



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary,
University of London

International Arbitration Case Law

*Directores Académicos: Ignacio Torterola &
Loukas Mistelis**

SGS SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE S.A.

V.

REPÚBLICA ISLÁMICA DE PAKISTÁN

(CASO ICSID NO. ARB/01/13)

DECISIÓN S. OBJECCIÓN A LA JURISDICCIÓN

Autor: Ileana M. Smeureanu and Lucía Druetta**

Editado por Ignacio Torterola***

Una Decisión dictada el 3 de agosto de 2003, bajo el Tratado celebrado entre la Confederación Suiza y la República Islámica de Pakistán, sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones ("TBI") y de conformidad con las Reglas de Arbitraje del CIADI.

Tribunal: Juez Florentino P. Feliciano (Presidente), André Faurès y J. Christopher Thomas Q.C.

Demandante: Francois Stettler y Andrea Rusca de SGS Société Générale de Surveillance S.A.; Emmanuel Gaillard y John Savage de Shearman & Sterling.

Demandada: Makhdoom Ali Khan, Abogado General por Pakistan Messrs. Jan Paulsson y Nigel Blackaby de Freshfields Bruckhaus Deringer; Salman Talibuddin de M/s Kabraji & Talibuddin.

* Los Directores pueden ser contactados por email a ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com y loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com.

** Ileana M. Smeureanu es asociada del International Law Institute, Washington, D.C., especializada en Arbitraje Internacional. Lucía Druetta es Directora de Programas Académicos en la International Judicial Academy, Washington, D.C., especializada en litigios y derecho comercial.

*** Ignacio Torterola es el Enlace entre la PTN/CIADI en la Embajada Argentina en Washington, DC y abogado representante de Argentina en Disputas Internacionales.

ÍNDICE DE CUESTIONES DISCUTIDAS

1. Hechos del caso	3
2. Cuestiones Legales Discutidas en la Decisión	4
(a) Si la Demandante realizó una “inversión” en el territorio de la Demandada (¶¶ 132-140)	4
(b) Si el Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos de la Demandante basados en el TBI (¶¶ 146-155).....	5
(c) Si el Tribunal tiene jurisdicción para decidir sobre los reclamos contractuales de la Demandante basados en el Acuerdo IPE (¶¶ 156-162)	7
(d) Si el Artículo 11 del TBI transformó los reclamos estrictamente contractuales en reclamos basados en el TBI (¶¶ 163-174)	8
(e) Si la conducta de la Demandante en el proceso legal Suizo y en el Arbitraje del Acuerdo IPE originó estoppel o implicó una renuncia de derechos en el marco del TBI (¶¶ 175-181).....	10
(f) El efecto del lis pendens (¶ 182).....	10
(g) El efecto de la consulta entre las partes en el marco del TBI (¶¶ 183-184)	11
(h) Rechazo o suspensión del procedimiento del CIADI hasta que los reclamos contractuales sean considerados (¶¶ 185-189).....	11
3. Decisión	12

Resumen del Caso

1. Hechos del caso

En 1994, el Gobierno de Pakistán (“*Pakistán*” o la “*Demandada*”) y Société Générale de Surveillance S.A. (“*SGS*” o la “*Demandante*”) celebraron un contrato (el “*Acuerdo IPE*”), que entró en vigencia a partir de Enero de 1995. El Acuerdo IPE tenía por objeto incrementar la eficiencia de la recaudación de ingresos de aduana de Pakistán y contribuir al tesoro nacional.

En el marco del Acuerdo IPE, SGS se comprometió a proporcionar servicios de “*Inspección Pre-Embarque*” de bienes exportados desde ciertos países a Pakistán. SGS estaba obligada a presentar reportes mensuales relacionados con, entre otros, los pedidos recibidos, el valor incremental de los impuestos y los derechos realizados por Pakistán y una descripción de los resultados encontrados por SGS en el proceso de inspección.¹ SGS fue autorizada también a abrir oficinas de enlace en Pakistán. De conformidad con el Acuerdo IPE, las partes tenían el derecho de concluir el acuerdo al final del primer año financiero completo dando tres meses de preaviso. Fracasando un acuerdo amistoso, conforme el Artículo 11, “cualquier disputa, controversia o reclamo originado de, o relacionado con el Acuerdo [IPE], o incumplimiento, terminación o nulidad del mismo... [se sometería a] arbitraje de conformidad con la Ley de Arbitraje de Pakistán”.²

En Diciembre de 1996, Pakistán notificó a SGS que el Acuerdo IPE concluiría a partir de Marzo de 1997. En respuesta, SGS presentó un reclamo comercial en los tribunales de Suiza en busca de reparación por la alegada “*terminación ilegal*” del Acuerdo IPE. Pakistán cuestionó la jurisdicción de los tribunales Suizos invocando el acuerdo sobre arbitraje entre las partes y basándose en la inmunidad del Estado en los tribunales Suizos. El tribunal de Primera Instancia rechazó el planteo de SGS en Junio de 1999. La Corte de Apelación de Ginebra confirmó esta decisión en Noviembre de 2000.

En Septiembre de 2000, la Demandada inició un procedimiento de arbitraje en Pakistán, en el marco del Acuerdo IPE (el “*Arbitraje IPE*”). SGS objetó el Arbitraje IPE y presentó una contrademanda por presuntos incumplimientos de contrato.

¹ Laudo ¶ 13.

² Laudo ¶ 15.

El 12 de Octubre de 2001, SGS inició un procedimiento de arbitraje ante el CIADI en el marco del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la Confederación Suiza y la República Islámica de Pakistán (el “TBI”), firmado por las partes el 11 de Julio de 1995. Los reclamos de SGS se basaron en el Acuerdo IPE y en los Artículos 3(1), 4(1), 4(2) y 6(1) del TBI. La Demandada impugnó la jurisdicción del Tribunal del CIADI (el “Tribunal”) sosteniendo que el árbitro del Acuerdo IPE era competente para resolver la controversia.

En Enero de 2002, SGS solicitó una medida cautelar ante el Juez Superior Civil de Islamabad con el fin de suspender el Arbitraje IPE hasta que el Tribunal del CIADI emitiese su decisión sobre jurisdicción. El pedido fue rechazado y SGS apeló ante la Corte Suprema de Pakistán. Entretanto, Pakistán solicitó una medida cautelar tendiente a evitar que SGS continuara con el arbitraje ante el CIADI.

La Corte Suprema de Pakistán desestimó el recurso de apelación de SGS y permitió que Pakistán procediese con el Arbitraje IPE. El Sr. Juez (Ret.) Nasir Aslam Zahid fue designado como único arbitro, y Pakistán presentó su Escrito de Demanda. Sin embargo, siguiendo una recomendación del Tribunal, el árbitro del Acuerdo IPE concordó en suspender el arbitraje hasta que el Tribunal determine su jurisdicción.

En esta decisión, el Tribunal considera las objeciones sobre jurisdicción planteadas por Pakistán respecto del Arbitraje del CIADI.

2. Cuestiones Legales Discutidas en la Decisión

(a) Si la Demandante realizó una “inversión” en el territorio de la Demandada (¶¶ 132-140)

Al abordar las objeciones a la jurisdicción planteadas por la Demandada, el Tribunal examinó primero si, la Demandante realizó una inversión en los términos del Artículo 25 del Convenio del CIADI al entrar en el Acuerdo IPE.

El TBI define las inversiones en el territorio Pakistaní como “toda clase de activos y en particular... reclamos de dinero o cualquier prestación que tenga valor económico... [y] concesiones de derecho público ... como así también otros

derechos otorgados por ley, por contrato o por decisión de la autoridad de conformidad con la ley”.³

El Tribunal sostuvo que la definición del TBI era suficientemente amplia como para incluir los servicios llevados a cabo en el marco del Acuerdo IPE. Primero, el derecho de la Demandante a prestar servicios de inspección pre-embarque originó el “reclamo de dinero”. Segundo, al garantizar SGS potestades normalmente ejercidas por la Aduana de Pakistán, en efecto, la Demandada otorgó a la Demandante una “concesión de derecho público”. Tercero, estos fueron “derechos otorgados por ley” y “por contrato”.⁴

Además, en los procedimientos anteriores ante los tribunales de Suiza, la demandada reconoció el carácter *jurii imperii* ligado a los derechos de la Demandante. La facultad de imponer derechos de aduana es un derecho que pertenece a la soberanía del Estado por esencia” por el cual “la actividad de SGS estaba destinada a incrementar los ingresos de Aduana del Estado”.⁵ Por lo tanto, el Acuerdo IPE era, en efecto, una concesión de derecho público... [que dio a SGS] el derecho a ser activo – excluyendo cualquier otro ente público – en un área ... normalmente librada al poder del Estado”.⁶

El Tribunal concluyó que la Demandante realizó una inversión en el territorio de la Demandada. El Tribunal también sostuvo que el requisito de la controversia legal originada en una “inversión” en el marco del Convenio del CIADI también se satisfizo.⁷

(b) Si el Tribunal tiene jurisdicción sobre los reclamos de la Demandante basados en el TBI (§§ 146-155)

El Tribunal examinó si tenía jurisdicción sobre los reclamos de la Demandante basados en los incumplimientos al TBI por Pakistán, sobre los reclamos basados en determinados incumplimientos al Acuerdo IPE y sobre ambos tipos de reclamos.

³ Laudo ¶ 134.

⁴ Laudo ¶ 135.

⁵ Laudo ¶ 139.

⁶ *Id.*

⁷ Laudo ¶ 140.

El Tribunal examinó primero la naturaleza general de los reclamos. Considerando el análisis realizado en la decisión de anulación en el caso *Vivendi*,⁸ el Tribunal indicó que “[un] estado puede incumplir un tratado sin incumplir un contrato, y viceversa”.⁹ El mismo conjunto de hechos puede por lo tanto llevar a diferentes reclamos, basados tanto en ordenamientos jurídicos internos u ordenamientos jurídicos internacionales o en ambos. Las consiguientes demandas separadas están determinadas por su propio ordenamiento: los reclamos basados en el TBI son regidos por derecho internacional; los reclamos contractuales son regidos por el contrato”.¹⁰ En palabras de Vivendi, “donde la base esencial del reclamo traída ante el tribunal internacional es un incumplimiento del contrato, el tribunal dará efecto a cualquier cláusula válida de elección del foro contenida en el contrato... [D]onde la base fundamental del reclamo es un tratado que establece un estándar independiente... la existencia de una cláusula de jurisdicción exclusiva en un contrato... no puede operar como impedimento para la aplicación del estándar del tratado”.¹¹

Volviendo al presente caso, el Tribunal indicó que, según su letra, el Artículo 9 del TBI no se refirió a disputas originadas en incumplimientos al TBI ni a disputas basadas en el contrato.¹² Por lo tanto, para ser eficaz, el Artículo 9 tuvo que interpretarse como referido a “controversias constituidas por violaciones a las disposiciones del TBI que establecen estándares sustantivos de protección...”¹³. Además, el Artículo 9 no contiene la cláusula “fork-in-the-road”. En su lugar, sólo provee el recurso a un tribunal constituido en el marco del

⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (“Vivendi”)* Caso No. ARB/97/3, Decisión sobre Anulación del 3 de Julio de 2002, 41 ILM 1135 (2002).

⁹ *Id.*, ¶ 95, citado en Laudo ¶ 147.

¹⁰ *Id.*, ¶ 96, citado en Laudo ¶ 147.

¹¹ *Id.*, en 98-101.

¹² Artículo 9 del TBI (“Disputas entre una Parte Contratante y un inversor de la Parte Contratante”) se lee lo siguiente:

“Si [las] consultas [entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante] no dan lugar a una solución... y si el inversor en cuestión da su consentimiento escrito, la controversia se someterá al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones...”.

¹³ Laudo ¶ 150.

Convenio del CIADI. Ningún otro recurso previo a tribunales locales es requerido.

El Tribunal rechazó el planteo de la Demandada respecto a que el árbitro del Acuerdo IPE tuviese jurisdicción sobre los reclamos del TBI. El Acuerdo IPE había sido concluido en 1994, mientras que el TBI entró en vigencia en 1996. Debido a la diferencia en el tiempo, era difícil afirmar que al tiempo en que las partes celebraron el Acuerdo IPE, contemplaron diferir la jurisdicción a un TBI “aun escondido en el futuro”. Sin embargo, dado que el TBI estableció que cubriría inversiones hechas en el territorio de la Demandada desde 1954, cualquier tribunal del CIADI constituido bajo el TBI podía decidir las controversias pre-TBI por tal designado período. A la luz de estos hechos, incluso si los reclamos basados en el TBI se hubiesen originado antes de la designación del árbitro del Acuerdo IPE (lo que no sucedió en este caso), el Tribunal aún tiene la autoridad para determinarlos.¹⁴

Por lo tanto, el Tribunal concluyó que tenía jurisdicción sobre los reclamos por incumplimientos al TBI.

(c) Si el Tribunal tiene jurisdicción para decidir sobre los reclamos contractuales de la Demandante basados en el Acuerdo IPE (¶¶ 156-162)

Aparte de los reclamos basados en el TBI, la Demandante solicitó al Tribunal ejercer su jurisdicción sobre los reclamos originados en el Acuerdo IPE. Basándose en la “cláusula paraguas” del Artículo 11 del TBI,¹⁵ la Demandante argumentó que el TBI tenía el efecto de elevar el incumplimiento de los reclamos contractuales en reclamos basados en el tratado en virtud del derecho internacional. Por consiguiente, cada vez que una parte infringía una provisión

¹⁴ Laudo ¶¶ 153-154.

¹⁵ Artículo 11 del BIT establece lo siguiente:

“Cada Parte Contratante deberá garantizar constantemente la observancia de los compromisos que ha contraído con respecto a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante”.

contractual, estaba también violando normas de derecho internacional y disposiciones del tratado.¹⁶

El Tribunal no estuvo de acuerdo con ello. Para definir la medida de su jurisdicción, el Tribunal examinó si el mecanismo de resolución de controversias en el marco del Acuerdo IPE tuvo precedencia sobre el Artículo 9 del procedimiento del CIADI, o si el TBI falseó cualquier otro mecanismo contractual para algunas o todas las disputas entre las partes.

El Tribunal indicó que el Artículo 11.1 del Acuerdo IPE era una cláusula válida de selección de foro. El Artículo 11.1. abarcó como mínimo disputas contractuales y otras “disputas no relacionadas con el tratado”.¹⁷ El Artículo 9 del TBI, por otro lado, no pudo ser entendido para cubrir reclamos del TBI ni hacer referencia a cláusulas contractuales que no equivalgan a incumplimientos de estándares sustantivos del TBI. Por lo tanto, incluso si ambas controversias originadas de un TBI y de un Acuerdo IPE calificaron potencialmente como “disputas relacionadas con inversiones”, el Artículo 9 del TBI no pudo, sin más, ser leído como sustituyendo todas las cláusulas no-CIADI de selección de foro. A la luz de estas conclusiones, el Tribunal concluyó que no tenía jurisdicción sobre reclamos estrictamente contractuales en el marco del Acuerdo IPE.¹⁸

(d) Si el Artículo 11 del TBI transformó los reclamos estrictamente contractuales en reclamos basados en el TBI (§§ 163-174)

El Tribunal rechazó enérgicamente las presentaciones de la Demandante respecto a que el Artículo 11 del TBI elevaba los reclamos estrictamente contractuales del Acuerdo IPE a incumplimientos del TBI.

Bajo las normas consuetudinarias internacionales de interpretación de tratados, el Tribunal estaba obligado a dar cumplimiento al objeto y propósito del tratado. En el presente caso, el propósito y objeto del TBI se reflejaron en el Artículo 11 y en el TBI como un todo. Según su letra, el Artículo 11 se formuló en términos generales, por lo que es propenso a una “expansión casi indefinida”. En especial,

¹⁶ Laudo §§ 98-99.

¹⁷ Laudo §§ 159-160.

¹⁸ Laudo §§ 161-162.

los “compromisos” que cualquier Parte Contratante tuvo que “garantizar constantemente” bajo este artículo no se limitaron a compromisos contractuales. Podían abarcar otros tipos de obligaciones. Además, no sólo obligaron al Estado como persona jurídica, sino también “cualquier oficina, entidad y subdivisión (unidades gubernamentales locales) o representante legal de aquéllas cuyos actos [estaban], bajo las leyes de responsabilidad estatal, atribuidas al Estado mismo”.¹⁹

Esta amplia interpretación dificultó al Tribunal determinar que el Artículo 11 tuvo el efecto de elevar automáticamente los incumplimientos de contratos entre el inversor y el Estado a incumplimientos de derecho internacional. Clara y convincente evidencia de la intención común de las partes de conferir tal efecto al Artículo 11 pudo, sin embargo, haber provocado esas consecuencias. No obstante, en este caso, la Demandante fracasó en producir prueba en su apoyo.²⁰

Además, la interpretación de la Demandante potencialmente incorporaba un “ilimitado número de contratos estatales, como así también otros instrumentos de derecho local estableciendo compromisos del Estado”²¹. Cualquier violación a un contrato pudo haber implicado una violación al TBI, haciendo efectivamente superfluas otras provisiones que establecían estándares sustantivos de incumplimiento del TBI. En este mismo entendimiento, cualquier inversor podría haber discrecionalmente anulado cualquier cláusula de resolución de conflictos en un contrato del Estado, establecida de mutuo acuerdo, anulando así la capacidad del Estado de proceder en el marco del contrato. En última instancia, mientras que el inversor se reservaba el derecho de recurrir al arbitraje ya sea bajo el contrato o bajo el TBI, el Estado estaba limitado al sistema del BIT.²² El Tribunal consideró esta ventaja unilateral inaceptable.

¹⁹ Laudo ¶¶ 166.

²⁰ Laudo ¶¶ 168, 173.

²¹ Laudo ¶¶ 168.

²² *Id.*

Por último, la ubicación del Artículo 11, hacia el final del TBI y aparte de las provisiones sobre obligaciones sustantivas establecidas en los Artículos 3-7, reflejó su naturaleza general.²³

Por todas las razones establecidas arriba, el Tribunal concluyó que el Artículo 11 no tuvo el efecto transformar los reclamos estrictamente contractuales en el marco del Acuerdo IPE en reclamos del TBI.

(e) Si la conducta de la Demandante en el proceso legal Suizo y en el Arbitraje del Acuerdo IPE originó estoppel o implicó una renuncia de derechos en el marco del TBI (¶¶ 175-181)

A diferencia de otros tratados bilaterales de inversión, el TBI no contiene una cláusula “*fork-in-the-road*”. Por lo tanto, el Tribunal se rehusó a leer el TBI como excluyendo recursos alternativos respecto a reclamos contractuales en forma previa a la ejecución de los derechos establecidos en el TBI. Además, desde que SGS no avanzó en sus reclamos ante los tribunales Suizos o del árbitro del Acuerdo IPE, el Tribunal dudó en aludir al *estoppel* en el marco del BIT.

El Tribunal también fue reacio en concluir que, al objetar la jurisdicción del árbitro del Acuerdo IPE y presentar una contrademanda, la Demandante renunció a sus derechos bajo el TBI. Las objeciones de SGS en los procedimientos anteriores fueron realizadas sin perjuicio de sus derechos bajo derecho internacional. Ante la ausencia de una prohibición expresa de referir los reclamos de daños y perjuicios a otro foro como condición precedente a la jurisdicción del CIADI, el Tribunal rechazó leer dichas consecuencias en el TBI. Por lo tanto, al Tribunal le correspondió decidir sobre los reclamos de la Demandante basados en el TBI.

(f) El efecto del lis pendens (¶ 182)

²³ Laudo ¶¶ 169-171.

Como el Tribunal decidió que no tenía jurisdicción concurrente sobre los reclamos basados en el Acuerdo IPE, la doctrina del *lis pendens* no resultó aplicable.

(g) El efecto de la consulta entre las partes en el marco del TBI (¶¶ 183-184)

El Artículo 9 del TBI disponía que una vez surgida la controversia, las partes debían realizar un proceso de consulta. De no llegarse a una solución dentro de los doce meses se daba paso al procedimiento de arbitraje del CIADI, siempre que el consentimiento del inversor haya sido previamente obtenido. SGS no tuvo en cuenta este requisito y presentó su solicitud de Arbitraje sólo dos días después de consentir el arbitraje del CIADI en los términos del TBI. La Demandada objetó de inmediato este vicio del procedimiento.

El Tribunal sostuvo que las consultas preliminares fueron sólo “de guía y de procedimiento más que... obligatorias y de naturaleza jurisdiccional”.²⁴ En vista del Tribunal, el cumplimiento del procedimiento de consulta no constituía una condición previa para conferir jurisdicción. Además, desde que en el presente caso las partes no indicaron intención alguna de entrar en negociaciones o consultas, la observancia de estos procedimientos era inútil.

(h) Rechazo o suspensión del procedimiento del CIADI hasta que los reclamos contractuales sean considerados (¶¶ 185-189)

Desde que el Tribunal ejerció jurisdicción sobre los reclamos del TBI pero se negó a pronunciarse sobre los reclamos estrictamente contractuales del Acuerdo IPE, el Tribunal se rehusó a rechazar o suspender el procedimiento hasta que los reclamos contractuales fuesen decididos. La determinación del árbitro del Acuerdo IPE con respecto a los presuntos incumplimientos contractuales de la Demandada no fue determinante de si ésta cumplió con sus obligaciones bajo el TBI, la conclusión del Acuerdo IPE no fue una condición previa para la resolución de los reclamos basados en el TBI.

²⁴ Laudo ¶¶184.

3. *Decisión*

En definitiva, el Tribunal se consideró competente para decidir sobre los reclamos basados en el TBI, pero declinó su jurisdicción sobre los incumplimientos al Acuerdo IPE. El Tribunal se negó a suspender el procedimiento de arbitraje ante el CIADI mientras dure el procedimiento de Arbitraje de la IPE y procedió con el fondo de la controversia.