that it could be shown that Paraguay acted in exercise of a puissance publique (...). It follows that this Tribunal does not have jurisdiction over the claim under Article 6 of the BIT, as presented. In these circumstances, the issue of admissibility does not arise”⁵.

De la conclusión del Tribunal caben destacar dos cuestiones que se presentan entrelazadas. Por una parte, en opinión del mismo no cabe hablar de un acto de expropiación (sea directa o indirecta) cuando el inversor no haya hecho uso previamente de los remedios legales previstos en el contrato (el recurso a los tribunales de la Ciudad de Asunción contemplado en el contrato); por otra parte, esto es así, incluso, cuando el comportamiento del Estado

³ Este enfoque de la cuestión, según el Tribunal arbitral del caso *Salini* (decision sobre jurisdicción, párr. 151), “reflects the balance to be struck between two opposing preoccupations: to ensure that courts and tribunals are not flooded with claims which have no chance of success and sometimes are even of an abusive nature; but to ensure equally that, in considering issues of jurisdiction, courts and tribunals do not go into the merits of cases without sufficient prior debate. In conformity with this jurisprudence, the Tribunal will accordingly seek to determine whether the facts alleged by the Claimants in this case, if established, are capable of coming within those provisions of the BIT which have been invoked”.

⁴ *BIVAC / Paraguay*, párr. 116.

⁵ *Ibid.*, párr. 117.

(no realizar los pagos debidos conforme al contrato) sea en el ejercicio de sus poderes públicos o resultado de actos *iure imperii*.

El razonamiento del Tribunal no resulta muy convincente. La necesidad de agotar previamente los mecanismos de solución de diferencias previstos en el contrato, con el fin de poder calificar el acto como potencialmente expropiatorio, sólo tiene pleno sentido cuando se esté en presencia de actos del Estado en calidad de sujeto privado, esto es, de comportamientos ajenos al ejercicio de los poderes públicos. Además, esta idea puede desprenderse de las decisiones arbitrales en las cuales basa el Tribunal su conclusión. La “jurisprudencia” arbitral ha señalado en más de una ocasión que la expropiación exige que la parte contractual estatal actúe como autoridad pública y no como mero contratante: *RFCC / Marruecos*⁶, *Impregilo S.p.A. / Pakistán*⁷. Las directrices del BIRD, sobre el tratamiento legal de las inversiones extranjeras, también ponen de relieve este extremo, al señalar que las disposiciones referentes a la expropiación serán de aplicación cuando los motivos del incumplimiento contractual no sean de índole comercial, esto es, en caso de que el Estado actúe en ejercicio de su soberanía y no como simple parte contratante⁸. Junto a este requisito, los tribunales arbitrales han señalado que sólo es posible hablar de expropiación por incumplimientos de contrato cuando éstos tengan el efecto privativo propio de toda medida de expropiación⁹. La exigencia de recurrir previamente a los métodos de resolución de controversias contemplados en el contrato, como condición para calificar un acto como expropiatorio, no ha tenido una consideración autónoma en la “jurisprudencia” arbitral, en la doctrina ni en las mismas directrices del Banco Mundial. Esta circunstancia debería resultar relevante sólo a los siguientes efectos: transformar incumplimientos contractuales ordinarios del Estado comerciante en violaciones de tratado, al incurrir el Estado en un supuesto de denegación de justicia por actos de sus órganos jurisdiccionales (en este caso sí, en calidad de autoridad soberana). Esta es, en mi opinión, la interpretación más adecuada, y la que mejor refleja la posición mantenida por los tribunales arbitrales de *Waste Management / México, Encana /*

⁶ *RFCC c. Marruecos*, párrs. 65 y 69.

⁷ *Impregilo S.p.A. c. Pakistán* (jurisdicción), párrs. 278 y 281.

⁸ Directriz IV. 11.

⁹ Respecto a las expropiaciones indirectas, en general, *vid.* entre muchos, R. Dolzer, “Indirect Expropriation of Alien Property”, *ICSID Review – Foreign International Law Journal*, 1986, pp. 41–65; L. Y. Fortier y S.I. Drymer: “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or *Caveat Investor*”, *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, n° 2, 2004, pp. 293–327; A. Newcombe, “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review–Foreign Investment Law Journal*, n° 1, 2005, pp. 1–57; Y. Nouvel, “Les mesures équivalent a une expropriation dans la pratique recente des tribunaux arbitraux”, *rev. gen. dr. int. pub.*, 2002, pp. 79–102; OCDE (C. Yannaca–Small), “‘Indirect Expropriations’ and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law”, *Working Papers on International Investment*, n° 2004/4, p. 2, en www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf; J. Paulsson y Z. Douglas: “Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations”, *Arbitrating Foreign Investment Disputes. Procedural and Substantive Legal Aspects* (N. Horn ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2004, pp. 145–158; I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, España, Editorial Bosch, 2010.

Ecuador, SGS / Filipinas y Generation Ukraine / Ucrania. La solución aportada por los árbitros en el presente caso –y en *SGS / Filipinas*– sólo podría entenderse en relación con la exigencia de que todo acto de expropiación debe suponer la privación total o al menos sustancial de la inversión, privación que debe ser *definitiva*. Si se entiende que la privación no llega a ser definitiva en tanto en cuanto existan medios (jurisdiccionales) contractuales que permitan solicitar el cumplimiento de la obligación de pagar, es posible defender la inexistencia *prima facie* de un supuesto de expropiación conforme al APPRI. No obstante, esta no ha sido la argumentación del Tribunal arbitral, ni tampoco se puede inferir tal conclusión de sus palabras, a no ser que sea de forma indirecta y con una preestablecida voluntad interpretativa en tal sentido. De todos modos, debería quedar claro que el Estado sólo expropia cuando actúa como ente soberano y no en sus actividades *iure gestionis*.

4. En segundo lugar, para la demandante, Paraguay también ha incurrido en la violación de la obligación internacional de dispensar un trato justo y equitativo, de conformidad con el art. 3.1° del APPRI. En su opinión, se esperaba que el Ministerio de Finanzas respetara y se atuviese al Derecho cumpliendo con el contrato, y al no cumplirlo el estándar del trato justo y equitativo había sido violado. Para la demandante los actos de Paraguay habían sido arbitrarias, deliberadas y contrarias al debido proceso.

El Tribunal arbitral, igual que en el caso de expropiación, señala que su tarea se limita a valorar si BIVAC ha alegado un supuesto legal y de hecho que sea susceptible de dar lugar a una violación del art. 3.1° del APPRI. Alejándose de forma motivada de la solución adoptada por el Tribunal en el asunto *SGS / Filipinas* en un supuesto similar, el Tribunal concluye que tiene jurisdicción respecto a esta alegación. Para llegar a tal conclusión, resalta que no existe aparentemente una disputa irresuelta respecto a la suma por pagar; por ello, no cree prematuro extender su jurisdicción con el fin de entrar a decidir sobre el fondo de esta cuestión, al menos en la medida en que la acción se refiera a actos atribuibles a Paraguay en relación con el incumplimiento de realizar los pagos debidos bajo el contrato. Al respecto, considera plenamente pertinente la apreciación del tribunal en el asunto *Impregilo SpA / Pakistán* sobre la interacción de las demandas convencionales y las demandas contractuales, según la cual:

“In order that the alleged breach of contract may constitute a violation of the BIT, it must be the result of behaviour going beyond that which an ordinary contracting party could adopt. Only the State in the exercise of its sovereign authority (“puissance publique”), and not as a contracting party, may breach the obligations assumed under the BIT. In other words, the investment protection treaty only provides a remedy to the investor where the investor proves that the alleged damages were a consequence of the behaviour of the Host State acting in breach of the obligations it had assumed under the treaty”¹⁰.

El Tribunal arbitral, teniendo en cuenta este extracto del asunto *Impregilo*, afirma que, *“Applying this standard (...) BIVAC would have to meet a threshold for treaty claims that requires it to establish acts by or attribut-*

¹⁰ *Impregilo SpA / Pakistán*, párr. 260.

able to Paraguay that show an act of “*puissance publique*”, that is to say “activity beyond that of an ordinary contracting party”¹¹. Por su parte, el Tribunal no tiene una opinión de si puede alcanzarse dicho estándar. Sin embargo, ello no le impide concluir que, en esta etapa preliminar, la reclamación de BIVAC en relación con el art. 3.1º del APPRI es discutible, lo que le impide excluir su jurisdicción.

Por otra parte, Paraguay objeta que la demanda presentada por BIVAC no resulta admisible, porque el contrato en su art. 9 contempla la competencia exclusiva de los tribunales de la ciudad de Asunción. El Tribunal no comparte la opinión de Paraguay. Para ello, recurre a la diferenciación de los *treaty claims* y *contract claims* y a la argumentación empleada por el comité *ad hoc* en el caso de *Vivendi / Argentina*. Aplicando acertadamente la “jurisprudencia” existente al respecto, sostiene que la base fundamental de la reclamación descansa en la supuesta infracción del art. 3.1º del APPRI por los actos de Paraguay como ente soberano, y no en la interpretación y aplicación del contrato en sí. Para el tribunal arbitral la interpretación del art. 3.1º del APPRI no es una cuestión sobre la cual los tribunales de Asunción tengan competencia en virtud del art. 9 del contrato.

En definitiva, el razonamiento del Tribunal parece adecuado; no obstante, el hecho de que no haya llegado a determinar, sobre los hechos y las evidencias presentes, si Paraguay, efectivamente, actúa o no como autoridad soberana (a pesar de que lo haya declarado claramente como requisito necesario) plantea algunas dudas. Tratándose de una cuestión más de jurisdicción que de fondo –al fin y al cabo se trata de decidir si se está ante una controversia puramente contractual que no entra dentro de la jurisdicción del CIADI o si se está ante actos estatales que pueden dar lugar a violaciones de tratado que sí caerían dentro de esa jurisdicción– ¿no debería haber solventado definitivamente esta cuestión en este momento, antes de entrar al fondo de la controversia? ¿no hubiera sido más adecuado que el Tribunal se pronunciara sobre si los actos de Paraguay cumplen el estándar previsto en el caso *Impregilo SpA / Pakistán* y sobre lo “discutible” de la reclamación de BIVAC?

5. Una tercera cuestión de especial interés que se plantea, y que constituye el punto principal de la presente nota, se refiere a si el Tribunal arbitral tiene o no jurisdicción respecto a la demanda fundada en la violación de la cláusula *umbrella* del art. 3.4º del APPRI y, en caso de tenerla, si ésta resulta o no admisible¹².

¹¹ *BIVAC / Paraguay*, párr. 125.

¹² Sobre las cláusulas “umbrella” *vid.*, entre otros, W. Ben Hamida, “La clause relative au respect des engagements dans les traités d’investissement”, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement* (C. Leben dir.), Louvain-la-Neuve, LGDJ – Anthemis, 2006, pp. 53–105; E. Gaillard, “Investment Treaty Arbitration...”, *loc. cit.*, pp. 336–346; OCDE (K. Yannaca-Small), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, *Working papers on international investment*, n° 2006/3, octubre, 2006, disponible en www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf; D. Foster, “Umbrella clauses – a retreat from the Philippines?”, *International Arbitration Law Review*, vol. 9, n° 4, 2006, 100–108; J. Wong, “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in

La cláusula paraguas del art. 3.4º del APPRI Países Bajos / Paraguay establece que “(e)ach Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of the other Contracting Party”. Es una cláusula *umbrella* típica, de una formulación amplia, también denominada como “real” en palabras del Tribunal arbitral del caso *Noble Ventures / Rumania*¹³.

BIVAC sostiene que Paraguay asumió obligaciones respecto a su inversión en virtud del Decreto y el subsiguiente contrato, que no fueron cumplidos al negarse éste a realizar los pagos a BIVAC –de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento paraguayo que rige el contrato– y en consecuencia, en opinión de BIVAC Paraguay había infringido sus obligaciones bajo el art. 3.4º del APPRI. En este sentido, BIVAC trata la cláusula *umbrella* como una previsión que incorpora las obligaciones contractuales dentro del APPRI, de modo que la violación del contrato se convierte en la violación del art. 3.4º del APPRI. Además, en defensa de su posición, la demandante señala que el *case law* ha sostenido de forma consistente que el efecto de las cláusulas paraguas es el de elevar las infracciones del contrato a la categoría de las infracciones del tratado. BIVAC también hace referencia a la cuestión de la admisibilidad de la demanda en base a la cláusula *umbrella*, a pesar de que el contrato incorpore una cláusula de atribución de competencia exclusiva a favor de los tribunales internos de Paraguay. Al respecto, afirma que si los Estados negociadores del APPRI hubieran deseado limitar la jurisdicción de los métodos de resolución de controversias previstos en el mismo, deberían haber incluido una cláusula con tal efecto, tal y como hacen otros APPRI, como es el caso del celebrado entre los Países Bajos e India¹⁴.

Ante los argumentos presentados por la demandante, Paraguay señala que cuando las partes firmaron el contrato acordaron expresamente resolver este tipo de litigios en los tribunales internos de Paraguay conforme a la legislación paraguaya. Sostiene que la cláusula *umbrella* está dirigida a proteger al inversor de las acciones que implican el ejercicio de los poderes soberanos del Estado, y no de aquellas acciones que pueden ser adoptadas por una parte privada normal. Afirma que al tratarse de reclamaciones cuyo núcleo se refiere exclusivamente a cuestiones de un contrato comercial interno, el tri-

Foreign Investment Disputes”, *Geo. Mason L. Rev.*, vol. 14, n° 1, 2006, pp. 135–177; K. Ballentine, “How far do BITs Bite? A Comparison of SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines: Interpreting Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties”, *Cambridge Student Law Review*, 2006, pp. 33–44; V. Zolia, “Effect and Purpose of “Umbrella Clauses” in Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues”, *Transnational Dispute Management*, vol.2, n° 5, 2005, pp. 1–58; T.W. Wälde, “The “Umbrella” Clause on Investment Arbitration—A Comment on Original Intentions and Recent Cases”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 6, n° 2, 2005, pp. 183–236; C. Schreuer, “Travelling the BIT Route—Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n° 2, pp. 231–256; A.C. Sinclair, “The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection”, *Arb. Int’l*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 411–434.

¹³ *Noble Ventures / Rumania* (laudo), párr. 51.

¹⁴ APPRI Países Bajos – India, dispone lo siguiente: “Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party. Provided that dispute resolution under Article 9 of this Agreement shall only be applicable in the absence of a normal, local, judicial remedy being available”.

bunal debe cumplir con la cláusula contractual de elección de foro exclusivo y desestimar la demanda de BIVAC. Apoyándose en las decisiones emitidas en los asuntos *SGS / Pakistan* y *SGS / Filipinas*, afirma que el simple incumplimiento de realizar el pago no convierte una disputa interna en una internacional.

El Tribunal arbitral distingue dos cuestiones que han de ser valorados en relación con la cláusula paraguas del art. 3.4° del APPRI: por una parte, la cuestión de la jurisdicción –si el tribunal tiene jurisdicción respecto a la demanda fundada en el art. 3.4°– y, por otra, la cuestión de la admisibilidad –en caso de tener jurisdicción si la demanda resulta admisible–.

6. En cuanto a la jurisdicción del Tribunal arbitral, la demandante sostiene que el art. 3.4° le atribuye jurisdicción respecto a las demandas que se refieran a cualquier conflicto, controversia o reclamación que surja de o se produzca en relación con el contrato, porque se trata de una demanda convencional y no de una demanda contractual. BIVAC, atendiendo al desarrollo histórico de las *umbrella clauses* sostiene que el art. 3.4° puede ser aplicado a todo tipo de contratos en relación con cualquier tipo de infracción por parte del Estado contratante; esta interpretación sería acorde con el objetivo del APPRI de promocionar y proteger las inversiones.

Por su parte, Paraguay se muestra claramente en contra de la argumentación defendida por BIVAC. Además de referirse a la existencia de una cláusula contractual de atribución de competencia de carácter exclusivo a favor de los tribunales de la Ciudad de Asunción, Paraguay afirma que la cláusula paraguas no puede elevar una reclamación contractual a la categoría de una reclamación convencional, basándose en el razonamiento de que un simple incumplimiento de pagar no convierte una disputa interna en una internacional. Sostiene que BIVAC no está planteando una reclamación convencional genuina, sino que está realizando una reclamación contractual.

El Tribunal arbitral pone de relieve que las partes, sobre la cuestión de la jurisdicción, han recurrido a los asuntos *SGS / Pakistán* y *SGS / Filipinas* para fundar sus razonamientos. El propio Tribunal realiza un breve análisis de los argumentos empleados por estos dos tribunales y destaca que ambas decisiones no pueden reconciliarse, ya que reflejan dos enfoques distintos sobre el efecto de las cláusulas *umbrella*.

A continuación entra a considerar el significado y efecto del art. 3.4° del APPRI Países Bajos / Paraguay a partir de una constatación inicial: reconoce el Tribunal que no existe una “jurisprudencia constante” sobre el efecto de las cláusulas *umbrella*, que se trata de una materia sobre la cual la opinión jurídica se presenta dividida, que la relación entre actos comerciales y soberanos del gobierno no esta exenta de dificultades y que cada cláusula paraguas debe ser interpretada y aplicada conforme a su preciso texto y el contexto en el que se incluye el APPRI. Partiendo de esta premisa, el Tribunal sostiene que,

“We have carefully weighed and debated the competing arguments of the parties, following which the conclusion that has prevailed is that Article 3(4) of the BIT establishes an

*international obligation for the parties to the BIT to observe contractual obligation with respect to investors. In reaching this conclusion the broadly worded text of Article 3(4) of the BIT has been significant. It provides that Paraguay "shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of the other Contracting Party." The words "any obligation" are all encompassing. They are not limited to international obligations, or non-contractual obligations, so that they appear without apparent limitation with respect to commitments that impose legal obligations. On a plain meaning they are undoubtedly capable of being read to include a contractual arrangement entered into by BIVAC and the Ministry of Finance of Paraguay, whereby the alleged breaches of the Ministry are attributable to the State. The umbrella clause also appears early on in the BIT, in the same provision as that imposing an obligation to provide fair and equitable treatment, and it is located before the obligation on expropriation: this might distinguish this BIT from that in issue in *SGS v Pakistan* (even assuming the tribunal's point on the location within a treaty of any particular text to have force). Moreover, we consider that the umbrella clause has to be interpreted in such a way as to give it some meaning and practical effect: Paraguay has not explained the purpose or effect of the umbrella clause if it was not that for which BIVAC argues"¹⁵.*

De este extracto se deduce que el Tribunal arbitral ha hecho suya la posición de la demandante. Considera que el art. 3.4° establece la obligación internacional a las partes del APPRI de observar las obligaciones contractuales alcanzadas con el inversor. La formulación amplia del texto de la cláusula del art. 3.4° ha sido un factor significativo según el Tribunal para alcanzar dicha conclusión. Además, en opinión del Tribunal esta interpretación se impone si se pretende dotar a la cláusula paraguas de significado y de efecto práctico. En definitiva, el Tribunal concluye de forma tajante que el art. 3.4° atribuye al Tribunal arbitral la jurisdicción sobre las demandas surgidas de o producidas directamente en relación con el contrato.

7. No obstante, el mismo Tribunal afirma que la anterior conclusión no supone el fin de la cuestión. De este modo, para el Tribunal si bien el art. 3.4° supone la importación de las obligaciones contractuales al marco del Tratado (con la consiguiente jurisdicción sobre las mismas), esta importación debe ser de todas las obligaciones de Paraguay respecto a BIVAC bajo el contrato, lo que implica que junto a la obligación de realizar los pagos, también deba importarse la obligación de asegurar que los tribunales de la Ciudad de Asunción estén disponibles para resolver cualquier conflicto, controversia o reclamación que surja en relación con el contrato. Y es este el elemento que da lugar a la necesidad de valorar la cuestión de la "admisibilidad" de la demanda¹⁶. En opinión del Tribunal, el efecto de la cláusula *umbrella* es una cosa, y otra distinta si esta cláusula puede ser o no invocada en las circunstancias en las cuales las partes claramente se han puesto de acuerdo sobre una jurisdicción exclusiva para la resolución de las controversias contractuales que pueden tener cabida en los términos de la cláusula para-

¹⁵ *BIVAC / Paraguay*, párr. 141.

¹⁶ *Vid.* respecto a la admisibilidad el trabajo de I. Laird, "A Distinction Without a Difference? An Examination of the Concepts of Admissibility and Jurisdiction in *Salini v Jordan* and *Methanex v USA*", *International Investment Law and Arbitration; Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* (T. Weiler ed.), Gran Bretaña, Cameron May, 2005, pp. 201-222.

guas¹⁷. La pregunta que se suscita es la siguiente: ¿actúa el art. 9 del contrato, que incorpora el acuerdo de las partes de someterse a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Asunción, como impedimento del ejercicio de la jurisdicción de los árbitros en virtud del art. 3.4° del APPRI?

El art. 9.1° del contrato dispone que “*any conflict, controversy or claim which arises from or is produced in relation to this Contract, non compliance, resolution or invalidity shall be submitted to the Tribunals of the City of Asunción pursuant to Paraguayan Law*”. El Tribunal pone de relieve que las partes comparten la visión sobre el significado y el efecto de esta previsión en relación con las disputas bajo el contrato, y el deseo mutuo de respetar la autonomía y el ejercicio de la voluntad de las partes expresada en el contrato. El art. 9 es una cláusula de jurisdicción exclusiva posterior en el tiempo al APPRI, que ha sido aceptada de forma voluntaria por las partes en el contrato, y que tiene el efecto de desplazar cualquier órgano que no sean los tribunales de la Ciudad de Asunción para resolver las disputas surgidas de o producidas en relación con el contrato, debiendo en tal caso aplicar el Derecho de Paraguay. Incluso BIVAC reconoce que el efecto del art. 9 es excluir al tribunal arbitral del ejercicio de la jurisdicción sobre las disputas contractuales surgidas entre las partes. No obstante, BIVAC sostiene que actuando bajo la cláusula *umbrella* los árbitros ejercerían su jurisdicción sobre una distinta e independiente obligación convencional en la que, en efecto, se incorporarían obligaciones contractuales. Esto es, el Tribunal arbitral estaría interpretando y aplicando el APPRI, no el contrato; y es por ello que la demandante afirma que al Tribunal arbitral no se le pide ejercer la jurisdicción contractual.

Un primer aspecto que el Tribunal arbitral considera relevante se refiere a la relación temporal entre el art. 9 del contrato y el APPRI. Al respecto es de destacar que el APPRI es anterior al contrato; el APPRI, de 29 de octubre de 1992, entró en vigor el 1 de agosto de 1994, mientras que el contrato entre BIVAC y el Ministerio de Finanzas se celebró el 6 de mayo de 1996. Para el Tribunal esta circunstancia no es irrelevante. Al contrario, el hecho de que las partes no incluyeran en el art. 9.1° del contrato ninguna previsión que tuviera como efecto preservar cualquier derecho bajo el APPRI –incluyendo la posibilidad de ejercer la jurisdicción por tribunales del CIADI sobre cualquier cuestión surgida bajo el contrato que pudiera caer dentro del alcance del art. 3.4° del APPRI–, en opinión del Tribunal arbitral indica que las partes del contrato tenían la intención de que la jurisdicción contractual exclusiva de los Tribunales de la ciudad de Asunción fuera absoluta y sin excepciones.

El tribunal arbitral, reconociendo que la cláusula paraguas tiene el efecto de importar las obligaciones contractuales al ámbito del APPRI (reconoce el efecto *mirror* o elevador de la cláusula), afirma que ello no sólo afecta a la obligación de realizar los pagos de las facturas de acuerdo con lo establecido en el contrato, sino que también incluye la obligación “implícita” de asegurar que los tribunales de la ciudad de Asunción estén disponibles para resolver cualquier conflicto, controversia o reclamación derivada del contrato. Así, si

¹⁷ BIVAC / Paraguay, párr. 142.

Paraguay hubiera adoptado medidas para impedir que dichos tribunales internos ejercieran su jurisdicción en las disputas contractuales (cosa que no ha sucedido en este caso) entonces BIVAC estaría autorizado para cuestionar tal acto bajo el art. 3.4° del APPRI.

A los ojos del Tribunal, teniendo en cuenta el principio fundamental del respeto de la autonomía y la voluntad de las partes, la cuestión general es que las partes contractuales no son libres de coger y elegir aquellas partes del contrato que ellos quieran incorporar a la cláusula paraguas, ignorando otras. De lo contrario, se socavaría de forma seria y negativa la autonomía contractual. Si las partes adoptan compromisos libremente, deben respetarlos, y esperarán de los demás, incluidos los tribunales internacionales, que los respeten, salvo que existan poderosas razones para no respetar tales compromisos.

Respecto al argumento empleado por BIVAC, según el cual el tribunal arbitral cuando ejerce su jurisdicción bajo el art. 3.4° estaría simplemente interpretando y aplicando el Tratado y no el contrato, el Tribunal dice que le parece totalmente artificial. En su opinión no existe una obligación internacional independiente que permita al tribunal determinar si los actos de Paraguay dan lugar a una violación del art. 3.4° del APPRI; en realidad, el Tribunal interpretaría y aplicaría el contrato, para concluir si existe o no una infracción de la obligación contractual de realizar los pagos de las 19 facturas. Sólo en caso de que se determinara la infracción del contrato se daría también la infracción del APPRI. Por tanto, todo depende del significado y efecto del contrato. El tribunal no encuentra ningún estándar independiente que le permita valorar la posible infracción de la cláusula *umbrella*. Para reforzar su afirmación hace referencia a un extracto del comité *ad hoc* en el asunto *Vivendi* donde se dice que

*“... where “the fundamental basis of the claim” is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard”*¹⁸. Y valiéndose de esta idea señala que *“In the present case, in relation to Article 3(4) we do not see how it could be concluded that “the fundamental basis of the claim” was the BIT rather than the Contract. Any other approach strikes us as being so artificial as to be unreasonable”*.

El Tribunal arbitral pone de relieve que no es el primer tribunal que trata estas cuestiones. A pesar de no estar vinculado por las decisiones de tribunales anteriores, hace un repaso de los distintos asuntos presentados por las partes en defensa de sus posiciones. De entre las distintas decisiones arbitrales comparte parte de (que no toda) la argumentación empleada por el tribunal del caso *SGS / Filipinas* en lo que respecta a la cuestión de la admisibilidad. En aquel caso, el tribunal, reconociendo el efecto elevador de la cláusula *umbrella* y la consiguiente jurisdicción del tribunal arbitral, consideró que la cláusula paraguas del APPRI no estaba destinada a anular la cláusula de jurisdicción exclusiva prevista en el contrato de inversión respecto a las de-

¹⁸ *Ibid.*, párr. 149.

mandas contractuales¹⁹. Siendo esto así, para el tribunal de *SGS / Filipinas*, respeto a la cuestión de la admisibilidad, no debería permitírsele a la parte fundar su demanda arbitral en el contrato, cuando el propio contrato dispusiera la competencia exclusiva de otro foro, salvo que concurrieran buenas razones, como la fuerza mayor, que impidiera al demandante cumplir con el contrato.

Por todas las razones expuestas, el Tribunal arbitral, asumiendo que el art. 3.4º del APPRI proporciona una base para el ejercicio de su jurisdicción respecto a las demandas relacionadas con el contrato, concluye que la demanda es inadmisibile porque:

“(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”²⁰.

Una vez decidido que la demanda fundada en la cláusula *umbrella* resulta inadmisibile, el tribunal se pregunta cual debería ser la consecuencia de dicha decisión; la suspensión del procedimiento (tal y como lo hiciera el Tribunal del caso *SGS / Filipinas*) o la desestimación de la demanda. El tribunal –que no comparte en este punto el razonamiento del Tribunal *SGS / Filipinas*– afirma que podría concluirse que la suspensión sería injustificada y que la consecuencia lógica sería la desestimación. No obstante, ninguna de las partes ha presentado argumentos en contra de cualquiera de las dos soluciones posibles. Por ello, el Tribunal considera que la posición más prudente es unir al fondo de la controversia esta cuestión concreta; la decisión sobre si el Tribunal debe desestimar la demanda o suspender el ejercicio de la jurisdicción indefinidamente o por un periodo de tiempo, o hasta que se den ciertas circunstancias (se entiende que hace referencia a la posibilidad de que BIVAC agote los recursos internos previsto en el contrato).

¹⁹ La decisión de *SGS / Filipinas*, párr. 153, establece que no se puede aceptar “that standard BIT jurisdiction clauses automatically override the binding selection of a forum by the parties to determine their contractual claims. As the ad hoc Committee said in the Vivendi case: ‘where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract, the tribunal will give effect to any valid choice of forum clause in the contract.’”

²⁰ *BIVAC / Paraguay*, párr. 159.

8. El discurso argumentativo del Tribunal respecto a la reclamación basada en la cláusula paraguas resulta interesante, coherente y sugerente. No obstante, no se corresponde con la visión –sobre la función y naturaleza de las cláusulas *umbrella*– de quien escribe esta nota²¹, que es más cercana a la posición adoptada por el Tribunal arbitral en el caso *CMS / Argentina*. En este sentido, y dicho de forma breve, las cláusulas paraguas, incluso aquellas que prevén una formulación amplia como es el caso de *BIVAC / Paraguay*, no supondrían la conversión automática de toda reclamación contractual en una reclamación convencional y, por tanto, el sometimiento a la jurisdicción de los órganos arbitrales previstos en el APPRI. Para que un incumplimiento contractual pueda accionar alguna de las vías de resolución de controversias convencional debería ser necesario que tal incumplimiento derivase de un acto *iure imperii* de los órganos del Estado. Esto no significa vaciar de contenido la cláusula paraguas, en tanto en cuanto existirán supuestos de actos *iure imperii* que implicando una infracción del contrato no supongan la violación de previsiones sustantivas del APPRI. La utilidad de las cláusulas *umbrella* se manifestaría de forma particular en relación con las cláusulas de estabilización y, en general, con todos aquellos compromisos contractuales que obligan al Estado soberano y no al Estado comerciante.

Sin embargo, esta posición que se aleja de la defendida por el Tribunal arbitral no desmerece otros razonamientos empleados por éste en su decisión. Así, debería valorarse positivamente la referencia hecha a la importancia que tiene el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes contractuales. Si bien es cierto que la teóricamente “irreprochable” diferenciación entre los *treaty claims* y los *contract claims* puede complicar la delimitación exacta del alcance del principio de la autonomía de la voluntad en las disputas de inversión, no debe olvidarse la función estructural que cumple en este ámbito.

El énfasis puesto en el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes encaja, además, con el original enfoque que realiza el Tribunal respecto a la importación de las obligaciones contractuales al marco del APPRI en virtud de la cláusula *umbrella*, en el sentido de que si todas las obligaciones contractuales quedan afectadas por la dicha cláusula, también deben respetarse los métodos de solución de diferencias que hayan podido expresamente prever en el contrato. De este modo, partiendo del principio de la autonomía de la voluntad contractual, y a pesar de reconocer su jurisdicción respecto a las disputas de naturaleza contractual, el Tribunal ha primado lo acordado en el contrato, mostrándose a favor de la efectividad la cláusula contractual de atribución de competencia exclusiva sobre la previsión de arreglo de diferencias entre Estados e inversores del APPRI (al menos cuando, como es el caso, la cláusula contractual sea posterior en el tiempo al APPRI).

En definitiva, la decisión del Tribunal no resuelve el problema de las interpretaciones irreconciliables existentes en la “jurisprudencia” arbitral res-

²¹ I. Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación...*, op. cit., pp. 414–428.

pecto a las cláusulas paraguas; adopta claramente el enfoque de aquellos que reconocen a estas cláusulas el efecto *mirror* o elevador y no entra a rebatir los argumentos de muchos otros tribunales que han tratado esta cuestión en sentido contrario. No obstante, introduce elementos interesantes que pueden servir de ayuda a futuros árbitros. De este modo, tanto el énfasis puesto en el principio de la autonomía de la voluntad contractual como la original interpretación de las cláusulas *umbrella*, en el sentido de que las cláusulas contractuales de atribución de competencia también quedan cubiertas por las mismas, son aportaciones positivas que se deben al mérito de este Tribunal.

Admisión a las Medidas Provisionales contra el Estado de Bolivia y consecuentemente a la solicitud de suspensión del procedimiento penal por fraude y corrupción contra los demandantes

(Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún/Estado Plurinacional del Bolivia, Caso CIADI No. ARB/06/2)

Ana M. SÁEZ CRESPO

Universidad Complutense de Madrid

1. Con fecha 26 de febrero de 2010, el Centro de Arreglo y Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ha emitido su decisión sobre la solicitud de medidas provisionales solicitadas en la demanda interpuesta por Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún contra el Estado Plurinacional de Bolivia¹. El Tribunal decidió que la demandada debería suspender cualquier proceso penal iniciado contra la demandante, o que se pretenda iniciar en el futuro y que estuviera directamente relacionado con ese arbitraje hasta que el mismo termine o se reconsidere la decisión arbitral.

2. Sumariamente, los hechos alegados por las partes, fueron los siguientes: Nom Metallic Minerals S.A. (en adelante NMM o la codemandante) adquirió once concesiones mineras en Bolivia (“Concesiones Bolivianas”), de la que la empresa chilena “Química e Industrial del Bórax Ltda.” (en adelante Quiborax), creada en 1986, operaba en Bolivia desde el 2001, en el área del Río Grande en el Salar de Uyuni, a través de Non Metallic Minerals, junto

¹ Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>.