

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.**

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

**SIEMENS A.G.
(DEMANDANTE)**

y

**REPÚBLICA ARGENTINA
(DEMANDADA)**

(Caso CIADI No. ARB/02/8)

DECISIÓN SOBRE JURISDICCIÓN

Miembros del Tribunal

Dr. Andrés Rigo Sureda, Presidente
Juez Charles N. Brower, Árbitro
Profesor Domingo Bello Janeiro, Árbitro

Secretaria del Tribunal
Sra. Claudia Frutos-Peterson

Washington, D.C., a 3 de agosto de 2004

INDICE DE MATERIAS

	Página
I. PROCEDIMIENTO.....	1
II. LOS HECHOS.....	7
III. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN.....	8
1. La Ley aplicable.....	9
(a) La posición de la Demandada.....	9
(b) La posición de la Demandante.....	10
(c) Consideraciones del Tribunal.....	10
2. Primera Excepción: Siemens ha incumplido los requisitos materiales y temporales del Tratado.....	11
(a) Posición de la Demandada.....	11
(b) Posición de la Demandante.....	22
(c) Consideraciones del Tribunal.....	31
(i) Interpretación del Tratado.....	32
(ii) Carácter específico o general de las cláusulas NMF en el Artículo 3.....	33
(iii) Razón de ser de la CNMF en el Artículo 4.....	35
(iv) Protección de inversiones o inversores.....	37
(v) Efecto de la referencia al trato nacional en el ámbito de aplicación de la CNMF.....	38
(vi) Trato de los inversores y solución de controversias.....	39
(vii) Agotamiento de los recursos locales.....	43
(viii) Trascendencia de los cambios negociados en el modelo del APPRI alemán.....	44
(ix) Efecto en el ámbito de aplicación de la CNMF del derecho del Estado a llevar la controversia ante sus tribunales.....	45
(x) La reclamación de una ventaja otorgada por un tratado a través de una CNMF provoca la aplicación de todas las disposiciones de ese tratado.....	46
3. Segunda Excepción: la controversia fue sometida a la jurisdicción local.....	47
(a) Posición de la Demandada.....	47
(b) Posición de la Demandante.....	49
(c) Consideraciones del Tribunal.....	50
4. Tercera y Cuarta Excepciones: Siemens carece de ius standi.....	52
(a) Posición de la Demandada.....	52
(b) Posición de la Demandante.....	54
(c) Consideraciones del Tribunal.....	58
5. Quinta Excepción: La diferencia no surge directamente de una inversión.....	62
(a) Posición de la Demandada.....	62
(b) Posición de la Demandante.....	63

INDICE DE MATERIAS

(continuación)

	Página
(c) Consideraciones del Tribunal	64
6. Sexta Excepción: La diferencia es hipotética	65
(a) Posición de la Demandada	65
(b) Posición de la Demandante	66
(c) Consideraciones del Tribunal	68
7. Séptima Excepción: La controversia nunca fue notificada	70
(a) Posición de la Demandada	70
(b) Posición de la Demandante	71
(c) Consideraciones del Tribunal	73
8. Octava Excepción: El Contrato incluye una cláusula sobre jurisdicción específica	75
(a) Posición de la Demandada	75
(b) Posición de la Demandante	76
(c) Consideraciones del Tribunal	77
IV. DECISIÓN	79

I. PROCEDIMIENTO

1. El 23 de mayo de 2002, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo, “CIADI” o “el Centro”) recibió de Siemens A.G. (en lo sucesivo, “Siemens” o “la Demandante”) una solicitud de arbitraje contra la República Argentina (en lo sucesivo, “la Demandada” o “Argentina”). El 7 de junio de 2002, el Centro acusó recibo de la solicitud de conformidad con la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI (“Reglas de Iniciación”) e informó a la Demandante que no adoptaría ninguna otra medida hasta que hubiera recibido el pago del derecho de presentación de solicitudes prescrito en el párrafo 1 b) de la Regla 5 de las Reglas de Iniciación. El 13 de junio de 2002, el Centro acusó recibo del citado pago del derecho por parte de la Demandante y envió copia de la solicitud a la República Argentina y a la Embajada de Argentina en la ciudad de Washington, con arreglo al párrafo 2 de la Regla 5 de las Reglas de Iniciación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del Artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“el Convenio”), el Secretario General del Centro registró la solicitud de arbitraje el 17 de julio de 2002. En la misma fecha y conforme a la Regla 7 de las Reglas de Iniciación, en la misma fecha el Secretario General notificó a las partes el registro de la solicitud y las invitó a que procedieran a constituir un Tribunal de Arbitraje en cuanto les fuera posible.

3. El 7 de agosto de 2002, las partes convinieron en que el Tribunal arbitral estaría constituido por tres árbitros, uno nombrado por cada parte y un tercero, que ejercería la presidencia del Tribunal, nombrado por acuerdo de las partes. La Demandante nombró al Juez Charles N. Brower, de nacionalidad estadounidense, y la Demandada designó al Profesor

Domingo Bello Janeiro, de nacionalidad española. Sin embargo, las partes no llegaron a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro, que debía presidir el Tribunal. El 21 de octubre de 2002, la Demandante solicitó que dicho árbitro fuera nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI con arreglo al Artículo 38 del Convenio y la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (en lo sucesivo, las “Reglas de Arbitraje”).

4. Tras consultar con las partes, el Centro nombró al Dr. Andrés Rigo Sureda, de nacionalidad española, tercer árbitro y Presidente del Tribunal. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 de la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje, el 19 de diciembre de 2002 el Secretario General notificó a las partes que los tres árbitros habían aceptado su nombramiento y que, en consecuencia, se entendía constituido el Tribunal y se iniciaba el procedimiento en esa fecha. El mismo día, según lo dispuesto en la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las partes que el Sr. Gonzalo Flores, consejero jurídico principal del CIADI, desempeñaría las funciones de Secretario del Tribunal. El Tribunal celebró su primera sesión en la ciudad de Washington el 13 de febrero de 2003.

5. El Sr. Guido Santiago Tawil, de M. & M. Bomchil, y el Dr. Peter Gnam, de Siemens, A.G., representan a la Demandante. Los Sres. Tawil y Gnam representaron a la Demandante en la primera sesión. El Dr. Horacio Daniel Rosatti, Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, representa a la Demandada. Los Sres. Ignacio Suárez Anzorena y Carlos Lo Turco, actuando conforme a las instrucciones del Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, y el Sr. Osvaldo Siseles, del Ministerio de Economía de la República Argentina, representaron a la Demandada en la primera sesión.

6. En la primera sesión, las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal estaba debidamente constituido con arreglo al Convenio y las Reglas de Arbitraje y que no tenían objeción alguna con respecto a ninguno de sus miembros. También se señaló que el procedimiento se llevaría a cabo conforme a las Reglas de Arbitraje en vigor desde el 26 de septiembre de 1984.

7. En la primera sesión, las partes también convinieron en diversas cuestiones de procedimiento, que más adelante se consignaron en el acta firmada por el Presidente y el Secretario del Tribunal. Por lo que se refiere a las actuaciones escritas, el Tribunal, tras consultar al respecto con las partes, estableció los siguientes plazos para la presentación de los argumentos: la Demandante debería presentar el memorial en un plazo de 90 (noventa) días a partir de la fecha de la primera sesión; la Demandada debería presentar el memorial de contestación en un plazo de 90 (noventa) días a contar de la fecha en que recibiera el memorial de la Demandante; la Demandante debería presentar la réplica en un plazo de 60 (sesenta) días a contar de la fecha en que recibiera el memorial de contestación de la Demandada, y la Demandada debería presentar el escrito de dúplica en un plazo de 60 (sesenta) días a partir de la fecha en que recibiera la réplica de la Demandante.

8. El Tribunal señaló también que, de conformidad con las Reglas de Arbitraje, la Demandada tiene derecho a oponer excepciones a la jurisdicción a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación. En caso de que la Demandada planteara excepciones a la jurisdicción, se acordó el siguiente calendario: la Demandante presentaría el memorial de contestación sobre jurisdicción dentro de un plazo del mismo número de días que hubiera demorado Argentina en oponer excepciones a la jurisdicción, aunque en ningún caso dispondría de menos de 60 (sesenta) días para hacerlo; la

Demandada presentaría la réplica sobre jurisdicción en un plazo de 30 (treinta) días a partir de la fecha en que recibiera el memorial de contestación sobre jurisdicción de la Demandante, y la Demandante presentaría el escrito de dúplica sobre jurisdicción en un plazo de 30 (treinta) días a partir de la fecha en que recibiera la réplica sobre jurisdicción de la Demandada. Se acordó, asimismo, que si la Demandada opusiera alguna excepción a la jurisdicción y el procedimiento se reanudara con posterioridad a la presentación de dicha excepción (ya sea porque el Tribunal desestimara la excepción o porque decidiera resolverla al tratar el fondo del asunto), volvería a seguirse el calendario convenido para resolver el fondo del asunto, y la Demandada dispondría del número de días restantes, desde la fecha en que se hubiese opuesto la excepción, para presentar el memorial de contestación sobre el fondo del asunto.

9. El 13 de marzo de 2003, la Demandante presentó su memorial sobre el fondo del asunto y la documentación anexa.

10. El 24 de marzo de 2003, la Sra. Claudia Frutos-Peterson, consejera jurídica del CIADI, asumió las funciones de Secretaria del Tribunal.

11. El 8 de abril de 2003, las partes acordaron que la audiencia sobre jurisdicción se celebraría del 20 al 22 de enero de 2004 en la ciudad de Washington.

12. Mediante carta del 10 de junio de 2003, Argentina solicitó, debido a la sucesión institucional del gobierno argentino, una ampliación del plazo para la presentación del memorial de contestación sobre el fondo del asunto y/o de excepciones a la jurisdicción del Centro hasta el 4 de agosto de 2003. Mediante carta del 18 de junio de 2003, la Demandante objetó la ampliación del plazo solicitada por la Demandada.

13. El 23 de junio de 2003, debido a las circunstancias particulares, el Tribunal concedió la ampliación solicitada por Argentina e informó a las partes que, si Argentina presentaba su memorial de contestación sin oponer excepciones a la jurisdicción, se concedería a la Demandante, si ésta así lo solicitaba, una ampliación similar para presentar su réplica sobre el fondo del asunto. El Tribunal señaló también que si Argentina oponía alguna excepción a la jurisdicción, la Demandante dispondría, para presentar el memorial de contestación sobre jurisdicción, del mismo número de días utilizado por Argentina para oponer tal excepción.

14. El 1 de julio de 2003, el Dr. Horacio Daniel Rosatti informó al Tribunal que había sido designado Procurador del Tesoro de la Nación Argentina.

15. Con arreglo al párrafo 1 de la Regla de Arbitraje 41, el 4 de agosto de 2003 la Demandada presentó un memorial en el que opuso excepciones a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. En su memorial sobre jurisdicción, Argentina solicitó al Tribunal una ampliación de 45 (cuarenta y cinco) días del plazo para la presentación de su memorial de contestación sobre el fondo del asunto, en caso de que el Tribunal se declarara competente.

16. El 7 de agosto de 2003, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 de la Regla de Arbitraje 41, el Tribunal suspendió el procedimiento sobre el fondo del asunto.

17. El 8 de agosto de 2003, el Tribunal invitó a la Demandante a formular sus observaciones con respecto al pedido de ampliación del plazo para la presentación del memorial de contestación sobre el fondo del asunto formulado por la Demandada. La Demandante presentó sus observaciones el 11 de agosto de 2003. El 21 de agosto de 2003, el Tribunal informó a las partes que consideraba prematuro decidir tal cuestión a esa altura del procedimiento.

18. El 16 de octubre de 2003, la Demandante presentó su memorial de contestación sobre la jurisdicción. El 17 de noviembre de 2003, la Demandada presentó su réplica sobre jurisdicción.

19. El 10 de diciembre de 2004, la Demandada solicitó el aplazamiento de la audiencia sobre jurisdicción, prevista para los días 20 a 22 de enero de 2004, hasta el 15 de febrero de 2004. El 11 de diciembre de 2004, el Tribunal invitó a la Demandante a presentar sus observaciones respecto de la solicitud de la Demandada. En la misma fecha, la Demandante presentó sus observaciones pidiendo al Tribunal que rechazara la solicitud de la Demandada y mantuviera la fecha de la audiencia sobre jurisdicción acordada originalmente.

20. Mediante carta del 19 de diciembre de 2003, el Tribunal informó a las partes su decisión de celebrar la audiencia sobre jurisdicción los días 3 y 4 de febrero de 2004.

21. El 24 de diciembre de 2003, la Demandante presentó su escrito de dúplica sobre jurisdicción.

22. Conforme a lo decidido previamente por el Tribunal, la audiencia sobre jurisdicción tuvo lugar en la ciudad de Washington los días 3 y 4 de febrero de 2004. En la audiencia, la Demandante estuvo representada por el Sr. Guido Santiago Tawil, el Dr. Peter Gnam, el Sr. Stephan Signer y la Sra. María Inés Corrá. El Sr. Tawil y el Dr. Gnam se dirigieron al Tribunal en nombre de la Demandante. La Demandada estuvo representada por la Sra. Andrea Gualde, la Sra. Ana Badillos y el Sr. Jorge Barraguirre, de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, así como por los Sres. Osvaldo Siseles, del Ministerio de Economía de la República Argentina, y Roberto Hermida, de la Embajada de Argentina en la ciudad de Washington. La Sra. Gualde y el Sr. Barraguirre se dirigieron al Tribunal en

nombre de la Demandada. Durante la audiencia, el Tribunal también formuló preguntas a las partes con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 de la Regla de Arbitraje.

II. LOS HECHOS

23. En agosto de 1996, la Demandada convocó un concurso en el que se ofertaba un contrato para establecer un sistema de control de la migración y la identificación personal (conocido como "el sistema"). Las bases del concurso requerían que los licitadores establecieran una sociedad local para participar en el proceso del concurso. La Demandante, Siemens, estableció, a través de su filial Siemens Nixdorf Informationssysteme AG ("SNI"), una sociedad local, Siemens IT Services S.A. ("SITS").

24. Como era requerido en las bases del concurso, SITS tomó parte en la licitación y en su oferta demostró – como había sido solicitado por la Demandada – que la sociedad SNI estaba totalmente integrada en Siemens, siendo ésta la propietaria de todas sus acciones, que SNI estaba dirigida por Siemens y que en virtud de la ley es solidariamente responsable de las obligaciones que SNI asume ante terceros.¹

25. La oferta de SITS ganó el contrato que se firmó el 6 de octubre de 1998 y se aprobó por el Decreto No. 1342/98 ("el Contrato"). El Contrato tenía una duración de seis años con la posibilidad de dos prórrogas de tres años cada una. Siemens procedió a realizar las inversiones requeridas a través de aportaciones de capital y fondos proporcionados a SITS para que pudiera cumplir con sus obligaciones contractuales.

26. El 10 de diciembre de 1999, un nuevo Gobierno subió al poder en Argentina y en febrero de 2000 rescindió el Contrato debido a supuestos problemas técnicos. En marzo de 2000, se formó una comisión para revisar el Contrato. SITS accedió a la propuesta

formulada por esta comisión en noviembre de 2000 dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Emergencia 25.344 (“propuesta de reformulación contractual”). SITS recibió una propuesta nueva y diferente el 3 de mayo de 2001. El 18 de mayo de 2001, la Demandada rescindió el Contrato por medio del Decreto No. 669, emitido conforme a la Ley de Emergencia 25.344. SITS presentó tres apelaciones administrativas contra el Decreto No. 699 el 5 de junio, el 19 de junio, y el 5 de julio de 2001. Las apelaciones fueron rechazadas por el Decreto No. 1205/01 con fecha del 24 de septiembre de 2001.

27. El 23 de julio de 2001, Siemens notificó a la Demandada una violación del Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Argentina sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones lo que abría un período de negociaciones de seis meses, conforme al Tratado. Representantes de las dos partes se reunieron en varias ocasiones pero no pudieron resolver la diferencia. El 18 de marzo de 2002, Siemens confirmó su acuerdo al arbitraje del CIADI conforme al Artículo 10 del Tratado.

III. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN

La Demandada presentó ocho excepciones a la jurisdicción:

- (1) Siemens ha incumplido los requisitos materiales y temporales del Tratado.
- (2) La controversia fue sometida a la jurisdicción local.
- (3) Siemens carece de *ius standi*: el Tratado exige una relación directa entre la sociedad del otro Estado parte y la inversión.
- (4) Siemens carece de *ius standi*: el Tratado permite reclamos indirectos pero sólo en el contexto del Artículo 4.
- (5) La diferencia no surge directamente de una inversión.

¹ Solicitud de Arbitraje, párr. 13.

- (6) La diferencia sometida por Siemens es hipotética.
- (7) Siemens pretende presentar controversias que nunca fueron denunciadas de conformidad con el Tratado.
- (8) El Contrato tiene una cláusula de jurisdicción específica.

28. Además, la Demandada hizo "algunas consideraciones preliminares" con respecto al concepto de "Inversión e Inversionista", los "Incumplimientos del Tratado", "Desarrollo de la controversia de Inversión", "Algunos Aspectos Preliminares del Contexto y Base Legal de las Demandas de Siemens" y la "Ley Aplicable". El Tribunal considerará en primer lugar la ley aplicable, y siempre y cuando las otras consideraciones preliminares tengan que ver con la jurisdicción del Centro o la competencia del Tribunal, serán consideradas como parte de las excepciones a la jurisdicción. El Tribunal considerará las excepciones a la jurisdicción en el orden presentado en el Memorial sobre Jurisdicción de la Demandada.

1. La Ley aplicable

(a) La posición de la Demandada

29. La Demandada se remite a la cláusula del Tratado sobre la ley aplicable que permite que la diferencia se decida "sobre la base del presente tratado, y en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional".² Basándose en esta disposición, la Demandada sostiene que "la disputa está fundamentalmente gobernada por el derecho argentino, del cual a su vez resulta el derecho aplicable a las cuestiones contractuales

² Memorial sobre Jurisdicción, párr. 93.

y concernientes al status de accionista de una sociedad anónima argentina que subyacen al reclamo de Siemens”.³

(b) La posición de la Demandante

30. La Demandante sostiene que “es un principio bien reconocido que las cuestiones relativas a la jurisdicción han de decidirse únicamente en función del Tratado y el derecho internacional. Las decisiones sobre jurisdicción se rigen exclusivamente por el Artículo 25 del Convenio CIADI y las disposiciones pertinentes del Tratado, en su carácter de *lex specialis*”.⁴ Ninguna de estas disposiciones está afectada por disposición alguna de la ley argentina. Además, el Tratado es un instrumento de derecho internacional y el derecho internacional se aplica conjuntamente al Tratado.⁵ La Demandante también considera que la ley aplicable al contencioso debe ser considerada en la fase del fondo del procedimiento.⁶

(c) Consideraciones del Tribunal

31. Argentina en sus alegaciones no ha distinguido entre la ley aplicable al fondo del asunto y la ley aplicable para determinar la jurisdicción del Tribunal. Siendo éste un Tribunal del CIADI, su jurisdicción está regida por el Artículo 25 del Convenio del CIADI y las condiciones del instrumnto donde se expresa el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI, a saber, el Artículo 10 del Tratado. Por consiguiente, el Tribunal necesita evaluar si la solicitud de arbitraje reúne los requisitos del Artículo 25 del Convenio del CIADI y del Artículo 10 del Tratado.

³ Ibid. párr. 94.

⁴ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 40.

⁵ Ibid. párr. 48.

⁶ Ibid. párr. 44.

2. Primera Excepción: Siemens ha incumplido los requisitos materiales y temporales del Tratado

(a) Posición de la Demandada

32. La Demandante se ha acogido a la cláusula de la nación más favorecida (“CNMF”) del Tratado para evitar un sometimiento previo de la controversia a los tribunales locales como se permite conforme al Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, del 2 de octubre de 1991 (“el APPRI de Chile”). Por otra parte, Siemens alega que el período de 18 meses previsto en el Tratado para dar la oportunidad a que los tribunales locales decidan la controversia a satisfacción de las partes es una mera medida procesal y no es un obstáculo a la jurisdicción del Tribunal, y que sería inútil proseguir este contencioso en los tribunales locales ya que es imposible obtener una decisión de estos tribunales dentro de un período de 18 meses.

33. Argentina considera que el campo de acción de la CNMF puede determinarse sólo a través de la interpretación del tratado específico donde aparece, “no puede hablarse de una forma única de interpretar el alcance de una CNMF, puesto que éste podrá variar según cuáles sean las disposiciones del tratado que la establece”.⁷ En apoyo de este argumento, la Demandada hace referencia a los casos *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, *Anglo-Iranian Oil*, *AAPL*, y *Maffezini* y concluye que “no es posible determinar a priori si una determinada norma de un tratado internacional está o no sujeta a la aplicación de la CNMF de otra convención de igual naturaleza. Ello dependerá de lo que las Partes hayan establecido en cada caso”.⁸

34. Argentina sostiene que la Demandante ha basado su caso en particular en el caso de *Maffezini*, ignorando que la CNMF incluida en el Acuerdo para la Promoción y la

⁷ Memorial sobre Jurisdicción, párr. 112.

Protección Recíprocas de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina ("el APPRI de España") es "sustancialmente distinta de la que consta en el Tratado y debe ser objeto de específico análisis por parte de este Tribunal".⁹ Argentina afirma que las cláusulas NMF "constituyen una suerte de anomalía legal"¹⁰ ya que crean un marco que "condiciona de manera extraordinaria un principio elemental del derecho convencional doméstico e internacional en materia de obligaciones bilaterales: *res inter alios acta*".¹¹ Posteriormente, Argentina hace referencia a la aplicación del principio de *ejusdem generis* y cita el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional ("CDI") sobre Cláusulas MFN: "El Estado beneficiario adquirirá los derechos...sólo respecto de las personas o cosas que se especifiquen en la cláusula o que resulten implícitamente de la materia objeto de ella".¹²

35. Argentina sostiene que la cláusula NMF del Tratado imposibilita a un inversor invocar el APPRI de Chile. Esta alegación está basada en una interpretación textual y contextual, "incluyendo argumentos relativos al derecho internacional aplicable a la relación entre las partes en el momento de la celebración del Tratado, y a las prácticas generales y particulares en materia de tratados de inversión".¹³

36. Argentina sostiene que el texto del Artículo 3(1) del Tratado sólo se refiere a las inversiones y su trato y no abarca el trato de los titulares de las inversiones. La falta del elemento "subjetivo" contrasta con el texto del Artículo 10 del Tratado que se refiere a la posibilidad que tienen las partes (Estado/inversor) de someter sus diferencias a los tribunales competentes y al arbitraje. El Artículo 3(1) no permite interpretar el término inversiones de manera que incluya "las modalidades establecidas para un régimen de solución de

⁸ Ibid, párrs. 114-118.

⁹ Ibid. párr. 119.

¹⁰ Ibid. párr. 120.

¹¹ Ibid.

controversias". No es posible interpretar que un procedimiento de solución de controversias pueda ser considerado un activo - como una inversión – de conformidad con el *uso corriente* de tal término.¹⁴

37. Argentina mantiene igualmente que el texto del Artículo 3(2) del Tratado no permite inferir que las partes pretendían incluir el sistema del arreglo de diferencias dentro del campo de aplicación de la CNMF ya que no es una actividad en relación con una inversión. Este argumento está confirmado por la propia definición de "actividades" en el Ad Artículo 3 del Protocolo. Esta definición se refiere a las transacciones de naturaleza comercial y económica relativas a la explotación y administración de las inversiones. No hay ninguna expresión en la definición que permita al lector incluir tácitamente en la definición usada el arreglo de las diferencias. Según Argentina, "la *ratio legis* del Protocolo es, precisamente, la de limitar este concepto a la gestión de los activos en un sentido comercial".¹⁵

38. Argentina considera que el significado ordinario de la palabra "actividades" dentro del contexto de un tratado de inversión no sostiene una interpretación compatible con la posición de la Demandante. La Demandada considera que, en este contexto, "*actividad* se refiere al conjunto de acciones relativas a la gestión y explotación, y podría entenderse en el sentido de empresa, tal como ha sido expuesta por la moderna doctrina comercialista".¹⁶ Este significado es reafirmado por la definición de "compañía" en el Artículo 1(4) del Tratado: "todas las personas jurídicas, [...] independientemente de que su actividades tengan o no fines de lucro."

¹² Ibid. párr. 121, Art. 2(2).

¹³ Ibid. párr. 125.

¹⁴ Ibid. párrs. 129-132.

¹⁵ Ibid. párr. 137.

¹⁶ Ibid. párr. 140.

39. Además Argentina apoya su posición analizando las disposiciones en las leyes de Italia, Alemania y Argentina y concluye que “ambos Estados partes en el Tratado le dan al concepto de actividad un alcance equivalente, que confirma que las partes se estaban refiriendo a operaciones técnico-económicas vinculadas con la explotación de las inversiones y no al sistema de solución de controversias”.¹⁷

40. Según la Demandada, esta conclusión se ve reforzada por el Artículo 10 del Tratado. Este Artículo permite “acceder a los mecanismos de solución de controversias – de manera indistinta - tanto a los inversores como a los Estados. En cambio, los únicos que realizan las actividades a las que se refiere el Protocolo son los inversores, ya que son los únicos que realizan actividades relativas a las inversiones. Si en el Convenio se hubiera querido hacer referencia también a éstas últimas, la norma debería haber sido formulada en términos más generales”.¹⁸ Además, el régimen de solución de controversias no puede ser considerado bajo ningún concepto como una actividad de los nacionales o las sociedades, puesto que no son éstos quienes la realizan.¹⁹

41. Otro argumento presentado por la Demandada es que los temas amparados por el Artículo 3(1) y (2) del Tratado están basados en el trato que es trato nacional. El Tratado asegura el mismo trato a los inversores extranjeros y a los inversores nacionales y, por consiguiente, "las materias a las que se aplican estas cláusulas deben ser aquellas que hagan posible brindar dicho idéntico trato".²⁰ Las reglas con respecto al arreglo de diferencias son excepcionales y exclusivas para los inversores extranjeros: "Consecuentemente, no puede

¹⁷ Ibid. párrs. 142-145.

¹⁸ Ibid. párr. 147.

¹⁹ Ibid. párr. 148.

²⁰ Ibid. párr. 153.

argumentarse – al menos, lógicamente - que el sistema de resolución de controversias esté comprendido dentro de las obligaciones de trato de los artículos 3(1) y 3 (2) del Tratado".²¹

42. Según la Demandada una interpretación armoniosa de estas disposiciones del Tratado conlleva inevitablemente la exclusión de las cláusulas sobre el arreglo de diferencias de la CNMF. Las excepciones en el Artículo 3(3) y (4) y en el Protocolo concernientes a las ventajas fiscales demuestran también que estas disposiciones hacen referencia a la competitividad de la inversión como se menciona específicamente en el Ad Artículo 3(2) del Protocolo.²²

43. La Demandada afirma que la estructura del Tratado también demuestra que, cuando las partes quisieron otorgarle un sentido más amplio a la CNMF, así lo hicieron. En este respecto, Argentina hace referencia al hecho de que hay una CNMF en el Artículo 4 que no se refiere al trato nacional. Argentina explica que no tendría sentido incluirla ya que las disposiciones del Artículo 4 no están de acuerdo con los derechos disfrutados por inversores nacionales. Por otro lado, las disposiciones del Tratado sobre transferencias de capital (Artículo 5) o arreglo de diferencias (Artículo 10) no incluyen ni la cláusula del trato nacional ni la CNMF. Ninguna de estas disposiciones se aplicaría a los súbditos nacionales, como es el caso del Artículo 4, pero aún así no hay ninguna CNMF en estos artículos.

44. Según Argentina, la interpretación del Tratado presentada por la Demandante viola el principio de interpretación efectiva, a saber, *ut res magis valeat quam pereat*, en contra del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“la Convención de Viena”). El Artículo 4(4) sería superfluo ya que su materia estaría incluida en el Artículo 3(1) y (2) del Tratado.

²¹ Ibid. párr. 154.

²² Ibid. párrs. 155-160.

45. La Demandada afirma que los derechos reconocidos en el Artículo 3 son diferentes de los reconocidos en el Artículo 10 y recuerda que ambas partes de la diferencia pueden, en virtud del Artículo 10, presentarla ante los tribunales locales seis meses después de su notificación. En este contexto, Siemens confiere a la CNMF en el Artículo 3 “un efecto exorbitante y contrario a los más elementales principios generales del derecho: el de una renuncia tácita o implícita a un derecho expresamente consagrado en el Tratado”.²³ Por tanto, Argentina afirma que “a todo evento, la República Argentina solicita, de conformidad con las facultadas que le confiere el artículo 10(2) del Tratado, que la controversia sea sometida a los tribunales nacionales competentes”.²⁴

46. Argentina retoma entonces una interpretación contextual de la CNMF en el Artículo 3. La Demandada señala primero que, conceptualmente, el acuerdo para arbitrar es separable de las disposiciones sustantivas, y el Artículo 3 tiene que ver con disposiciones sustantivas. Segundo, Argentina encuentra una similitud entre la CNMF y la cesión y manifiesta que es incuestionable que si el objeto de la cesión es un compromiso de arbitraje el acuerdo de la otra parte es indispensable. Tercero, Argentina argumenta que el principio de *ejusdem generis* es incluso más restrictivo cuando se trata de cuestiones procesales y jurisdiccionales. Basándose en la jurisprudencia francesa, la Demandada concluye que, a menos que se señale explícitamente, la CNMF no se aplica implícitamente a cuestiones procesales.²⁵

47. Argentina examina el significado de la CNMF en virtud del derecho internacional en el momento en que el Tratado era ejecutado. Argentina argumenta que, en los dos casos en los que la CIJ ha tenido que ver con una CNMF (*Anglo-Iranian Oil and US*

²³ Ibid. párr. 172.

²⁴ Ibid. párr. 174.

Nationals in Morocco), la CIJ “negó la pertinencia de la cláusula para extender el beneficio de la nación más favorecida al ámbito jurisdiccional”.²⁶ La Demandada también se refiere a la decisión de la comisión arbitral en *Ambatielos* y afirma que esta comisión decidió sobre criterios substantivos de tratamiento y no sobre compromisos jurisdiccionales. Basándose en estos tres casos, la Demandada afirma que, “a la luz de la evolución del derecho internacional al momento de la suscripción del Tratado, no sólo puede decirse que no había elementos para presumir que los compromisos jurisdiccionales establecidos en el Tratado pertenecían al ámbito operativo de la CNMF sino que, por el contrario, había elementos concretos para llegar a la conclusión opuesta”.²⁷

48. Argentina mantiene que la práctica de las partes en relación a los tratados de inversión demuestra que, si las partes pretendiesen incluir el sistema de solución de controversias en el ámbito de aplicación de la CNMF, lo harían expresamente. Este es el caso del Acuerdo entre la República Argentina y la República de Corea para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones con fecha del 17 de mayo de 1994. El Reino Unido ha incluido una referencia específica a la solución de controversias en la CNMF de sus tratados pero no en el Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección de Inversiones del 11 de diciembre de 1990. La Demandada hace también referencia al claro lenguaje del APPRI de España pero limita su importancia porque España no acepta que ese acuerdo incluya cláusulas jurisdiccionales en su CNMF y por tanto tampoco lo acepta Argentina.²⁸

²⁵ Ibid. párrs. 175-187.

²⁶ Ibid. párr. 188. Subrayado en el original.

²⁷ Ibid. párr. 202.

²⁸ Ibid. párrs. 206-208.

49. Argentina enfatiza que la disposición del Tratado sobre solución de controversias diverge de las alternativas recogidas en el tratado modelo de inversión alemán. A partir de este hecho, la Demandada llega a dos conclusiones: “La primera es que las partes adoptaron expresamente tal mecanismo de solución de controversias. La segunda es que las partes consideraron de especial importancia tal mecanismo y, pese a que resultaba contrario a la política propiciada en el modelo del tratado alemán, tampoco negociaron una CNMF que permitiera superar esta situación a futuro, si la República Argentina modificaba su política sobre el punto”.²⁹

50. Argentina se basa en la práctica de sus APPRI para demostrar que no todas las cláusulas NMF y de solución de controversias son las mismas, que son específicamente negociadas caso por caso y “que no puede presumirse, en modo alguno, que las cuestiones relativas al modo y forma del sometimiento de la República Argentina a jurisdicciones internacionales, no sean parte de sus políticas públicas fundamentales”.³⁰ Según la Demandada, los temas especialmente considerados por las partes contratantes no pueden ser objeto de aplicación de la CNMF tal como reconoció el tribunal en *TEC MED*.³¹

51. Argentina mantiene que el Artículo 10 del Tratado refleja una “moderación” de la regla del agotamiento de los recursos internos, y que el Tratado requiere que Siemens haga uso de estas vías “– de manera diligente – por al menos 18 meses, como requisito previo a intentar comprometer la responsabilidad de la República Argentina bajo el Tratado por ante un tribunal internacional”.³² La interpretación de Siemens llega “al absurdo de pretender, por una supuesta aplicación de la misma, una suerte de renuncia tácita a la regla del agotamiento

²⁹ Ibid. párr. 211.

³⁰ Ibid. párr. 217.

³¹ Ibid. párr. 212.

³² Ibid. párr. 218.

de los recursos internos. Ello, naturalmente, se contradice con la doctrina, la jurisprudencia y la práctica internacionales generalmente aceptadas”.³³ Argentina hace referencia a *ELSI* donde la CIJ sostuvo que se encontraba “imposibilitada para aceptar que se prescindiese tácitamente de un principio del derecho internacional consuetudinario tan importante, en ausencia de cualquier palabra que aclarase una intención contraria”.³⁴ Argentina también señala que las limitaciones a la soberanía del Estado deberían ser tratadas de forma restringida y que había advertido a Siemens en dos ocasiones de que el APPRI de Chile no constituía una base válida para presentar esta reclamación ante el CIADI sin presentarla primero de los tribunales locales.³⁵

52. Argentina apunta que en el caso *Maffezini* no obstante la generalidad de la CNMF, España consideró que no se aplicaba a cuestiones de procedimiento y el tribunal reconoció que era necesario “determinar si la omisión responde a la intención de las partes, o si la extensión de la cláusula puede deducirse razonablemente de la práctica de las partes en su tratamiento de los inversionistas extranjeros y de sus propios inversionistas”.³⁶ Argentina considera susceptible de ser cuestionado el razonamiento que lleva a la conclusión de que la CNMF en el APPRI de España abarca la solución de controversias, y que el Tribunal debería tener en cuenta “el específico marco del análisis que realizó el tribunal, el carácter no vinculante para los terceros de los precedentes jurisprudenciales, y, en su caso, la distinción entre aspectos que merecieron la atención del tribunal a los fines de llegar a la decisión (holding) y aquellos que resultan sobreabundantes (*obiter dicta*)”.³⁷

³³ Ibid. párr. 219.

³⁴ *Caso relativo a Elettronica Sicula S.p.A.* 1989 ICJ Reports, p. 50.

³⁵ Ibid. párrs. 221-227.

³⁶ *Maffezini*, párr. 53.

³⁷ Memorial sobre Jurisdicción, párr. 232.

53. Argentina considera incorrecto el análisis de *Ambatielos* por el tribunal en el caso *Maffezini*. Argentina alega que la decisión de *Ambatielos* en relación a la administración de justicia tenía un contenido sustantivo porque lo que se discutía era si “el Sr. Ambatielos tenía derecho, en base a la CNMF, a recibir de los tribunales ingleses un *trato justo*, un *trato equitativo*, y un *trato conforme con el derecho*”.³⁸ Argentina también considera que ese tribunal no tomó nota adecuadamente de “las significativas diferencias entre las cuestiones sustanciales planteadas en tal caso y las cuestiones de naturaleza jurisdiccional que debía decidir en el caso *Maffezini v. España*”.³⁹ Es más, el tribunal del caso *Maffezini* ignora el caso *Anglo-Iranian Oil* en el que la CIJ “afirmó categóricamente la inaplicabilidad de una CNMF a cuestiones jurisdiccionales”.⁴⁰

54. Argentina considera que la conclusión alcanzada por el tribunal en el caso *Maffezini* está basada en la descripción de situaciones tales como la conveniencia de operadores e inversores y la relación de derechos sustantivos y mecanismos de solución de controversias. No está basada, como debería ser, en la fuente del derecho pertinente: la intención de las partes. No existe ningún análisis específico del principio de *ejusdem generis*. La única referencia relevante es a la generalidad de la CNMF. Si esta es la base de la conclusión del tribunal, entonces las demás afirmaciones vinculadas a la conveniencia de los inversores y la relación de derechos sustantivos y jurisdiccionales son de naturaleza *obiter dicta*.⁴¹

55. Argentina es consciente de que, con este razonamiento, el tribunal del caso *Maffezini* “invierta el orden en el análisis y, transformando a la excepción en regla y

³⁸ Ibid. párr. 235. Énfasis en el original.

³⁹ Ibid. párr. 237.

⁴⁰ Ibid. párr. 241.

⁴¹ Ibid. párrs. 242-249.

viceversa, le confiera prioridad al acceso a mecanismos de solución de controversias que son especiales, por sobre principios fundamentales del derecho internacional”.⁴²

56. Argentina mantiene que Siemens no puede negarse a cumplir con las disposiciones del Tratado porque sean de naturaleza procesal o porque recurrir a los tribunales locales sea inútil o caro. Argentina destaca que Siemens cambia de un tratado a otro, lo cual no es consistente con la prohibición de contradicción en perjuicio de una tercera parte, un hecho que la Demandada solicita que el Tribunal tenga en cuenta.⁴³ En cualquier caso, los tratados a los que Siemens hace referencia en apoyo de sus argumentaciones no son aplicables desde el momento en que contienen mecanismos de solución de controversias que no requieren “una previa, efectiva y diligente utilización de la jurisdicción nacional”. Requieren simplemente un período de espera para las negociaciones.⁴⁴

57. Argentina recuerda que su conformidad con el arbitraje internacional está sujeta al requisito de llevar la diferencia a los tribunales locales en primer lugar. Esto “implica no sólo aspectos relativos a la fuente legal del consentimiento a la jurisdicción arbitral, sino que también se relaciona con delicadas cuestiones de política económica y de política exterior. Tal plazo constituye, en síntesis, un elemento esencial de la excepcional oferta jurisdiccional que se formula en los tratados de inversión”.⁴⁵

58. No se puede argumentar, mantiene Argentina, que la situación haya cambiado en lo que respecta a los gastos legales en Argentina o que el poder judicial en Argentina sea más ineficaz de lo que era cuando se firmó el Tratado. En ambos casos, la situación no ha cambiado. El Tribunal no puede redefinir el Tratado sin incurrir en “un gravísimo y

⁴² Ibid. párr. 249.

⁴³ Ibid. párr. 260.

⁴⁴ Ibid. párr. 262. Énfasis en el original.

⁴⁵ Ibid. párr. 263.

manifiesto exceso de poderes que no sólo tornaría nulo todo lo actuado, sino que desprestigiaría gravemente al naciente sistema de protección internacional de las inversiones”.⁴⁶

59. En su último punto, Argentina llama la atención del Tribunal sobre el caso *Maffezini* con respecto a la consideración del requisito de que los inversores presenten un contencioso sobre inversiones ante un tribunal local, como meramente temporal. Así el tribunal sostuvo “(...) se da a los tribunales de las Partes Contratantes la oportunidad de asegurar las obligaciones internacionales garantizadas por el ABI. A la luz del texto del tratado, debe suponerse que esta es una facultad que las Partes Contratantes quisieron conservar para sus tribunales, aún cuando dentro de un plazo determinado. La segunda consideración es que la interpretación que hace la Demandante del Artículo X(2) privaría a esta disposición de todo significado, lo que no se compadecería con los principios generalmente aceptados de interpretación de los tratados, especialmente los de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.⁴⁷

(b) Posición de la Demandante

60. Siemens refuta la interpretación restrictiva del Tratado en la que Argentina basa sus argumentos. La Convención de Viena requiere que las disposiciones de un tratado sean interpretadas de buena fe. Aplicando este principio a la lectura del Tratado y la CNMF, Siemens concluye que esta cláusula recoge todas las cuestiones cubiertas por el Tratado, excepto aquellas expresamente incluidas en el Artículo 3(3) y (4) y el Ad Artículo 3(b) del Protocolo y la Nota Reversal fechada el 9 de abril de 1991. Siemens considera que “Los mecanismos de solución de controversias forman parte de las garantías para la promoción y

⁴⁶ Ibid. párr. 268.

⁴⁷ Ibid. párr. 270. Énfasis en el original.

protección de inversiones conferidas a los inversores, y el arbitraje internacional ante el CIADI destinado a la solución de diferencias relativas a inversiones es uno de los más importantes de ellos”.⁴⁸

61. Siemens argumenta que tiene derecho a recurrir a la jurisprudencia en apoyo de su reclamación sin que esto se considere una violación del Artículo 53 del Convenio. Argentina concibe de forma errónea la confianza de Siemens en la autoridad legal surgida del caso *Maffezini*. Es evidente para Siemens que el principio de *res inter alios acta* no tiene relevancia para el funcionamiento de una CNMF.⁴⁹

62. De acuerdo con Siemens, el Artículo 3 del Tratado se refiere al *trato* otorgado a inversiones e inversores. No parece lógico proteger la inversión y denegar esta protección a su propietario. El trato en virtud del Tratado no se restringe a ningún estándar sustantivo: “El tratamiento de la NMF está dispuesto en una cláusula separada sin que se identifique ninguna materia específica que pueda limitar el ámbito de aplicación de dicha cláusula”.⁵⁰

63. Siemens considera que el Artículo 3(2) extiende, en vez de limitar, la aplicación de la CNMF. El término “actividad” es amplio e inclusivo y la lista de actividades enumerada en el Protocolo está precedida por las palabras “especialmente pero no exclusivamente”. De acuerdo con Siemens, “La solución de una diferencia relativa a inversiones queda comprendida en dicho término; especialmente, el ejercicio del derecho del inversor a iniciar una acción destinada a resolver un reclamo planteado en materia de inversiones al amparo del Tratado constituye un claro ejemplo del ejercicio, por parte del inversor, de una actividad relacionada con la inversión de conformidad con el artículo

⁴⁸ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 69.

⁴⁹ Ibid. párrs. 72-73.

⁵⁰ Ibid. párrs. 77 y 79.

analizado”.⁵¹ Incluso si fuese posible interpretar el término “actividad” de forma restringida en virtud del Tratado, “la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión que describe el Protocolo son términos abarcativos [sic] de actividades desarrolladas en el marco de la solución de controversias. Es una característica normal de la operación y administración de una empresa involucrarse en litigios. La facultad de iniciar acciones legales es un componente clásico de la administración”.⁵²

64. Siemens sostiene que es irrelevante para la jurisdicción del Tribunal que el Estado pueda recurrir a la solución de controversias que se recoge en el Tratado. Esto no debería ser una razón “para negar al inversor su derecho a iniciar un arbitraje en condiciones no menos favorables que aquellas de que gozan los inversores de un tercer Estado”. El derecho de Siemens es independiente del derecho del Estado.⁵³

65. La Demandante refuta la conexión establecida por Argentina entre el trato nacional y el trato de la CNMF. La Demandante considera que no existe base alguna en el Tratado para semejante lectura. De hecho, el Tratado proporciona un trato NMF y un trato nacional como medidas alternativas de protección; son independientes y pueden ser recurridas por inversores extranjeros aisladamente. Esta visión del Artículo 3 del Tratado viene confirmada por la CDI que, en su Comentario al Proyecto del Artículo 19(1) declara:

“En presencia del trato de la nación más favorecida, el trato nacional o cualquier otro trato respecto a la misma materia, el Estado beneficiario no sólo puede elegir entre esos diversos tratos, sino que también puede hallarse en condiciones de optar por el goce acumulado de la totalidad, de algunos, o de ciertas partes de esos tratos. [...] siempre que se otorguen al Estado beneficiario diferentes tipos de trato respecto a la misma materia, ese Estado tendrá derecho a reivindicar, en cada caso particular, cualquier trato o combinación de tratos que prefiera”.⁵⁴

⁵¹ Ibid. párrs. 83 y 85.

⁵² Ibid. párr. 87.

⁵³ Ibid. párrs. 91-92.

⁵⁴ Ibid. párr. 103, citación.

66. Siemens llega a una conclusión opuesta a la de la Demandada en referencia a las excepciones incluidas en el Artículo 3 y la inclusión de una CNMF adicional en el Artículo 4. La CNMF en el Artículo 3 se aplica “a la “esfera convenida de relaciones” protegida por el Tratado en su conjunto, excepto en aquellos casos en que las partes contratantes hayan negociado su exclusión, lo que no ocurre respecto de la solución de controversias”.⁵⁵

67. En lo que concierne al Artículo 4, la existencia de una disposición específica no invalida el efecto de un trato de la CNMF desligado de una disposición particular; si así fuera, invalidaría el significado del Artículo 3 por completo. La lectura de la CNMF en el Artículo es diferente de la que se hace en el Artículo 3: “mientras que la CNMF general es objeto de las excepciones dispuestas en el Artículo 3(3) y (4), éstas no resultan de aplicación en el caso del Artículo 4”.⁵⁶ También hay diferencias entre las dos cláusulas en lo referente al trato nacional. El trato nacional en el Artículo 4 está limitado al caso cubierto por el Artículo 4(3).⁵⁷

68. Siemens considera irrelevantes los argumentos hechos por Argentina sobre divisibilidad, *Kompetenz-Kompetenz* y cesión de derechos. La Demandante mantiene que las consideraciones aplicadas a la divisibilidad no guardan ninguna relación con la CNMF. La autoridad del Tribunal, para decidir su propia competencia, tampoco tiene ninguna relación con la cuestión de la CNMF, excepto que el Tribunal tiene el poder de decidir al efecto de la CNMF sobre su competencia. En cuanto a la cesión de derechos, no existe “ni cedente ni cesionario en la aplicación de una CNMF”.⁵⁸

⁵⁵ Ibid. párr. 108.

⁵⁶ Ibid. párr. 114.

⁵⁷ Ibid. nota de pie de página 102.

⁵⁸ Ibid. párrs. 116-119.

69. Siemens argumenta que el principio de *ejusdem generis* no impide la aplicación de la CNMF como lo pretende Siemens. De acuerdo con Siemens, Argentina interpreta erróneamente este principio y sus efectos. Siemens pone en duda que el Informe de la CDI sobre la CNMF o el comentario de la CDI proporcionen una base para una interpretación restrictiva con respecto al principio de *ejusdem generis* o para el requisito de que una CNMF se refiera expresamente a cuestiones de orden procesal y jurisdiccional. Lo mismo puede decirse de los casos citados por la Demandada. El Tratado no se refiere a cuestiones jurisdiccionales o procesales. El principio de *ejusdem generis* sólo requiere que la CNMF y la cláusula acordada en el tratado de una tercera parte se vinculen a la jurisdicción. Las cuestiones objeto del Tratado y del APPRI de Chile son idénticas.⁵⁹

70. Siemens también considera errónea la interpretación hecha por Argentina de los casos *Anglo-Iranian Oil Co.*, *Asunto relativo a los derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*, y *Ambatielos*. En *Anglo-Iranian Oil Co.*, el caso fue decidido principalmente en base a consideraciones de derecho inter-temporal. Los tratados en cuestión no guardaban relación alguna con materias jurisdiccionales y, por tanto, la Demandante, en base a la CNMF, no podía apoyarse en otros tratados a efectos de jurisdicción.⁶⁰ En *Rights of Nationals*, la CIJ resolvió que “una CNMF redactada en términos amplios de un tratado que trata diversos temas, entre ellos, los de la jurisdicción, da derecho al beneficiario a exigir privilegios jurisdiccionales consagrados en tratados con terceras partes. La única razón por la cual los privilegios jurisdiccionales fueron, en definitiva, denegados fue que se habían extinguido dado que los derechos que surgían de los tratados celebrados con

⁵⁹ Ibid. párrs. 123-127.

⁶⁰ Ibid. párr. 131.

terceras partes habían perdido vigencia”.⁶¹ En cuanto a *Ambatielos*, Siemens disputa que el tema controvertido estuviera relacionado con estándares sustantivos de trato y no con acuerdos procesales jurisdiccionales.⁶² Siemens considera que, cuando la Comisión se refería a “la administración de justicia”, no hacía ninguna distinción entre derechos sustantivos y procesales. La conclusión importante de la Comisión fue que “la protección judicial era un elemento natural de las cuestiones relativas al comercio y navegación”.⁶³ Siemens considera esta conclusión particularmente relevante a efectos de “actividades en conexión con inversiones”. (Artículo 3(2) del Tratado).⁶⁴

71. Con posterioridad Siemens hace referencia a la práctica de los Estados con respecto a los APPRI en general y de Argentina en particular para concluir que las cláusulas NMF concebidas en términos amplios son la regla más que la excepción. La práctica de Argentina demuestra también que no hay ninguna consistencia en lo relativo al acceso al arbitraje internacional en relación al período de espera y al recurso previo ante los tribunales locales. Esta inconsistencia es tal que no se puede argumentar, como lo hace Argentina, que recurrir primero ante los tribunales locales sea parte del orden público de Argentina. Por otro lado, “la situación descrita por Argentina con respecto a las disposiciones sobre mecanismos de solución de controversias en sus BITs recientes es un caso clásico para la aplicación de la CNMF. La distinta regulación sobre el acceso al arbitraje internacional en distintos BITs crea una situación que discrimina a los inversores de algunas nacionalidades”.⁶⁵ El efecto de la CNMF es el de armonizar las condiciones aplicables a los inversores independientemente de su nacionalidad. Siemens considera que “la existencia de tratados con distintas disposiciones

⁶¹ Ibid. párr. 133.

⁶² Ibid. párr. 139.

⁶³ Ibid. párr. 140.

⁶⁴ Ibid. párr. 142.

no es un argumento en contra de la aplicación de una CNMF sino una condición previa y necesaria para su aplicación”.⁶⁶

72. En lo referente al hecho de que los términos del Artículo 10 del Tratado están en discrepancia con los del tratado modelo de inversiones bilaterales alemán y por tanto demuestran que fueron específicamente negociados, Siemens argumenta que esto no es una razón suficiente para excluir las disposiciones del Artículo 10 de la aplicación de la CNMF: “No existe sustento para sostener que las CNMFs sean aplicables solamente a las disposiciones que no fueron objeto de negociaciones”.⁶⁷

73. Siemens refuta también las consecuencias atribuidas por Argentina a *TECMED*. En ese caso, el Tribunal de Arbitraje concluyó que “*TECMED* debía diferenciarse del caso *Maffezini* dada la naturaleza sustantiva, más que procesal o jurisdiccional (como en *Maffezini*) del asunto en cuestión. Debido a que la cuestión que se debate en este caso es prácticamente idéntica a la existente en *Maffezini*, la decisión alcanzada en *TECMED* no puede sino confirmar el reclamo de Siemens, en lugar de refutarlo”.⁶⁸

74. Siemens rebate los argumentos de Argentina sobre las conclusiones de *Maffezini* y su aplicación a este caso. Primero, la diferente redacción de las dos cláusulas NMF no era importante para la decisión sobre *Maffezini*. El tribunal basó su conclusión en las inextricables conexiones de los procedimientos de solución de controversias para la protección de inversores extranjeros y no en las palabras “todas las cuestiones” de la CNMF del APPRI de Chile. Segundo, no es necesario tener la voluntad expresa de las partes para

⁶⁵ Ibid. párr. 170.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid. párr. 168.

⁶⁸ Ibid. párr. 162.

incluir la solución de controversias en la CNMF. La voluntad de las partes puede ser “razonablemente deducida”, y puede ser deducida en las disposiciones del Tratado.⁶⁹

75. Siemens mantiene que las principales consideraciones del tribunal en *Maffezini* pueden ser aplicadas en este caso: Ambos tratados pertenecen a la misma categoría y contienen disposiciones casi idénticas sobre solución de controversias, la redacción de las dos cláusulas NMF no revela diferencias importantes en su ámbito de aplicación; en el Tratado esta cláusula aparece por sí misma, mientras que en el APPRI de Chile forma parte de un artículo referido a un aspecto particular de trato, de ahí la necesidad de enfatizar que se aplica a todas las materias cubiertas por el APPRI. La práctica de los APPRI de Argentina demuestra que “dicho Estado ha intentado asegurarse un método de solución de controversias para sus inversores en el exterior que resulta más favorable que el conferido en virtud del Tratado a los inversores extranjeros en su propio territorio”. Ninguna de las limitaciones mencionadas en el caso *Maffezini* se puede aplicar en este caso: El requerimiento procesal es exactamente el mismo en ambos casos y no refleja una cuestión de orden público fundamental. Siemens concluye que Argentina no ha conseguido distinguir este caso del caso *Maffezini*.⁷⁰

76. Siemens considera que las críticas de *Maffezini* en relación a la interpretación de *Ambatielos* no están justificadas. La CNMF en *Ambatielos* no tenía una mayor amplitud que en *Maffezini*. La cláusula en *Ambatielos* abarca la administración de justicia en la misma medida en que en *Maffezini* abarca la solución de controversias. No hay ninguna base en *Ambatielos* para distinguir entre derechos sustantivos vinculados a la administración de justicia y acuerdos jurisdiccionales. Las disposiciones relativas a la administración de justicia y a la solución de controversias se refieren a los mecanismos para la protección de derechos.

⁶⁹ Ibid. párrs. 180-183.

⁷⁰ Ibid. párr. 184.

Siemens considera igualmente injustificadas las críticas a *Maffezini* por no razonar la aplicación del principio de *ejusdem generis* en ese caso, por falta de lógica, por confusión acerca de los hechos y la ley, por no haber dado prioridad a las reglas internacionales consuetudinarias sobre el APPRI y el Convenio, y por no haber tenido en cuenta que el período de 18 meses era una manifestación convencional moderada de la regla del agotamiento de los recursos internos.⁷¹

77. Siemens rebate los argumentos de Argentina sobre la condición del Artículo 10 de presentar recurso previo ante los tribunales locales. Según Argentina, este requisito “no es sino una forma moderada del principio del agotamiento de las instancias locales”,⁷² y el agotamiento de las vías internas no puede ser descartado tácitamente mediante la aplicación de la CNMF. Siemens recuerda que el Artículo 26 del Convenio cambia el orden y, a menos que haya una condición explícita para agotar los recursos internos, la regla no se aplica. Las Partes Contratantes no limitaron su consentimiento de arbitraje al agotamiento de los recursos internos cuando firmaron el Convenio o el Tratado. En cualquier caso, existe una diferencia entre la exigencia de agotar los recursos internos y la obligación de recurrir a los tribunales nacionales por un período de tiempo limitado. Este último requisito es básicamente una regla de procedimiento, las partes pueden recurrir al arbitraje después de que haya caducado el período de tiempo.⁷³

78. Siemens considera que recurrir a los tribunales locales sería inútil, ya que es perfectamente sabido, y Siemens presentó una dictamen pericial en este sentido, que es imposible que los tribunales locales decidan un caso como éste en 18 meses tal y como se recoge en el Tratado. Siemens hace referencia a la jurisprudencia de la CIJ y otros tribunales

⁷¹ Ibid. párr. 194.

⁷² Ibid. párr. 197.

para demostrar que “se niegan, por lo general, a considerar que el incumplimiento de cláusulas que imponen períodos de espera constituya un obstáculo para su jurisdicción. Al rechazar las objeciones planteadas a su jurisdicción con fundamento en dichas cláusulas, destacaron la manifiesta inutilidad de recurrir a los medios alternativos de solución de controversias contemplados en dichas cláusulas”.⁷⁴ La insistencia de Argentina en que Siemens recurra a los tribunales locales sólo sirve para obstruir este procedimiento de arbitraje con retrasos injustificados y gastos desproporcionados. De acuerdo con Siemens, insistir en un procedimiento que es incapaz de conseguir el resultado previsto es contrario a la exigencia de cumplir de buena fe con las obligaciones de un tratado.⁷⁵

(c) Consideraciones del Tribunal

79. Los siguientes temas surgen de las alegaciones intercambiadas por las partes:

- (i) Interpretación del Tratado.
- (ii) Carácter específico o general de las cláusulas NMF en el Artículo 3.
- (iii) Si las cláusulas NMF en el Artículo 3 son consideradas generales, razón de ser de la CNMF en el Artículo 4.
- (iv) Protección de inversiones o inversores.
- (v) Efecto de la referencia al trato nacional en el ámbito de aplicación de la CNMF.
- (vi) Trato de los inversores y solución de controversias.
- (vii) Agotamiento de los recursos locales.
- (viii) Trascendencia de los cambios negociados en el modelo del APPRI alemán.

⁷³ Ibid. párrs. 197-203.

⁷⁴ Ibid. párr. 205.

(ix) Efecto en el ámbito de aplicación de la CNMF del derecho del Estado a llevar la controversia ante sus tribunales.

(x) La reclamación de una ventaja otorgada por un tratado a través de una CNMF provoca la aplicación de todas las disposiciones de ese tratado.

(i) *Interpretación del Tratado*

80. Ambas partes han basado sus argumentos en la interpretación del Tratado de acuerdo con el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este Artículo dispone que un tratado “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El Tribunal se adherirá a esas reglas de interpretación para considerar las disposiciones del Tratado. La primera cuestión formulada en las alegaciones de la Demandada es si el Tratado debería ser interpretado de forma amplia o restrictiva.

81. El Tribunal considera que el Tratado no debe ser interpretado ni restrictiva ni libremente, ya que ninguno de estos adverbios forma parte del Artículo 31(1) de la Convención de Viena. El Tribunal debe guiarse por el propósito del Tratado como se expresa en su título y preámbulo. Es un tratado “para proteger” y “para fomentar” inversiones. El preámbulo recoge que las partes han aprobado las disposiciones del Tratado con el propósito de crear condiciones favorables para las inversiones de los ciudadanos o sociedades de uno de los dos Estados en el territorio del otro Estado. Ambas partes reconocen que el fomento y protección de estas inversiones por un tratado pueden estimular la iniciativa económica privada e incrementar el bienestar de los ciudadanos en ambos países.⁷⁶ La intención de las

⁷⁵ Ibid. párrs. 229-230.

⁷⁶ Traducido por el Tribunal al inglés en la versión en inglés.

partes es clara. Es la de crear condiciones favorables para las inversiones y estimular la iniciativa privada.

(ii) *Carácter específico o general de las cláusulas NMF en el Artículo 3*

82. Hay tres cláusulas en el Tratado que se refieren al trato de la NMF: el Artículo 3(1), el Artículo 3(2) y el Artículo 4(4). El Tribunal considerará en primer término las cláusulas NMF en el Artículo 3, las cuales, para facilitar su referencia, son reproducidas aquí:

Artículo 3(1): Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.

Artículo 3(2): Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados.⁷⁷

83. Las excepciones en el Artículo 3 a un trato no menos favorable se refieren a los privilegios acordados en el contexto de uniones aduaneras o económicas y de áreas de libre comercio (Artículo 3(3)), y a las ventajas garantizadas en acuerdos impositivos (Artículo 3(4)). El Protocolo complementa estas excepciones excluyendo medidas dictadas para asegurar el orden público o la seguridad interna o externa, y las ventajas, exenciones o reducciones fiscales otorgadas a los ciudadanos o sociedades de cada Parte Contratante (Ad Artículo 3(a) y (b)). Además, el Protocolo afirma que “actividades” se refiere en especial pero no exclusivamente a la administración, uso y beneficio de una inversión y que las medidas que afectan la adquisición de materias primas y otros factores de producción dentro y fuera de

⁷⁷ Traducido por el Tribunal al inglés en la versión en inglés.

cada Parte Contratante serán consideradas, especial pero no exclusivamente, medidas de trato no menos favorable (Ad Artículo 3(a)).

84. Basándose en las excepciones y disposiciones del Protocolo, la Demandada ha alegado que el trato contemplado en el Artículo 3 está limitado al propio Artículo 3 y se refiere al trato de transacciones de una naturaleza comercial y económica en relación a la explotación y gestión de inversiones. De acuerdo con la Demandada, el trato que las partes pretendían está relacionado con la competitividad de las inversiones.

85. Las primeras dos cláusulas del Artículo 3 se refieren simplemente a “un trato no menos favorable”. “Trato” se refiere a un comportamiento con respecto a una entidad o una persona. El término “trato” no viene ni calificado ni descrito excepto a través de la expresión “no menos favorable”. El término “actividades” es igualmente general. La necesidad de excepciones confirma la generalidad del significado de trato o actividades en vez de poner límites más allá de lo que se afirma en las excepciones. Para aclarar en el Protocolo el término “actividades” usado en el Artículo 3(2), los redactores tuvieron el cuidado de afirmar dos veces que la aclaración es especial pero no exclusiva. Esta es una indicación evidente de que las aclaraciones no limitan el significado del término “actividades” más allá de lo que se indica. Simplemente enfatizan cuestiones que preocupan especialmente a las partes. Cuando las partes pretendían incluir una limitación absoluta a través de una excepción, así lo hicieron en los apartados (3) y (4) del Artículo 3 y en el Protocolo en relación a las medidas de seguridad o privilegios fiscales de nacionales o sociedades nacionales. Si la intención fuese la de limitar el contenido del Artículo 3 más allá de esas excepciones, la generalidad de los términos “trato” o “actividades” habría sido restringida. El hecho de que

este no sea el caso es una indicación de su pretendido amplio ámbito de aplicación. El trato en el Artículo 3 se refiere al trato en virtud del Tratado en general y no sólo de ese artículo.

86. Por estas razones, el Tribunal concluye que una lectura del Artículo 3(1) y (2) clara y contextual no limita el trato a transacciones de naturaleza comercial y económica en relación a la explotación y gestión de inversiones como ha alegado Argentina. Esta lectura del Artículo 3(1) y (2) queda reforzada por la consideración de que el término “sociedades”, tal y como está definido en el Tratado, incluye “sociedades y asociaciones (...) independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro”.⁷⁸ El argumento de competitividad avanzado por Argentina excluiría en la práctica a organizaciones sin ánimo de lucro de la protección del Tratado.

(iii) *Razón de ser de la CNMF en el Artículo 4*

87. El Tribunal necesita considerar ahora la cuestión de la relación de los Artículos 3 y 4, ya que la Demandada ha argumentado que el Artículo 4 sería superfluo, si la CNMF en el Artículo 3 abarcase más que el propio Artículo 3. Este resultado sería contrario a las reglas de interpretación de tratados que requieren atribuir un significado a cada cláusula.

88. El Artículo 4 dispone que:

“(1) Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante.

(2) (Este apartado se refiere a la expropiación y compensación, y no es necesario reproducir para la presente discusión).

(3) Los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes que sufran pérdidas en sus inversiones por efecto de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia o insurrección en el territorio de la otra Parte Contratante, no serán tratados por ésta menos favorablemente que sus propios nacionales o sociedades en lo

⁷⁸ Traducido por el Tribunal al inglés en la versión en inglés.

referente a restituciones, compensaciones, indemnizaciones u otros resarcimientos. Estos pagos deberán ser libremente transferibles.

(4) En lo concerniente a las materias regidas por el presente artículo, los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte Contratante del trato de la nación más favorecida”.⁷⁹

89. A efectos de considerar la interpretación de la Demandada, el Tribunal necesita examinar en detalle las disposiciones del Artículo 4 en comparación con el Artículo 3. El Tribunal observa en primer lugar que el Artículo 4(4) está restringido a “materias regidas por el presente Artículo”. Tal limitación no existe en el Artículo 3. El Artículo 4 se refiere a los nacionales o sociedades nacionales, un elemento subjetivo que no se contempla en el Artículo 3(1). La importancia de esa referencia será considerada por el Tribunal más adelante al examinar la diferencia entre inversiones e inversores argüida por Argentina. No existe ninguna referencia al trato nacional excepto en el Artículo 4(3) en relación a las pérdidas causadas por conflictos bélicos u otros disturbios.. Sólo el Artículo 3 se refiere a inversiones pertenecientes conjuntamente al inversor extranjero y nacional o sociedades nacionales de la Parte Contratante donde ha sido efectuada la inversión..

90. El Tribunal concluye, a partir de la comparación textual de las cláusulas del Tratado, que las referencias al trato de la CNMF o al trato nacional en el Artículo 4 no reducen la generalidad del Artículo 3 ni hacen superfluo el Artículo 4. En la medida en la que se produce un solapamiento, debe entenderse que este contempla áreas de especial interés para las partes. La compensación a causa de expropiación o de guerra civil u otros disturbios violentos es una cuestión fundamental para el trato de la inversión extranjera y ciudadanos extranjeros y una referencia específica parecería congruente con su importancia. El Tribunal considera que las partes de un tratado pueden poner énfasis en ciertas cuestiones de particular

interés *ex abundante cautela* sin por ello limitar el ámbito de aplicación de las cláusulas de carácter general.

(iv) *Protección de inversiones o inversores*

91. Argentina ha distinguido entre la protección de inversores e inversiones y de ahí ha llegado a conclusiones que afectan el campo de aplicación de la CNMF en el Tratado. Hay referencias a la inversión en el contexto de un trato justo y equitativo, total protección en virtud del Tratado y protección contra medidas discriminatorias o arbitrarias (Artículo 2), trato de la CNMF (Artículo 3(1)), total protección y seguridad jurídica, expropiación, (Artículo 4(1) y (2)), y un trato más favorable resultante del desarrollo futuro del derecho internacional o acuerdos generales (Artículo 7). La expresión “en relación a inversiones” se encuentra en el contexto de “las actividades” en la CNMF (Artículo 3(2)), libre transferencia de pagos (Artículo 5), aplicación retroactiva del Tratado (Artículo 8), y solución de diferencias (Artículo 10). Hay referencia a los inversores extranjeros en las disposiciones sobre privilegios otorgados bajo uniones aduaneras o económicas o áreas de libre comercio (Artículo 3(3)), las ventajas otorgadas en acuerdos impositivos (Artículo 3(4)), trato nacional en caso de guerra o desorden público (Artículo 4(3)), trato general en virtud del Artículo 4, libre transferencia de pagos (Artículo 5), pagos garantizados (Artículo 6), y solución de controversias (Artículo 10).

92. El Tribunal señala que el Artículo 3 se refiere al trato de inversiones en el apartado (1), mientras que las excepciones se refieren a los inversores. Por otro lado, hay una doble referencia a las inversiones y los inversores en el Artículo 4, apartados 1 y 4, respectivamente. Se podría alegar, basándose en este uso de los términos “inversiones” e “inversores”, que las excepciones del Artículo 3 no se aplican a las inversiones y que, a

⁷⁹ Traducido por el Tribunal al inglés en la versión en inglés.

menos que en cada caso se usen ambos términos, como es el caso del Artículo 4, entonces la disposición se aplica sólo a uno u otro, según corresponda. El Tribunal no comparte tal razonamiento.. El Tratado es un tratado para fomentar y proteger inversiones, los inversores no figuran en el título. De ahí se podría deducir que sólo las inversiones merecen un trato justo y equitativo, mientras que a un inversor se le puede denegar ese trato. Mientras estas consideraciones se podrían aplicar a un razonamiento lógico basado en los términos del Tratado, su resultado no parece concordar con su propósito. Es más pertinente considerar que, en el Artículo 3, el trato de las inversiones incluye trato de los inversores y de ahí la necesidad de incluir excepciones referidas a estos. Del mismo modo, la referencia a las inversiones e inversores en el Artículo 4 es una cuestión de énfasis y no de exclusión. En los otros casos, el elemento subjetivo es sólo una cuestión de sentido común, es decir, en cláusulas relativas a la transferencia de pagos, solución de controversias y actividades relacionadas con inversiones, estas acciones deben ser tomadas por una persona, ya sea física o jurídica. El Tribunal considera que, a efectos de aplicación de la CNMF, no cabe dar un significado especial al empleo de los términos “inversor” e “inversión” en el Tratado

(v) *Efecto de la referencia al trato nacional en el ámbito de aplicación de la CNMF*

93. La referencia al trato nacional en el Artículo 3(1) y (2) se presenta como una alternativa, siendo la otra el trato no menos favorable que el trato otorgado a los nacionales o sociedades de un tercer Estado. La obligación es doble. El Estado ha considerado no dar trato menos favorable en *ambos* casos. Puede ocurrir que las ventajas otorgadas a los nacionales de un tercer Estado resulten en un trato más favorable que las disfrutadas por los nacionales del Estado otorgante. En esa situación, la referencia al trato nacional no limita las ventajas que los inversores puedan tener por efecto de la CNMF. Las obligaciones del Estado, en virtud del

Artículo 3 (1) y (2), se refieren a un nivel mínimo de trato y no al máximo. Si las ventajas otorgadas a los nacionales de un tercer Estado no fuesen garantizadas en virtud de la CNMF simplemente porque exceden el trato nacional, entonces el Estado incumpliría la obligación de garantizar un trato no menos favorable en virtud de esa cláusula. El sentido ordinario de esta cláusula es que los inversores no deberían ser discriminados por ser extranjeros y al mismo tiempo deberían recibir el mejor trato otorgado a cualquier otro inversor extranjero. Este trato es independiente de si la inversión ha sido hecha únicamente por inversores extranjeros o conjuntamente o en asociación con inversores locales.

(vi) *Trato de los inversores y solución de controversias*

94. Las partes han discutido en detalle acerca de si la solución de controversias es o no parte de la protección otorgada a los inversores y han basado sus alegaciones en interpretaciones conflictivas de los casos *Anglo-Iranian Oil*, *Rights of U.S. Nationals in Morocco* y *Ambatielos*.

95. En el caso *Anglo-Iranian Oil*, el Reino Unido había argumentado que, al entrar en vigor el Tratado Iraní- Danés del 6 de marzo de 1935, Irán estaba obligado, por la aplicación de la CNMF en los tratados de 1857 y 1903 entre Irán y el Reino Unido, a tratar a los ciudadanos británicos en su territorio de acuerdo con los principios y prácticas del derecho internacional. La CIJ afirmó que:

*Sin considerar el significado y ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, la Corte se limita a afirmar que esta cláusula está presente en los Tratados de 1857 y 1903 entre Irán y el Reino Unido, que no son posteriores a la ratificación de la Declaración Iraní [aceptando la jurisdicción de la Corte]. Mientras Irán está obligado a cumplir con estos Tratados siempre y cuando se mantengan vigentes, el Reino Unido no tiene derecho a apoyarse en ellos para establecer la jurisdicción de la Corte, ya que están excluidos por la Declaración.*⁸⁰

⁸⁰ Informes de la CIJ, pág. 109. Énfasis añadido por el Tribunal.

96. Tal y como afirmaba la CIJ, es evidente que la CIJ no consideró “el significado o ámbito de aplicación de la CNMF”, incluyendo si la cláusula comprendía la solución de controversias. La decisión de que el Reino Unido no podía basar su caso en las cláusulas NMF incluidas en los tratados de 1857 y 1903 no estaba relacionada con esas cláusulas como tales sino con la declaración de Irán aceptando la jurisdicción de la CIJ, que excluía tratados ejecutados con anterioridad a la fecha de la declaración.

97. En cuanto al caso *Rights of U.S. Nationals in Morocco*, la CIJ consideró el ámbito de aplicación de la CNMF en un tratado entre EEUU y Marruecos de 1836, específicamente los Artículos 14 y 24. El Artículo 14 dispone:

El comercio con EEUU se producirá en pie de igualdad con el comercio con España, o con el comercio con la nación más favorecida en un momento determinado; y sus ciudadanos deberán ser respetados y estimados, y tendrán total libertad de pasar y de volver a pasar por nuestro país y nuestros puertos marítimos siempre que lo necesiten, sin ninguna interrupción.

El Artículo 24 prevé en parte:

[Y] además se declara que, en caso de cualquier ventaja comercial o de otro tipo, que se otorgue a cualquiera de los poderes cristianos, los ciudadanos de EEUU tendrán igual derecho a ellos.

98. De acuerdo con la CIJ, “Estos artículos dan derecho a EEUU a recurrir a las disposiciones de otros tratados vinculados al régimen capitular”.⁸¹ Tal y como lo describe la CIJ, “los privilegios más amplios en relación a la cuestión de la jurisdicción consular fueron otorgados por Marruecos en el Tratado General con el Reino Unido de 1856 y en el Tratado de Comercio y Navegación con España de 1861. En virtud de las disposiciones del Artículo IX del Tratado Británico, se otorgaba jurisdicción consular en todos los procesos, civiles o criminales, cuando los ciudadanos británicos fueran los demandados”. Una protección similar

se garantizaba a los demandados españoles.⁸² La CIJ afirmó: “Consecuentemente, EEUU adquirió, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, jurisdicción consular civil y criminal en todos los casos en los que los ciudadanos de EEUU fueran los demandados”.⁸³

99. Es evidente que la CIJ aceptó que las cláusulas NMF se pudieran extender a disposiciones relacionadas con cuestiones jurisdiccionales, aunque ésta no era realmente la cuestión entre las partes. La cuestión en ese caso era diferente. España y el Reino Unido habían renunciado a sus derechos y privilegios capitulares y EEUU sostuvo que sus derechos a través de la CNMF continuaban vigentes más allá de esa renuncia. La CIJ discrepó. Las ventajas disponibles a través de una CNMF se mantienen vigentes en tanto se mantenga vigente el tratado que las otorga, pero no se incorporan al tratado que contiene la CMFN. Si España y el Reino Unido no hubiesen renunciado a sus derechos capitulares, EEUU hubiese tenido idénticos derechos en virtud de la CNMF del tratado de 1836.

100. En *Ambatielos*, se trataba de saber si la CNMF – Artículo X del tratado de 1886 entre el Reino Unido y Grecia - se extendía a la administración de justicia. El Artículo X, en parte, dispone: “Es su intención [la de las Partes Contratantes] que el comercio y la navegación de cada país sean colocados, en todos los sentidos, por una de las partes, en pie de igualdad con la nación más favorecida”.⁸⁴

101. El Reino Unido había sostenido que la CNMF sólo podía referirse a asuntos de la misma categoría temática. La Comisión arbitral estuvo de acuerdo pero concluyó que en ese caso la aplicación de ese razonamiento conducía a conclusiones diferentes de la interpretación del Reino Unido. Según la Comisión:

⁸¹ Informe de la CIJ 1952, pág. 190.

⁸² Ibid.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ *United Nations: Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pág. 106.

Es verdad que “la administración de justicia”, considerada de forma aislada, constituye un asunto diferente al de “comercio y navegación”, pero esto no es necesariamente así cuando es considerada en conexión con la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes encuentra un lugar entre las cuestiones incluidas en los Tratados de comercio y navegación.

Por tanto, no se puede afirmar que la administración de justicia, en lo concerniente a la protección de estos derechos, deba necesariamente ser excluida del campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, cuando esta última incluye “todas las cuestiones vinculadas al comercio y la navegación.”⁸⁵

102. La Demandada ha alegado que, en *Ambatielos*, la administración de justicia se refiere a derechos procesales sustantivos como el trato justo y equitativo y no a cuestiones puramente jurisdiccionales. El Tribunal no encuentra ninguna base en el razonamiento de la Comisión para justificar tal distinción. Por otro lado, el Tribunal considera que el Tratado, junto con otros muchos tratados de protección de inversiones, ofrece como característica distintiva mecanismos especiales de solución de controversias que no están normalmente abiertos a los inversores. El acceso a estos mecanismos es parte de la protección otorgada en virtud del Tratado. Forma parte del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores y de las ventajas que se obtienen a través de la CNMF.

103. Esta conclusión coincide con las conclusiones del tribunal arbitral en *Maffezini*. En ese caso, el inversor reclamó una serie de ventajas en virtud del APPRI entre España y Chile del 2 de octubre de 1991. La Demandada ha argumentado de forma enfática que la CNMF en el tratado básico en *Maffezini* –el APPRI de España– es diferente de la CNMF en el Tratado y que *Maffezini* tiene que ser considerado en su propio contexto. El Tribunal observa que la CNMF en el APPRI de España se refiere a “todas las materias regidas

⁸⁵ Ibid. pág. 107.

por el presente Acuerdo”⁸⁶, mientras que la CNMF en el Tratado se refiere sólo al “trato”. El tribunal arbitral en *Maffezini* señaló que España había usado la expresión “todas las cuestiones sujetas a este Acuerdo” sólo en el caso de su APPRI con Argentina y “este trato” en todos los demás casos. Dicho tribunal comentó que esta última era “sin duda una formulación más precisa”.⁸⁷ El Tribunal coincide que la formulación es más precisa pero, como ya se ha concluido anteriormente, considera que el término “trato” y la frase “actividades relativas a inversiones” son suficientemente amplios para incluir el arreglo de controversias.

(vii) *Agotamiento de los recursos locales*

104. La Demandada ha sostenido que el Artículo 10(2) constituye una versión “moderada” de la regla de agotamiento de recursos locales y que no puede ser descartada tácitamente. Es un elemento esencial de su consentimiento al arbitraje y está vinculada a cuestiones de política económica y exterior. El Tribunal coincide con la Demandada en que las Partes Contratantes habían pretendido a través del Artículo 10(2) dar a los tribunales locales una oportunidad para solventar un contencioso antes de que fuese sometido al arbitraje internacional. Sin embargo, esto no significa que esta disposición requiera el agotamiento de las vías locales, tal y como esta regla ha sido entendida por el derecho internacional.⁸⁸ El Artículo 10(2) no requiere una decisión final de los tribunales de la Demandada antes de recurrir al arbitraje. Ni siquiera requiere una decisión previa de un tribunal. Simplemente requiere el paso del tiempo o la persistencia de la controversia después de una decisión tomada por un tribunal. En consecuencia, incluso si la decisión es una de las sujetas a apelación, el requerimiento del Artículo 10(2) habría sido satisfecho. Por estas razones, el

⁸⁶ *Emilio Agustín Maffezini y el Reino de España* (Caso CIADI No. ARB/97/7), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 25 de enero de 2000, párr. 60.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.* párr. 28.

Tribunal considera que el Artículo 10(2) no es comparable a la regla del agotamiento de los recursos internos y no puede suscitar la cuestión de una renuncia tácita a una norma de derecho internacional.

105. En cuanto a la alegación de que el Artículo 10(2) refleja la política de Argentina, la Demandada no ha presentado ninguna prueba más allá de sus afirmaciones al efecto en los alegatos escritos. El Tribunal consideraría una indicación de la existencia de una política de la Demandada si se hubiese incluido de forma consistente un requerimiento en tratados similares concluidos por la Demandada. El APPRI de Chile fue firmado el 2 de agosto de 1991, sólo unos meses antes del Tratado. El APPRI de España entró en vigor el 3 de octubre de 1991. El APPRI de EEUU, que no requiere incoar procedimientos judiciales previos al arbitraje, fue ejecutado el 14 de noviembre de 1991. Esta falta de consistencia entre los APPRI concluidos por la Demandada durante el mismo año en que el Tratado fue firmado desmiente el argumento de que el recurso ante los tribunales locales sea una cuestión de política económica y exterior “delicada” o que sea una parte esencial del consentimiento de la Demandada al arbitraje. Demuestra lo contrario, que la Demandada ha tratado de conseguir para sus nacionales cuando invierten en Chile o Estados Unidos el trato que reclama Siemens.

(viii) *Trascendencia de los cambios negociados en el modelo del APPRI alemán*

106. La Demandada ha destacado el hecho de que la cláusula de solución de controversias se desvía del modelo de tratado bilateral de inversiones de Alemania en apoyo de su argumento de que era una cláusula especialmente negociada y debería por tanto ser diferenciada del resto. La aceptación de una cláusula modelo no le proporciona a una cláusula más o menos fuerza legal que otras cláusulas que podrían haber sido más difíciles de

negociar. El resultado de las negociaciones es el de un texto acordado y el significado jurídico de cada cláusula no se ve afectado por el grado de dificultad con el que, a través de las negociaciones, se llegó a un acuerdo. El Tribunal se siente obligado, en su interpretación del Tratado, por la intención expresa de las partes de promover las inversiones y crearles condiciones favorables. El Tribunal considera que, cuando la intención de las partes ha sido claramente expresada, no está en su poder el adivinar sus intenciones atribuyendo un significado especial a lo que era y a lo que no era parte de un borrador modelo de tratado. Como ya se ha señalado, el término “trato” es tan general que el Tribunal no puede limitar su aplicación excepto cuando las partes así lo hayan acordado. De hecho, el propósito de la CNMF es el de eliminar el efecto de disposiciones especialmente acordadas a menos que hayan sido exceptuadas. Complementa el compromiso de las Partes Contratantes del Tratado de no aplicar medidas discriminatorias a las inversiones en virtud del Artículo 2.

(ix) *Efecto en el ámbito de aplicación de la CNMF del derecho del Estado a llevar la controversia ante sus tribunales*

107. Las partes han argumentado si el derecho del Estado a llevar el conflicto ante sus propios tribunales en virtud del Artículo 10 del Tratado afecta a la aplicación de la CNMF, ya que dicha disposición no está incluida en el APPRI de Chile. En cuanto a los hechos de este caso, la cuestión parece ser de naturaleza teórica desde el momento en que la Demandada pudo haber llevado esta controversia ante los tribunales locales y no ante un tribunal arbitral del CIADI. En cuanto si dicho derecho del Estado impide la aplicación de la CNMF a la solución de controversias en virtud del Tratado no es considerado por el Tribunal como un obstáculo en este caso, por la sencilla razón de que el Estado podría haber demandado a la Demandante ante sus propios tribunales en cualquier momento antes de que éste se valiese de esta instancia. Los APPRI no restringen los derechos de los inversores ni

impiden al Estado presentar un conflicto ante los tribunales locales. Proporcionan una competencia jurisdiccional a la que normalmente los inversores no tienen acceso.⁸⁹

- (x) *La reclamación de una ventaja otorgada por un tratado a través de una CNMF provoca la aplicación de todas las disposiciones de ese tratado*

108. En cuanto a la cuestión de si la reclamación de un beneficio en virtud de una CNMF desencadena la aplicación de todo el tratado depende de los términos de la cláusula, pero sólo hasta el punto en que es ventajoso para el beneficiario de la cláusula. De otro modo, la CNMF sería de uso limitado. Entender así la cláusula no significa que el inversor en Argentina disfrute de un trato más favorable que el inversor en Chile. La CNMF opera en ambos sentidos. El inversor en Chile podrá reclamar privilegios similares bajo el APPRI de Chile.

109. Para concluir, el Tribunal considera que en general la reclamación de una ventaja a través de la cláusula de la NMF no conlleva la aceptación de todos los términos del tratado donde se prevé dicha ventaja sean o no considerados ventajosos para quien presenta la reclamación; tampoco conlleva que la parte que reclama la ventaja tenga derecho a todas las ventajas previstas en dicho tratado. El que sea así va a depender de los términos de la CNMF y de otros términos de los tratados involucrados. El Tribunal concuerda con *Maffezini* en que el beneficiario de la CNMF no puede dejar sin efecto consideraciones de orden público que las partes de un tratado hayan considerado esenciales para llegar al acuerdo.⁹⁰ Como ya se ha señalado, el Tribunal opina que las consideraciones de orden público argumentadas por la Demandada no son pertinentes en este caso.⁹¹

⁸⁹ El APPRI de España contempla un derecho similar. Esta cuestión no parece haber sido discutida en *Maffezini*.

⁹⁰ Decisión sobre jurisdicción, párrs. 62-63.

⁹¹ *Supra*, párr. 105.

110. Por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal rechaza la primera excepción a su jurisdicción.

3. Segunda Excepción: la controversia fue sometida a la jurisdicción local

(a) Posición de la Demandada

111. Argentina argumenta que, si Siemens se basa en el APPRI de Chile, entonces la cláusula de la bifurcación de vías en ese Tratado es aplicable. SITS ha apelado ante las autoridades administrativas de Argentina, afirmando que SITS se reservaba el derecho de solicitar un arbitraje a su debido tiempo. Es más, si el Tribunal concluyese que la CNMF no es aplicable, entonces, arguye Argentina, el Tribunal no podría apreciar que tiene jurisdicción en virtud del Tratado porque el Artículo 10(2) requiere que hayan pasado 18 meses desde el comienzo del proceso judicial. De acuerdo con Argentina, el Tratado se refiere aquí al proceso judicial ordinario. Esta expresión no incluye los tribunales administrativos. En virtud de dicho Artículo 10(2), argumenta Argentina, la reclamación debe ser presentada de una forma diligente y efectiva ante los “tribunales judiciales competentes”.⁹²

112. Una situación diferente prevalece bajo el APPRI de Chile. En ese tratado la expresión “jurisdicción local” incluye tanto la jurisdicción administrativa como la judicial ordinaria. Si las partes en ese tratado hubiesen querido decir jurisdicción local, usarían la expresión “proceso judicial ordinario”. El término jurisdicción necesita ser interpretado para dar significado a las diferentes disposiciones del APPRI de Chile en su conjunto. No sería así si la expresión “jurisdicción local” fuese restringida al “proceso judicial ordinario”.⁹³ Es más, en el derecho internacional, “jurisdicción” denota la competencia legislativa, judicial y

⁹² Ibid. párr. 275.

⁹³ Ibid. párrs. 276-281.

administrativa del Estado. En el lenguaje del derecho internacional es costumbre incluir las jurisdicciones administrativas y judiciales bajo la expresión “jurisdicción local”.⁹⁴

113. Esta interpretación es asimismo confirmada por el texto del Artículo 10(2) del APPRI de Chile. Este artículo permite la opción del arbitraje internacional en oposición a la jurisdicción local. El inversor puede elegir cualquiera de estas opciones. En este contexto, la referencia a la jurisdicción local incluye necesariamente los tribunales administrativos. Argentina recuerda que “tutela de los derechos subjetivos de los particulares se arbitra formalmente por medio de técnicas procesales administrativas y judiciales, y que para ciertas situaciones, el recurso administrativo es requisito indispensable para activar el recurso judicial”.⁹⁵

114. Argentina se refiere también a los trabajos preparatorios del APPRI de Chile. Argentina recuerda una comunicación de la Oficina Exterior Chilena a su homólogo argentino en la que decía que si no se llegaba a un acuerdo en el conflicto entre el inversor y el Estado, entonces “el contencioso puede ser sometido a la jurisdicción administrativa o judicial competente”. El texto final incluía un término genérico, jurisdicción local, pero la intención de las partes era evidente. Esta lectura viene confirmada por la comparación de la estructura de ambos documentos. Argentina mantiene que, ya que un tratado está basado en el otro, “se puede presuponer que la consecuencia de usar una redacción amplia (como en el caso de *jurisdicción local*) o una redacción específica (como en el caso de *tribunales competentes o proceso judicial*) es evidente para las partes firmantes”.⁹⁶

115. Argentina concluye el razonamiento de su excepción afirmando que “Siemens se refiere a SITS como un *alter ego* y como un mero vehículo de su voluntad a los fines de

⁹⁴ Ibid. párr. 276.

⁹⁵ Ibid. párr. 286.

suscribir y ejecutar el Contrato. En función de ello, o bien lo actuado por SITS es imputable a Siemens, o bien Siemens no tiene derecho a formular reclamos por la situación de SITS, quien no califica ni como un *inversor* ni como una *inversión* de conformidad con el Tratado”.⁹⁷

(b) Posición de la Demandante

116. Siemens niega que la CNMF requiera elegir entre dos tratados alternativos y, una vez escogido uno de ellos, se apliquen todas las disposiciones de ese tratado. Cada tratado puede traer consigo ventajas y desventajas, la CNMF “acarrea el derecho a elegir entre aquellas disposiciones de diferentes tratados que más favorecen al beneficiario de la CNMF”.⁹⁸ Siemens alude al Comentario de la CDI a los Artículos del Proyecto sobre las Cláusulas NMF, donde se afirma que: “toda vez que se acuerden distintos tipos de trato respecto de la misma cuestión para el Estado beneficiario, éste tendrá derecho al trato o la combinación de tratos que prefiera en cada caso en particular”.⁹⁹

117. Siemens sostiene que, incluso si la posición de Argentina fuese la correcta a efectos de aplicación de la CNMF, Siemens no ha provocado la disposición sobre la bifurcación de vías del APPRI de Chile. Siemens sostiene que, para que esta disposición se aplique, tiene que haber una demanda ante una jurisdicción nacional, el conflicto debe ser idéntico al sometido a arbitraje, y las partes de ambos procedimientos deben ser idénticas. Este no es el caso aquí. Primero, no se ha presentado ninguna demanda ante una “jurisdicción nacional”. Este término, de acuerdo con Siemens, hace “referencia a aquellos órganos independientes e imparciales frente a las partes en conflicto que – de acuerdo al ordenamiento jurídico del Estado receptor de la inversión - tienen la potestad de resolver controversias en

⁹⁶ Ibid. párrs. 288-290.

⁹⁷ Ibid. párr. 292.

⁹⁸ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 242.

⁹⁹ Ibid. párr. 245. Citado por la Demandante con énfasis añadido por la misma.

materia de inversión entre el Estado y los inversores extranjeros”.¹⁰⁰ Este término no incluye procedimientos administrativos ante el Poder Ejecutivo, sino sólo procedimientos ante “los órganos internos del Estado receptor que ejercen funciones jurisdiccionales, por oposición a los que ejercen funciones administrativas o legislativas”.¹⁰¹ Las demandas de SITS fueron hechas al Presidente de Argentina. Se le pidió que reconsiderase la decisión que había adoptado. Dichas demandas no formaron parte de un proceso judicial. El Presidente ejercía una función administrativa, no judicial. Para decidir sobre el recurso administrativo presentado por SITS, el Presidente estaba únicamente ejerciendo su función administrativa.¹⁰²

(c) Consideraciones del Tribunal

118. Las alegaciones de las partes suscitan dos cuestiones: (i) si al reclamar un beneficio a través de la CNMF se deben aplicar todas las disposiciones del tratado correspondiente; y (ii) si existe una diferencia entre los términos “jurisdicción local” y “tribunales competentes” usados en el APPRI de Chile y en el Tratado, respectivamente, a los efectos de aplicar la cláusula de bifurcación de vías bajo el APPRI de Chile o satisfacer el requerimiento de presentar previamente un contencioso ante los tribunales locales en virtud del Tratado.

119. En cuanto a la primera cuestión, el alegato de Argentina se apoya en el amplio campo de aplicación dado por Siemens en sus alegaciones a la CNMF en el Tratado. Si se interpreta que la CNMF tiene tal alcance, debería abarcar todo el APPRI de Chile como un todo y no sólo las disposiciones que convienen a la Demandante. La parte que reclama un beneficio bajo la cláusula debería elegir entre un tratado en su totalidad y el otro, incluyendo la aplicación de cláusulas que puedan ser consideradas menos beneficiosas.

¹⁰⁰ Ibid, párr. 251.

¹⁰¹ Ibid, párr. 254.

120. La operación de la CNMF entendida de este modo contradiría el resultado que se pretendía con la cláusula que es el de armonizar los beneficios acordados con una parte con aquellos que son considerados más favorables para otra parte. Obligaría a la parte que reclama un beneficio en virtud de un tratado a considerar las ventajas y desventajas de ese tratado en su totalidad y no sólo los beneficios. El Tribunal reconoce que hay cierta lógica en este supuesto, ya que se ha negociado un tratado como un todo, y para que otras partes se beneficien, deberían también estar sujetas a las desventajas. Las desventajas podrían haber sido incluidas como compensación por las ventajas exigidas. Sin embargo, este no es el sentido de una CNMF. Como su propio nombre indica, sólo se vincula a un trato más favorable. Tampoco se establece ninguna correlación entre la generalidad de la aplicación de una cláusula particular y la generalidad de los beneficios y desventajas que el tratado pueda incluir. Incluso si la CNMF es de naturaleza general, su aplicación se vinculará sólo a los beneficios que el tratado de referencia garantice y hasta el punto en que los beneficios sean considerados como tales. Como se ha señalado anteriormente, pueden existir consideraciones de orden público que limiten los beneficios que pudieran ser reclamados por la aplicación de la CNMF, pero las aducidas por la Demandada no han sido consideradas pertinentes en este caso por el Tribunal.

121. En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal concluye que la Demandante puede limitar la aplicación del APPRI de Chile a las cláusulas que le permiten acceder directamente al arbitraje internacional. Por tanto, no es necesario considerar las alegaciones de las partes sobre la cláusula de la bifurcación de vías del APPRI de Chile o la naturaleza de las jurisdicciones referidas en el Tratado y en el APPRI de Chile.

¹⁰² Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 267.

4. Tercera y Cuarta Excepciones: Siemens carece de *ius standi*

122. Las alegaciones de las partes sobre *ius standi* abarcan también la cuestión de si la controversia resulta directamente de una inversión en la Quinta Excepción. Para evitar reiteraciones, el Tribunal considerará todas las cuestiones en esta sección relacionadas con el *ius standi* con independencia del título en el que hayan sido incluidas.

(a) Posición de la Demandada

123. Según Argentina, el Tratado requiere una relación directa entre el inversor y la inversión. En este caso particular, esta relación directa no existe porque es SNI, y no Siemens, el accionista de SITS. Por tanto, sólo SNI podría presentar reclamaciones en relación a su inversión y SNI no es una de las partes en este procedimiento.¹⁰³ Según Argentina, esta interpretación se ve confirmada por la “utilización de un punto de conexión tan fuerte como la *sede efectiva* a los fines de la atribución de nacionalidad a las personas jurídicas”.¹⁰⁴

124. La Demandada reconoce que existe la posibilidad de reclamaciones indirectas en virtud del Artículo 4 del Tratado y el Ad Artículo 4 del Protocolo.¹⁰⁵ Esta posibilidad específica en virtud del Artículo 4 del Tratado y el Ad Artículo 4 demuestra la naturaleza excepcional de las reclamaciones indirectas. Confirma que no pueden ser implícitas sino que requieren una disposición expresa en el acuerdo y el APPRI de Chile no permite reclamaciones indirectas. Por tanto, si el Tribunal encontrase que el APPRI de Chile puede ser aplicado, Siemens no podría hacer ningún tipo de reclamación indirecta en absoluto en virtud de la CNMF: “si Siemens pretende valerse del *trato* que se les confiere a las inversiones y a

¹⁰³ Memorial sobre Jurisdicción, párrs. 294-295.

¹⁰⁴ Ibid. párr. 293.

los inversores de Chile por considerarlo más favorable, entonces Siemens debe ser colocado en la misma situación de un inversor o de una inversión de Chile. De lo contrario, Siemens y su inversión estarían recibiendo un trato mejor que el reciben los inversores y las inversiones de Chile, lo cual es contrario a la operación de la CNMF”.¹⁰⁶ Argentina sostiene que los inversores no pueden escoger las disposiciones de cada tratado y diseñar un nuevo tratado a la medida de sus intereses. Las cláusulas NMF “no sirven para crear un super-tratado de inversiones que incorpora los mayores beneficios de los distintos tratados particulares”.¹⁰⁷

125. La Demandada reconoce que “Resulta evidente que un inversor tenedor de acciones tiene legitimación para activar los mecanismos de solución de controversias consagrados por los TBI por actos del Estado receptor que lo afectan directamente”. La situación es diferente cuando los accionistas reclaman daños sufridos por la compañía en la que tienen acciones (reclamaciones indirectas). Los accionistas y la compañía tienen distinta personalidad jurídica. En estos casos, la posibilidad que tienen los accionistas de interponer reclamaciones indirectas siempre está basada en una autorización expresa. Estos principios están reflejados en las decisiones de la CIJ en los casos de *Barcelona Traction* y *ELSI*. Las decisiones del CIADI no han modificado esta regla ya que las reclamaciones se interpusieron personal y directamente (*Maffezini v. Reino de España*), la sociedad local fue calificada como inversión (*AMT v. Zaire*) o el tratado aplicable permitía una reclamación indirecta (*AAPL v. Sri Lanka*).¹⁰⁸

126. La Demandada rebate el concepto de reclamación directa en virtud del Tratado por el Demandante: “un reclamo es directo si tiene como origen un perjuicio sufrido

¹⁰⁵ El Ad Artículo 4 del Protocolo dice lo siguiente: “El derecho a indemnización existirá asimismo en el caso de que se adopte alguna de las medidas definidas en el artículo 4 respecto de la empresa donde se halla situada la inversión y se produzca como consecuencia de aquélla un severo perjuicio para la inversión”.

¹⁰⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párr. 306.

directamente sobre un derecho de quien formula un reclamo. Un reclamo es indirecto si se relaciona con una medida que afecta los activos o derechos de un tercero (en este caso SITS) e indirectamente afecta las expectativas de quien reclama (accionista), quien no es titular de tales activos o derechos”.¹⁰⁹

127. La Demandada critica las alegaciones de la Demandante como “una mera acumulación de opiniones y decisiones en la que no se distingue, *inter alia*, si había un tratado que habilitaba expresamente un reclamo del accionista, o si tal sociedad calificaba como inversión o inversor a la luz del tratado aplicable, o si se trataba de un reclamo directo o indirecto”.¹¹⁰

(b) Posición de la Demandante

128. Siemens rechaza que tal relación directa sea requerida en el Tratado. No existe ninguna referencia en el Tratado a una relación directa entre el inversor y la inversión como un requerimiento para garantizar su protección. La amplia fórmula utilizada en el Artículo 1(1) para definir la inversión “podría verse limitada por excepciones o limitaciones expresas definidas en el propio Tratado (...) si las partes hubieran deseado excluir determinados activos del ámbito de aplicación del Tratado, así lo habrían hecho”.¹¹¹ Siemens hace referencia a tres enfoques sobre la definición de inversión. El Tratado usa la definición más genérica, el enfoque basado en los bienes, en contraposición al basado en la empresa o la transacción. Las Partes Contratantes, al adoptar este enfoque, “no pretendieron exigir la titularidad directa de los activos comprendidos en la definición; esta conclusión encuentra fundamento en la

¹⁰⁷ Ibid. párr. 308.

¹⁰⁸ Ibid. párrs. 297-299.

¹⁰⁹ Réplica sobre Jurisdicción, párr. 142.

¹¹⁰ Ibid. párr. 154.

¹¹¹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párrs. 308-309.

ausencia de excepciones establecidas expresamente en el Tratado dirigidas a limitar la clásica referencia amplia correspondiente a la definición basada en los activos”.¹¹²

129. Siemens también disputa la validez de la afirmación de Argentina de que el criterio de la sede efectiva del inversor para determinar la nacionalidad sea una prueba de la necesidad de una relación directa entre el inversor y la inversión. La nacionalidad por sede corporativa es uno de los criterios aceptados para determinar la nacionalidad de una sociedad. Tal criterio no afecta a Siemens como inversor. Siemens considera que “a la luz de la definición amplia del término “inversión” dispuesta en el Tratado, así como el Convenio CIADI y su interpretación, tal como se refleja en la práctica del CIADI y la opinión de distinguidos doctrinarios, la única interpretación sostenible es que el Tratado cubre las inversiones indirectas tales como la efectuada por Siemens en este caso”.¹¹³

130. Siemens mantiene que tiene derecho a la protección del Tratado independientemente del derecho que pueda tener SNI. A Siemens no se le puede impedir continuar con su reclamación en virtud del Tratado debido al hecho de que es accionario de SITS a través de SNI. Siemens ha presentado su reclamación con todo derecho.¹¹⁴

131. En cuanto a la posición de Siemens desde un punto de vista del derecho internacional, Siemens alega que el caso *Barcelona Traction* ha sido interpretado erróneamente por la Demandada. En ese caso no se trata de si el derecho internacional proporciona una fuente independiente de derechos y protecciones para los accionistas; sino más bien de si un Estado puede proteger a sus accionistas en una compañía extranjera afectada por las medidas de un tercer Estado. Esta distinción, de acuerdo con Siemens, es “fundamental dado que la cuestión de derecho internacional abordada por la CIJ no fue si los

¹¹² Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 186.

¹¹³ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 322.

accionistas estaban legitimados para presentar un reclamo en virtud del derecho internacional”.¹¹⁵ En el caso que nos ocupa, el Tratado garantiza el derecho de los accionistas y la CIJ ha sostenido que los accionistas extranjeros están protegidos por el derecho internacional si la compañía pertenece al Estado demandado. De hecho, este es el caso de SITS. Es más, la CIJ en el caso de *Barcelona Traction* se refiere a la evolución aportada por los tratados sobre la protección de inversiones extranjeras por los que “A veces las sociedades tienen un derecho directo de defensa de sus derechos frente a Estados a través de procedimientos establecidos. En el presente caso, no existe tal instrumento vigente que vincule a las partes”.¹¹⁶ En el caso *ELSI*, “la CIJ ni siquiera analizó si las disposiciones sustantivas del Tratado (...) protegían a los accionistas estadounidenses de los actos de las autoridades italianas que involucraban a la sociedad. Al analizar el fondo de los reclamos, la CIJ claramente consideró que el tratado protegía a los accionistas”.¹¹⁷

132. Siemens examina la práctica de los tribunales arbitrales establecidos en virtud de los APPR y concluye que “han otorgado de modo consistente legitimación a los inversores extranjeros con acciones en sociedades constituidas localmente. En todos estos casos, se otorga derecho a accionar a los accionistas extranjeros de sociedades locales toda vez que exista una acción adversa del Estado receptor que afecta a esa sociedad local”.¹¹⁸ Siemens también considera que, en contra de lo alegado por Argentina, la práctica del *Iran-United States Claims Tribunal* no apoya la posición de Argentina, contraviniendo lo que Argentina ha alegado. El Artículo VII (2) de la *Claims Settlement Declaration* proporciona los criterios para determinar si una inversión particular pertenece a un inversor protegido y “no impide que

¹¹⁴ Ibid. párrs. 323-331.

¹¹⁵ Ibid. párr. 352.

¹¹⁶ Ibid. párr. 358, citado por la Demandante.

¹¹⁷ Ibid. párr. 359.

un accionista de una sociedad local que ha sido afectado por medidas adoptadas por el Estado receptor presente un reclamo con relación a su participación accionaria. El Artículo VII (2) meramente determina si esa participación accionaria puede considerarse propiedad de un inversor protegido”.¹¹⁹ De acuerdo con Siemens, los precedentes del *Iran-United States Claims Tribunal* confirma esta interpretación como se demuestra en *American International Group, Inc. (AIG) v. Iran* and *Ebrahimi v. Iran*.¹²⁰

133. Siemens también arguye que los términos del Tratado no apoyan la posición de Argentina. Está claro en el Preámbulo que el propósito del Tratado es crear condiciones favorables para las inversiones. La definición de este término es muy general y abarca toda clase de bienes. El Ad Artículo 4 del Protocolo, al referirse a que “existirá asimismo” indica que no es exclusivo y que “esta disposición no puede interpretarse de manera tal que se excluyan los derechos protegidos por otros Artículos del Tratado de los que goza el inversor en virtud de su inversión en la sociedad local”.¹²¹ Siemens concluye que “el intento por parte de Argentina de negarle los beneficios del Tratado a los inversores extranjeros en sociedades locales alegando la personalidad jurídica de esas sociedades entra en conflicto con el Tratado”.¹²²

134. Siemens también discrepa del efecto atribuido por la Demandada a la reclamación de un beneficio en virtud de la CNMF con respecto al Ad Artículo 4 del Protocolo. El hecho de que reclamaciones indirectas sean mencionadas en ese artículo y no en el APPRI de Chile no significa que Siemens tenga que acatar todas las disposiciones del

¹¹⁸ Ibid. párr. 381.

¹¹⁹ Ibid. apartado 382.

¹²⁰ Autoridades Legales No. 85 presentadas con el Memorial de Contestación sobre Jurisdicción.

¹²¹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 391.

¹²² Ibid. párr. 392.

APPRI de Chile. Siemens no está obligado por una disposición menos favorable del APPRI de Chile. Sostener lo contrario desvirtúa la intención de la CNMF.¹²³

(c) Consideraciones del Tribunal

135. El Tribunal ya ha apreciado que la reclamación de trato favorable en virtud de la disposición del APPRI de Chile no implica necesariamente estar sujeto a todas las disposiciones de ese tratado, incluyendo aquellas que la Demandante pueda considerar menos ventajosas. Por tanto, con objeto de considerar esta excepción, la cuestión de si el APPRI de Chile sólo cubre inversiones directas no es relevante.

136. Los argumentos de la Demandada contra la protección de inversiones indirectas están basados en la naturaleza extraordinaria de dicha protección que requiere una cobertura específica en el Tratado, en la única referencia específica en el Artículo 4 y en el criterio para definir la nacionalidad de una sociedad en base a su sede. Los argumentos sobre inversiones indirectas giran alrededor de dos posibles significados de indirecto: indirecto en el sentido de que el accionista de la sociedad local la controla a través de otra sociedad e indirecto en el sentido de que un accionista pueda reclamar daños sufridos por una sociedad en la que tiene acciones. Estas dos situaciones diferentes aparecen entrelazadas en las argumentaciones. El Tribunal considerará primero las argumentaciones vinculadas a la inversión indirecta entendida como una inversión hecha por un inversor a través de sociedades interpuestas.

137. El Tribunal ha realizado un análisis detallado de las referencias que se hacen en el Tratado con respecto a los términos “inversión” e “inversor”. El Tribunal observa que no hay ninguna referencia explícita a inversiones directas o indirectas como tales en el Tratado. La definición de “inversión” es muy general. Una inversión es cualquier clase de bien

¹²³ Ibid. párr. 400.

considerado así en virtud de la ley de la Parte Contratante donde la inversión haya sido hecha. Las categorías específicas de inversión incluidas en la definición son incluidas como ejemplos y no con el propósito de excluir aquellas no mencionadas. Los redactores tuvieron la precaución de utilizar las palabras “no exclusivamente” antes de referirse a las categorías de inversiones “particularmente” incluidas. Una de las categorías consiste en “acciones, derechos de participación en sociedades y otro tipo de participaciones en sociedades”.¹²⁴ El sentido claro de esta disposición es que las acciones pertenecientes a un accionista alemán están protegidas por el Tratado. El Tratado no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad. Por tanto, una lectura literal del Tratado no apoya la alegación de que la definición de inversión excluya inversiones indirectas.

138. Los argumentos relativos al Ad Artículo 4 del Protocolo se refieren a reclamaciones indirectas realizadas por un accionista basadas en el daño hecho a la sociedad en la que tiene acciones. Será útil reproducir esta disposición aquí. Dice así: “El derecho a indemnización existirá asimismo en el caso de que se adopte alguna de las medidas definidas en el artículo 4 respecto de la empresa donde se halla situada la inversión y se produzca como consecuencia de aquélla un severo perjuicio para la inversión”. El término “medidas” en el Artículo 4 del Tratado es utilizado sólo en el contexto de la expropiación o de las medidas equivalentes a la expropiación. Este artículo y la adición en el Protocolo leídos indican que el derecho a ser compensado está basado en el daño sufrido por la inversión directamente, o indirectamente a través de “medidas” tomadas contra la sociedad. No es suficiente para la sociedad en la que se ha hecho la inversión el haber sufrido un daño. Este daño tiene que tener

¹²⁴ Artículo 1(1) b).

un efecto dañino en la inversión misma. Este efecto es la causa de la responsabilidad del Estado en virtud del Tratado.

139. Argentina considera que esta disposición indica la naturaleza especial de las reclamaciones indirectas y que, para que estas sean posibles, tienen que estar específicamente autorizadas. Siemens entiende que el uso de “también” en conexión con el derecho de compensación es una indicación más de que este derecho no está limitado a esta situación. El Tribunal considera que esta cláusula se centra en el daño a la inversión directa o indirectamente a través de las medidas tomadas en contra de la sociedad en la que la inversión ha sido hecha, y no en quién puede reclamar. La cláusula habla de un derecho a la compensación, sin especificar directa o indirectamente quién puede reclamar tal derecho. El uso de “también” debería ser entendido del mismo modo. En el Tratado se establece que el derecho a ser compensado existe en caso de expropiación y de medidas que tengan el efecto equivalente, y “también” en el caso de medidas dirigidas contra la sociedad en la que la inversión haya sido hecha. Por tanto, en opinión del Tribunal, los argumentos relativos a reclamaciones indirectas basados en estas disposiciones están fuera de lugar.

140. De esta conclusión se deduce que no hay fundamento para alegar que la disposición sobre reclamaciones indirectas en el Artículo 4 y la correspondiente disposición del Protocolo sean una indicación de que dichas reclamaciones no estén autorizadas en virtud de otras disposiciones del Tratado. A este respecto, el Tribunal también apunta que el Artículo 4 es el único en el Tratado que trata de la compensación en caso de expropiación y de guerra o disturbio social. Si se interpretase el Tratado como ha alegado Argentina y se excluyera de su aplicación cualquier situación específica que no haya sido incluida, podríamos concluir que, en casos de discriminación, medidas arbitrarias, o tratamiento injusto, no habría ningún

derecho a compensación en virtud del Tratado – un resultado que no puede ser el deseado por las Partes Contratantes dado el propósito del Tratado. Si un tema es tratado en una disposición del Tratado y no se menciona específicamente en otras disposiciones, esto no significa que deba considerarse que las demás disposiciones excluyan el tema específicamente tratado.

141. Las partes también han hecho referencia a los precedentes del CIJ y los tribunales del CIADI vinculados a reclamaciones indirectas y hasta qué punto los han considerado permisibles. Las partes interpretan de forma muy diferente *Barcelona Traction* y *ELSI* en cuanto al alcance del derecho de un Estado, según el derecho internacional público, a otorgar protección diplomática a los ciudadanos que sean accionistas de sociedades extranjeras. El Tribunal considera innecesario examinar la relevancia de estos casos en este procedimiento. Las cuestiones planteadas ante este Tribunal no conciernen la protección diplomática en virtud del derecho consuetudinario internacional sino los derechos de los inversores, incluyendo los accionistas, bajo el Tratado.

142. En cuanto a los precedentes del CIADI en relación a la cuestión del derecho de los accionistas a reclamar ante un tribunal de arbitraje, las decisiones de los tribunales de arbitraje han sido coherentes en decidir a favor de dicho derecho de los accionistas. El Tribunal no está de acuerdo con los argumentos de Argentina al efecto de que estos casos no apoyan los argumentos de la Demandante porque las reclamaciones se presentaron personal y directamente (*Maffezini v. Reino de España*), o la corporación local fue calificada como inversión (*AMT v. Zaire*), o en el tratado aplicable se permitía una reclamación indirecta (*AAPL v. Sri Lanka*). En todos estos casos, tanto en el caso de accionistas individuales como de sociedades, los tribunales arbitrales reconocieron su *ius standi*. El hecho de que hubiere accionistas que fueran personas físicas no les hace cualitativamente diferentes de Siemens. En

cualquier caso, los argumentos de Argentina están asimismo basados en la cuestión de la inversión indirecta que el Tribunal ya ha desestimado.

143. El Tribunal considera además que la Demandada no ha conseguido establecer que el criterio efectivo para determinar la nacionalidad de una sociedad limita la posibilidad de presentar reclamaciones indirectas en virtud del Tratado. En opinión del Tribunal, las dos cuestiones no están relacionadas. Si se permiten reclamaciones indirectas, éstas se permitirían sin tener en cuenta el criterio elegido en el Tratado para determinar la nacionalidad de los inversores.

144. Por las razones que preceden, el Tribunal considera que Siemens posee *ius standi* en este procedimiento como inversor en SITS a través de SNI.

5. Quinta Excepción: La diferencia no surge directamente de una inversión

(a) Posición de la Demandada

145. Argentina alega que, como se ha demostrado en los trabajos preparatorios del Convenio, la intención era la de interpretar restrictivamente las controversias que pudieran ampararse bajo el Convenio y el término “directamente” fue incluido en lugar de otros que habrían sido menos restrictivos, tales como “en relación a” o “resultando de” una inversión. La inversión de Siemens consiste en acciones en SNI o, si se asume la identificación entre SNI y Siemens, de acciones en SITS, una sociedad argentina. La controversia está vinculada a actos del Gobierno Federal con respecto al Contrato, surge de los derechos y obligaciones contractuales de SITS, y SITS no es ni un inversor ni una inversión en virtud de los términos del Tratado.¹²⁵

146. Según la Demandada, “puede afirmarse simultánea y concordantemente que: i) la disputa planteada por Siemens surge directamente de activos que no constituyen una

inversión de Siemens y ii) la disputa planteada por Siemens no surge directamente de la inversión en acciones realizada por Siemens en SITS”.¹²⁶ La Demandada sigue desarrollando este argumento en su Réplica sobre Jurisdicción. La Demandada solamente reconoce como posible inversión las acciones en SITS de SNI quien, inexplicablemente, no es parte en este procedimiento. SITS y el Contrato no son inversiones y la diferencia concierne cuestiones vinculadas al Contrato y no a las acciones de SITS. Argentina no ha expropiado estas acciones. Según Argentina, el conflicto legal no surge directamente de una inversión en acciones de Siemens sino que concierne los efectos de medidas tomadas por la Demandada en relación a una disposición que no es una inversión: la controversia de naturaleza jurídica surge indirectamente de una supuesta inversión en acciones.¹²⁷

(b) Posición de la Demandante

147. Siemens recuerda que SNI se integró completamente en Siemens en 1992. La consecuencia de esta integración según la ley alemana es cercana a una fusión en la que la sociedad integrada preserva su personalidad jurídica pero pierde su independencia: el Consejo de Administración de SNI tiene la obligación de cumplir con las directrices de Siemens, Siemens tiene acceso a los fondos de SNI y es responsable solidario de las obligaciones contraídas por SNI antes y durante la integración. De hecho, SNI es simplemente una unidad de negocios de Siemens.¹²⁸

148. Siemens argumenta que no se trata de reclamar los derechos de SITS en virtud del Tratado sino los derechos de Siemens. La reclamación de Siemens no es una acción indirecta sino directa en virtud del Tratado “sobre la base de las múltiples violaciones por parte de Argentina de las garantías y protecciones consagradas en el Tratado a favor de los

¹²⁵ Memorial sobre Jurisdicción, párrs. 309-313.

¹²⁶ Ibid. párr. 315.

¹²⁷ Réplica sobre Jurisdicción, párrs. 160-172.

inversores alemanes”.¹²⁹ El derecho directo de acción de Siemens es “independiente y distinto de cualquier derecho contractual de acción que Siemens pueda tener en virtud del Contrato o de la ley argentina”.¹³⁰ El Derecho Civil y de Sociedades argentino es irrelevante a los efectos de los derechos de Siemens en virtud del Tratado.

149. Siemens señala que la excepción de Argentina no tiene nada que ver con el requerimiento del Artículo 25(1) de que el conflicto tenga que surgir directamente de una inversión. Desde el momento en que Argentina niega que Siemens haya hecho una inversión en ese país a los efectos del Tratado, es obvio que no puede haber un conflicto que surja de ella. En realidad, Argentina confunde el requisito del Artículo 25(1) con las reclamaciones directas/indirectas y persiste en identificar los derechos y reclamaciones de Siemens que surgen directamente del Tratado con los derechos de SITS y las posibles reclamaciones en virtud del Contrato y de la ley argentina.¹³¹

(c) Consideraciones del Tribunal

150. Como Siemens lo ha descrito, su inversión consiste en: “acciones, derechos de participación en sociedades y otro tipo de participaciones”, “reclamaciones de dinero que se ha utilizado para crear valor económico o reclamaciones sobre cualquier acción bajo contrato que tengan valor económico”, “derechos de propiedad intelectual”, y “concesiones de negocios otorgadas por el derecho público”. No hay duda de que el conflicto con Argentina en virtud del Tratado es un litigio que surge directamente de una inversión, como la ha descrito Siemens. La calificación de controversia directa no se ve afectada por el hecho de que Siemens no sea el accionista directo de la sociedad local. Se trata de una cuestión diferente. A

¹²⁸ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párrs. 334-335.

¹²⁹ Ibid. párr. 340.

¹³⁰ Ibid. párr. 341.

¹³¹ Dúplica sobre Jurisdicción, párrs. 231-235.

los efectos del Artículo 25(1), una controversia puede surgir directamente de una inversión realizada directa o indirectamente por un inversor. Si el inversor califica como tal dependerá de la definición de inversor recogida en el tratado o de los términos del contrato de inversión. El requerimiento directo en el Convenio está relacionado con la diferencia y no con la cuestión de si el inversor es directo o indirecto.

6. *Sexta Excepción: La diferencia es hipotética*

(a) *Posición de la Demandada*

151. Según Argentina, el Tratado requiere que un contencioso exista en el momento de la notificación a fin de recurrir al arbitraje. Debe haber una continuidad entre la controversia introducida por el inversor y la controversia que estaba sujeta a negociación durante la fase amistosa y que después es llevado ante el tribunal local. En este caso, dice Argentina, Siemens notificó la diferencia mientras SITS interponía un recurso de apelación contra las medidas tomadas por el Estado. Esto desconcierta a la Demandada porque, si SITS ganase su apelación administrativa, “la reclamación de expropiación no tendría sentido”.¹³² De ahí el carácter hipotético de la controversia: podría haber ocurrido que la medida de expropiación hubiese sido revocada basándose en la propia actividad jurisdiccional de SITS.

152. Es más, Argentina manifiesta que siempre ha reconocido que SITS tiene un derecho a compensación en caso de rescisión del Contrato. Por tanto, era imposible que la diferencia hubiese surgido cuando la Demandante interpuso la reclamación el 23 de julio de 2001. La existencia de la controversia dependía de hechos que podrían ocurrir o no y no dependía únicamente de la voluntad de la Demandada: Argentina requería la colaboración de la Demandante para llevar a cabo la valoración. Siemens nunca interpuso un contencioso real fundado en la violación del Artículo 4 del Tratado por “un injustificado retraso por parte del

Estado Federal para determinar la compensación que se le debía a SITS, o en su caso, porque la cantidad ofrecida para la compensación *dañaba significativamente la inversión*”.¹³³

153. Argentina sostiene también que una expropiación no puede ser consolidada durante los procesos arbitrales, “tiene que existir una privación fundamental del uso y goce de una inversión de naturaleza definitiva sin compensación al momento en que se denuncia la controversia en materia de inversiones”.¹³⁴ Argentina advierte en contra de una proliferación de reclamaciones del tipo “sólo en caso de que” y pone en duda la posibilidad de tramitar reclamaciones basadas en controversias inmaduras.¹³⁵

(b) Posición de la Demandante

154. Siemens alega que la diferencia es concreta a la luz de los propios derechos de Siemens en virtud del Tratado y su violación por Argentina. Argentina tomó una serie de medidas durante dos años que supusieron una expropiación, y la progresiva violación de las obligaciones del Tratado de otorgar a la inversión de Siemens un trato justo y equitativo y garantizar su protección total y su seguridad jurídica, en evitar cualquier trato arbitrario y discriminatorio, y cumplir con las obligaciones específicamente asumidas respecto de la inversión. Las reclamaciones de Siemens van más allá de una reclamación de expropiación por anulación del Contrato sin compensación.¹³⁶ Es más, a efectos jurisdiccionales, la fecha relevante es la del 17 de julio de 2002, cuando se registró la diferencia, y no la del 23 de julio de 2001, como mantiene Argentina.¹³⁷ En esa fecha, 17 de julio de 2002, la diferencia era “efectiva” y estaba “vigente”.¹³⁸

¹³² Memorial sobre Jurisdicción, párr. 324.

¹³³ Ibid. párr. 329. Énfasis en el original.

¹³⁴ Réplica sobre Jurisdicción, párr. 175.

¹³⁵ Ibid. párr. 176.

¹³⁶ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párrs. 429-430 y Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 240.

¹³⁷ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 433.

¹³⁸ Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 240 (i).

155. La Demandante mantiene que la naturaleza real de la controversia en virtud del Tratado fue reconocida por la Demandada cuando las partes consideraron la posibilidad de presentar la diferencia conjuntamente al CIADI y limitarlo a la cuantía de daños. La conducta de Argentina con respecto a Siemens confirma que existe un contencioso concreto y relevante. Siemens también afirma que la apelación administrativa de SITS no solicitaba una declaración de que el Contrato todavía estaba en vigencia sino “que estableciera que la extinción de dicho Contrato se produjo ilegítimamente y por culpa de Argentina y, en consecuencia, que SITS debía recibir una indemnización total y no parcial como pretende el Gobierno”.¹³⁹ La negativa de Argentina a que Siemens tenga derecho a compensación en virtud del Tratado es otro ejemplo que evidencia la existencia de un contencioso concreto.¹⁴⁰

156. Otro defecto de la excepción de Argentina por lo que se refiere a la compensación es su oportunidad. Es prematura e inválida en la fase de jurisdicción. Debería tratarse durante el análisis del fondo del asunto. El Tratado requiere que la compensación sea pagada sin retraso pero Argentina parece no haber tomado ninguna iniciativa al respecto. Es más, las reclamaciones de Siemens no pueden ser reducidas a una compensación y el reconocimiento de una compensación no es suficiente para poner fin al contencioso como se reconoce en *AGIP v. Congo*.¹⁴¹

157. Siemens concluye su refutación afirmando que “La presente controversia – referida al reclamo por expropiación y a otros incumplimientos de las protecciones consagradas en el Tratado - es concreta ya que Argentina privó a Siemens de los beneficios económicos derivados de su inversión e incumplió las garantías y protecciones acordados a Siemens en virtud del Tratado. Estos efectos se produjeron con anterioridad a que Siemens

¹³⁹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 443.

¹⁴⁰ Ibid. párr. 445.

notificara la controversia a la Argentina mediante su carta del 23 de julio de 2001”.¹⁴² Siemens reafirma que sus reclamaciones surgen directamente de sus derechos en virtud del Tratado y que “las afirmaciones de Argentina respecto de la indemnización a la que tiene derecho SITS y los procedimientos internos iniciados al respecto se encuentran fuera de lugar y no resultan relevantes a los fines de la cuestión jurisdiccional en el presente caso”.¹⁴³

(c) Consideraciones del Tribunal

158. El Tribunal necesita considerar si existe un contencioso real, y no uno hipotético, y, a efectos jurisdiccionales, cuál es la fecha crítica para determinar la existencia de la controversia. Los intercambios entre las partes a este respecto han provocado también cuestiones sobre la naturaleza de la controversia, la compensación y la falta de continuidad entre el conflicto tal y como se describe en la notificación de la diferencia y las reclamaciones hechas en este procedimiento. Las dos primeras de estas cuestiones están relacionadas con el fondo del asunto y el Tribunal no necesita referirse a ellas para determinar si tiene jurisdicción en este caso. La tercera cuestión constituye el tema de la séptima excepción a la jurisdicción y será tratada por el Tribunal posteriormente.

159. Para que exista un contencioso, de acuerdo con la CIJ, debe haber “un desacuerdo sobre una cuestión de hecho o derecho, en un conflicto de puntos de vista o intereses jurídicos entre las partes”.¹⁴⁴ En *AAPL v. Sri Lanka*, el tribunal arbitral consideró que la falta de respuesta a una demanda específica después de un período razonable de tiempo era suficiente para que existiese un contencioso.¹⁴⁵ En el presente caso, la supuesta naturaleza hipotética de la controversia está relacionada con el hecho de que SITS interpuso un recurso

¹⁴¹ Ibid. párrs. 446-448.

¹⁴² Ibid. párr. 454.

¹⁴³ Ibid. párr. 455.

¹⁴⁴ *Caso concerniente a Timor Oriental*, 1995 ICJ Reports, pág. 89.

de apelación en contra del Decreto 669/01 y Siemens notificó a Argentina sobre la diferencia en virtud del Tratado el 23 de julio de 2001 antes de que las apelaciones hubiesen sido resueltas. Según Argentina, si SITS hubiese sido compensado por la cancelación del Contrato, no habría lugar a una reclamación ante el CIADI. En ese momento, era prematuro saber cuál sería el resultado de los procedimientos administrativos.

160. El Tribunal considera que esta cuestión es de naturaleza histórica. Las apelaciones administrativas fueron rechazadas poco después de la notificación de la controversia por el Decreto 1205/01, que ratificó el Decreto 669/01 del 24 de septiembre de 2001. Tal como Siemens ha formulado su reclamación, esta va más allá de las medidas de expropiación y es una reclamación en virtud del Tratado realizada por una parte diferente de la parte que interpuso un recurso en Argentina. Hay realmente intereses contradictorios entre las partes, y puntos jurídicos opuestos sobre el significado de ciertos hechos y sobre si el conflicto es de naturaleza contractual o es un contencioso en virtud del Tratado. El Tribunal estima que existe una diferencia real entre las partes.

161. En cuanto a la fecha crítica para determinar si existe una diferencia a los efectos de la jurisdicción del Tribunal, el Tribunal considera que la diferencia debe existir al ser notificada a la otra parte, al presentar la solicitud de arbitraje al Centro y cuando ésta es registrada por el Centro. El Tribunal ha estudiado la correspondencia entre las partes desde el 12 de julio de 2001, fecha de la comunicación de la Demandante en que se informa a la Demandada de la diferencia a los efectos de las consultas amistosas previstas en el Artículo 10(1) del Tratado, y el 18 de marzo de 2002, fecha en la que la Demandante notifica a la Demandada su consentimiento al arbitraje. Dicha correspondencia evidencia claramente la existencia de una diferencia entre las partes, tanto es así que consideraron someterla

¹⁴⁵ Laudo del 27 de junio de 1990, 4 *ICSID Reports* 251.

conjuntamente al arbitraje. Aunque este período coincide en parte con las apelaciones hechas por SITS, este hecho nunca fue alegado por la Demandante como un obstáculo para las consultas previstas en el Artículo 10 (1) del Tratado.

162. Por las razones expuestas el Tribunal desestima la sexta excepción a su jurisdicción.

7. Séptima Excepción: La controversia nunca fue notificada

(a) Posición de la Demandada

163. Según Argentina, Siemens ha incluido en su Memorial reclamaciones que van más allá de aquellas incluidas en la notificación a Argentina sobre la existencia de un contencioso o en la Solicitud de Arbitraje. La Demandada sostiene que “Siemens pretende alegar la existencia de una *expropiación progresiva*...e introducir estos reclamos *adicionales* como parte de un supuesto íter expropiatorio para así ampliar la base de la cuantificación de la compensación que reclama”.¹⁴⁶ La única reclamación admisible es la reclamación basada en la rescisión del Contrato.

164. Argentina considera que “no hubo *ni controversia referida a problemas claramente identificados ni reclamación concreta* – tal como se requiere en *Maffezini v. España* - hasta que Siemens presentó su Memorial, al menos, en lo que se refiere a todas aquellas cuestiones que exceden la alegación de que la rescisión del Contrato por parte del Estado Nacional constituye una expropiación no compensada en violación del artículo 4 del Tratado”¹⁴⁷. Por tanto, el requisito de solventar la diferencia de forma amistosa en un plazo de seis meses antes de interponer una Solicitud de Arbitraje no se ha cumplido.

¹⁴⁶ Memorial sobre Jurisdicción, párr. 335.

¹⁴⁷ Ibid. párr. 339.

165. Argentina señala también que no ha habido ninguna solicitud de arbitraje adicional en relación a estas reclamaciones ni un registro de éstas como se requiere en el Artículo 36 del Convenio, privando al Secretario-General del CIADI de considerar estas reclamaciones a efectos de registro.¹⁴⁸

(b) Posición de la Demandante

166. Siemens alega que no hay ninguna inconsistencia entre la diferencia notificada a Argentina y el tema principal de la Solicitud de Arbitraje y el Memorial de la Demandante. El Tratado no contiene ningún requisito de notificación formal, “En virtud del Artículo 10 del Tratado, lo relevante (...) es la cuestión de si las comunicaciones anteriores al inicio de los procedimientos se referían a “la controversia” que luego se presentó a arbitraje”.¹⁴⁹ Siemens describió los principales aspectos de la controversia en la nota presentada el 23 de julio de 2001 y, en la Solicitud de Arbitraje, enumeró las medidas que constituían múltiples rupturas del Tratado. Siemens manifiesta que en ambos documentos se señala expresamente que la reclamación no estaba exclusivamente limitada a argumentos legales o *de facto* expuestos en dichos documentos.¹⁵⁰

167. El período de seis meses, incluso si no se habían negociado ciertos problemas, es una cuestión procesal y no jurisdiccional: “La práctica arbitral demuestra que los plazos de espera son instrumentos procesales y no relativos a la jurisdicción, por lo que no existe obligación de cumplir con ellos si resulta evidente que las negociaciones no van a ser exitosas”.¹⁵¹ Argentina nunca dio muestras de esforzarse por negociar un acuerdo mientras que la invitación a la negociación siempre estuvo ahí. Siemens considera que “el hecho de que

¹⁴⁸ Ibid. párr. 340.

¹⁴⁹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 461.

¹⁵⁰ Ibid. párr. 463.

¹⁵¹ Ibid. párr. 466.

Argentina rechace anticipadamente en su Memorial sobre Jurisdicción los reclamos de Siemens relacionados con la controversia demuestra una vez más la falta de interés en resolverla. Así, la insistencia en cumplir con un nuevo plazo de espera respecto de cuestiones que se alegan no incluidas en las presentaciones anteriores efectuadas por Siemens sólo podría derivar en la ilógica consecuencia de que el Demandante se viera forzado a cumplir con un requisito inútil para, en definitiva, re-someter al arbitraje exactamente el mismo reclamo”.¹⁵²

168. Siemens argumenta que todas las medidas son parte de una cadena de circunstancias que terminaron en una rescisión unilateral del Contrato por parte de Argentina y la expropiación de la inversión de Siemens. Estas conforman un solo contencioso: “no existen dudas de que las cuestiones que Siemens presenta en su Memorial se refieren a la misma controversia que fue notificada a Argentina y que constituye el objeto de la Solicitud de Arbitraje, y, en consecuencia, que se encuentran sujetas al análisis del Tribunal”.¹⁵³ Todas estas cuestiones se vinculan “al mismo objeto, se fundamenta en los mismos antecedentes fácticos y en idéntico derecho”.¹⁵⁴ Es más, Siemens considera que tiene derecho a elaborar sus reclamaciones en su Memorial e incluso presentar “reclamaciones adicionales” hasta que se presente la Réplica, tal y como se autoriza en el Artículo 46 del Convenio y la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje.¹⁵⁵

169. De acuerdo con Siemens, los hechos descritos en el Memorial son “parte de una única historia: el espectro ininterrumpido de interferencia por parte de Argentina sobre el Proyecto DNI y sobre el entorno de la inversión originariamente creado para garantizar el

¹⁵² Ibid. párr. 469.

¹⁵³ Ibid. párr. 472.

¹⁵⁴ Ibid. párr. 479.

¹⁵⁵ Ibid. párrs. 480-486.

desarrollo de tal proyecto”.¹⁵⁶ Las reclamaciones son también las mismas: “La naturaleza del contencioso está determinada no por los hechos que llevan a él sino por las reclamaciones legales que desencadenan”.¹⁵⁷

(c) Consideraciones del Tribunal

170. Como señala la Demandante en su carta del 12 de julio de 2001 (presentada el 23 de julio de 2001) al Presidente de la República Argentina, la diferencia concierne la violación por Argentina de su obligación, en virtud del Tratado, de garantizar a la inversión de Siemens un trato justo y equitativo, y protección total y seguridad jurídica, de no tomar ningún tipo de medida discriminatoria o arbitraria que pueda afectar la administración, uso y beneficio de la inversión por Siemens, y de no expropiar ni nacionalizar la inversión de Siemens o tomar cualquier medida equivalente en su contra sin hacer pago puntual de la correspondiente compensación. Estas reclamaciones, de acuerdo con la misma carta, están basadas en acciones tomadas por el Gobierno de Argentina después del cambio de Gobierno en diciembre de 1999, que llevó a la cancelación del Contrato el 18 de mayo de 2001. De forma específica, la Demandante señala que, después del cambio de Gobierno, Siemens recibió indicaciones de que el nuevo Gobierno deseaba modificar el Contrato y en febrero de 2000 las autoridades pararon la preparación, impresión y distribución del nuevo DNI alegando sin razón problemas de naturaleza técnica. Bajo presión, Siemens tuvo que iniciar negociaciones con las autoridades argentinas. Las negociaciones no tuvieron éxito porque las autoridades argentinas no cumplieron con sus compromisos y porque los sacrificios

¹⁵⁶ Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 255.

¹⁵⁷ Ibid. párr. 256, la cita de la Demandante es de C. Schreuer, *The ICSID Convention*.

adicionales solicitados del contratista alteraron sustancialmente la ecuación económico-financiera del Contrato.¹⁵⁸

171. La Solicitud de Arbitraje expone más detalladamente idénticas reclamaciones. La Solicitud enumera como actos u omisiones de la Demandada los siguientes: (i) medidas para presionar a SITS para que negocie de nuevo el Contrato, (ii) la suspensión indefinida de la preparación, impresión y distribución del nuevo DNI y la ejecución del Sistema de Inmigración DNM, (iii) incumplimiento en extender la producción del nuevo DNI a todo el territorio de Argentina, (iv) falta de buena fe durante el proceso de la re-negociación, (v) revocación unilateral del Contrato, (vi) impago de compensación, (vii) falta de recepción del remanente de activos y de colaboración del Gobierno para resolver problemas económicos, logísticos y técnicos surgidos a causa de la suspensión y rescisión unilateral del Contrato.¹⁵⁹

172. La Demandada también ha alegado que “particularmente” el Memorial de la Demandante contiene asuntos que nunca habían sido aducidos en conformidad con el Tratado,¹⁶⁰ y enumera una “serie de hechos”¹⁶¹ que coinciden sustancialmente con los enumerados en la Solicitud de Arbitraje y que ya se han señalado..

173. Al comparar la descripción de los hechos y las reclamaciones en la carta al Presidente de la República Argentina, la descripción de los hechos y reclamaciones en la Solicitud de Arbitraje y la “serie de hechos” referida por la Demandada en el Memorial sobre Jurisdicción, el Tribunal no alcanza a percibir que haya ningún hecho o reclamación nuevo presentado por la Demandada que no formase parte de la notificación de la existencia de un contencioso a los efectos del Tratado. Los documentos pertinentes son, a este respecto,

¹⁵⁸ Anexo 16 a la Solicitud de Arbitraje, págs. 2-3.

¹⁵⁹ Solicitud de Arbitraje, párr. 46.

¹⁶⁰ Memorial sobre Jurisdicción, párr. 333.

¹⁶¹ Ibid. párr. 334.

sustancialmente los mismos, y por tanto, el Tribunal considera que no hay fundamento para la séptima excepción.

8. **Octava Excepción: El Contrato incluye una cláusula sobre jurisdicción específica**

(a) Posición de la Demandada

174. La Demandada alega que el Contrato establece la posibilidad de presentar ante el Tribunal Federal Contencioso-Administrativo de Buenos Aires cualquier contencioso legal en relación al Contrato. Siemens ha presentado ante el Tribunal un contencioso relacionado con derechos contractuales de una tercera parte que no puede ser calificada de inversor o inversión. Siemens no está legitimado a presentar reclamaciones en relación al Contrato ante un tribunal que no sea el acordado con SITS.¹⁶² Además, la Demandada afirma que los actos de Argentina relativos a SITS son actos que están basados en sus derechos contractuales a rescindir un contrato en lugar de sus prerrogativas como soberano. No es lo mismo violar las obligaciones contractuales, o rescindir un contrato, que expropiar un contrato. Un contrato estatal sólo puede ser expropiado a través de medidas no vinculadas al cumplimiento de sus disposiciones.¹⁶³

175. Argentina mantiene que, incluso si tal cláusula jurisdiccional no tuviese efecto en un caso vinculado a la violación de un APPRI, Siemens no podría considerar a Argentina responsable en virtud del Tratado porque la responsabilidad del Estado no podría surgir más que en caso de denegación de justicia. La Demandante no ha alegado que “SITS no haya podido utilizar o que se les haya sido denegada justicia al pretender hacer uso de los remedios expresamente pactados para tales fines”.¹⁶⁴

¹⁶² Memorial sobre Jurisdicción, párrs. 343-344.

¹⁶³ Réplica sobre Jurisdicción, párr. 190.

¹⁶⁴ Memorial sobre Jurisdicción, párr. 345.

176. Argentina alega además que el Tratado no impide a los inversores ponerse de acuerdo sobre mecanismos de solución de controversias diferentes, incluyendo la renuncia a las vías ofrecidas en el Tratado. Estos acuerdos especiales deberían ser prioritarios sobre aquellos previstos en el Tratado. Debe destacarse que el Artículo 26 del Convenio no exige a las partes aceptar la jurisdicción del CIADI con carácter exclusivo.¹⁶⁵

(b) Posición de la Demandante

177. Siemens alega que la reclamación presentada ante este Tribunal es una reclamación en virtud del Tratado y no en virtud del Contrato: “la caracterización de la controversia emergente de un contrato o del BIT, a los efectos de la jurisdicción, depende de cómo presente los reclamos la Demandante. La cuestión de si esta caracterización es adecuada será en definitiva establecida por el Tribunal en su laudo sobre el mérito de la causa al decidir si las garantías establecidas en el BIT fueron o no violadas”.¹⁶⁶

178. Siemens recuerda las numerosas ocasiones en las que esta cuestión ha sido decidida por los tribunales arbitrales del CIADI en el sentido de que “los reclamos en los que se presenta un derecho fundado en un BIT no se ven afectados por la jurisdicción exclusiva de los tribunales locales establecida en un contrato, independientemente de que estos reclamos se relacionen en mayor o menor medida a cuestiones contractuales”.¹⁶⁷ En todos estos casos, los tribunales han respaldado la jurisdicción del CIADI, “independientemente de si los reclamos de Siemens surgen de cuestiones relacionadas con el Contrato, Siemens ha fundamentado claramente su derecho de accionar en virtud del Tratado. La jurisdicción del Tribunal no se ve afectada por la cláusula sobre jurisdicción contenida en el Contrato”.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Réplica sobre Jurisdicción, párr. 189.

¹⁶⁶ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 492.

¹⁶⁷ Ibid. párr. 508.

¹⁶⁸ Ibid. párr. 510.

179. En cuanto a la cuestión de la exclusividad de vías en virtud del Artículo 26 del Convenio, Siemens mantiene que “si las partes acuerdan un método de solución de controversias distinto del CIADI, crean una excepción a la exclusividad del CIADI pero no excluyen su jurisdicción en los términos del Artículo 26”.¹⁶⁹

(c) Consideraciones del Tribunal

180. El Tribunal considera que Siemens califica como inversor y que el conflicto surge directamente de una inversión a efectos de jurisdicción del Tribunal en virtud del Tratado y el Convenio. El Tribunal concurre con decisiones de previos tribunales arbitrales del CIADI en esta materia y en particular señala la afirmación hecha por el Comité *ad hoc* de Anulación en *Vivendi* al efecto de que “Una causa de pedir bajo un tratado no es lo mismo que una causa de pedir bajo un contrato; requiere una demostración clara de conducta que en las circunstancias es contraria a la norma relevante del tratado. La disponibilidad de tribunales locales dispuestos y capaces de resolver cuestiones específicas (...) no es determinante, y no precluye que un tribunal internacional considere el fondo de la diferencia”.¹⁷⁰ Tribunales arbitrales han resuelto por unanimidad que un conflicto surgido de un contrato puede dar lugar a una reclamación en virtud de un tratado bilateral de inversión. La diferencia, tal y como ha sido formulada por la Demandante, es una diferencia en virtud del Tratado. A estas alturas del procedimiento, el Tribunal no está obligado a considerar si las reclamaciones en virtud del Tratado hechas por Siemens son correctas. Esto es una cuestión que debe ser tratada con el fondo de la controversia. El Tribunal sólo necesita estar convencido de que, si se prueba que las alegaciones de la Demandante son correctas, tiene jurisdicción para considerarlas.

¹⁶⁹ Dúplica sobre Jurisdicción, párr. 293.

¹⁷⁰ Autoridades Legales N° 69, presentado con el Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, párr. 513.

181. En cuanto al Artículo 26 del Convenio, la primera frase dice lo siguiente: “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”. Esta disposición da por hecha la exclusividad de los recursos en virtud del Convenio a menos que las partes hubiesen llegado a otro tipo de acuerdo. El Artículo 26 no establece que lo que pueda ser acordado excluya los recursos del Convenio. En ese caso, los recursos del Convenio no son exclusivos pero tampoco lo son los acordados de otro modo. Esta lectura del Artículo 26 se confirma con la decisión sobre jurisdicción en *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) v. The Arab Republic of Egypt*: “El Artículo 26 dice que la aceptación de la jurisdicción del CIADI, a menos que se señale de otra manera, debe ser considerada como excluyente de otros recursos. Por tanto, la no renuncia a otros recursos no menoscaba la aceptación de la jurisdicción del CIADI”.¹⁷¹

182. El Tribunal coincide con la Demandante en que la cuestión de si la violación del Contrato puede o no ser un acto de expropiación es una cuestión relacionada con el fondo de la controversia.

183. Por las razones que se han aportado, el Tribunal desestima la octava excepción.

¹⁷¹ 3 *ICSID Reports* pág. 112.

IV. DECISIÓN

184. El Tribunal ha considerado las alegaciones de las partes en sus presentaciones orales y escritas y, por las razones que preceden el Tribunal resuelve que:

1. El Tribunal tiene jurisdicción para considerar las reclamaciones de Siemens descritas en la Solicitud de Arbitraje y en el Memorial sobre el fondo.
2. Siemens tiene *ius standi* para presentar las reclamaciones indicadas en el numeral anteriormente indicado.

En consecuencia, el Tribunal ha dictado una Orden bajo la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje para la continuación del procedimiento.

185. Cada parte ha solicitado que los gastos de la fase jurisdiccional del procedimiento, incluyendo sus propios gastos, sean costeados por la otra. El Tribunal decide considerar esta cuestión como parte del procedimiento sobre el fondo.

Redactado en inglés y castellano, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

Dr. Andrés Rigo Sureda
Presidente del Tribunal

Juez Charles N. Brower
Árbitro

Profesor Domingo Bello Janeiro
Árbitro