

LATIN AMERICA INVESTMENT & ARBITRATION LAW BI-MONTHLY

By Ignacio Gómez-Palacio

Consulting Editor: Prof. Garrett Epps

Research Assistant: MonicaPerzabal

(Versión en idioma español en pág. 2)

SIEMENS AND ARGENTINA'S TANGO

This issue of Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly, focuses on the award for Siemens A.G. v. The Argentine Republic Award (ICSID Case No. ARB/02/8, dated January 17, 2007), ordering Argentina to pay US \$208,440,540 for investor's lost value as well as consequential and other damages.

Basic Facts. The breach alleged is that of a contract (Contract) executed on October 6, 1998, between Argentina and SITS (a domestic Argentine company, owned by SNI, a company legally integrated into Siemens). The Contract provided for the implementation of an integrated immigration control, personal identification and electoral information system (System), including provision of all equipment necessary for data processing, technical support and related services. The compensation was to consist of a unit price for each national identity card issued, including home delivery and updating costs, fees for immigrations proceedings processed through the System and costs for printing of voting rolls. All prices were in Argentine pesos, at the time convertible to US dollars at par.

At the time of the Contract's execution, the Treaty for the Mutual Protection and Promotion of Investments (TMPPI as executed between Germany and Argentina on July 9, 1991) was in force.

In November of 2000, the Argentine Congress approved the Economic-Financial Emergency Law No. 25.344 (2000 Emergency Law), empowering the President to renegotiate public sector contracts. This law became effective two days before the parties to the Contract submitted, through a special commission to the Minister of the Interior, a proposed restatement of the Contract. The Contract was terminated by Argentina on May 18th, 2001 by Decree 666/01 under the terms of the 2000 Emergency Law. SITS then filed an administrative appeal which was rejected an

administrative appeal which was rejected.

Award. Based on Article 7(2) of the TMPPI, which states that each Contracting Party shall observe obligations assumed with regard to investments, the Arbitral Tribunal considered that a failure to meet such obligations (in respect to any particular investment) was converted by Article 7(2) into a material breach of the TMPPI.

Furthermore, the Arbitral Tribunal held that any State party to an investment contract, concession or any contractual obligation vis-à-vis a foreign investor must act *iure gestionis* (as a commercial actor) and avoid acts *iure imperii* (as a State).

If the State fails to perform its obligations under such contracts or obligations such a breach is not in itself an *iure imperii*.¹ Nationalization and expropriation are, however, two such inherently governmental acts.² The award mentions: "... for the State to incur international responsibility it must act as such, it must use its public authority. The actions... have to be based on its superior governmental power.³ Such is the case, when the State breaches its obligations under a treaty.⁴

Argentina stepped out of its role as a contractual party by issuing Decree 666/01 on the basis of the 2000 Emergency Law. By doing so, Argentina acted in use of its "police powers" rather than as a contracting party, even if it attempted at times to base its actions on the Contract. The Tribunal concluded that Argentina acted based not on public purpose, but rather with the goal of reducing the total costs of the Contract and due to a

¹ Siemens A.G. v. The Argentine Republic. Award, pr. 247. ² Id. at pr. 249. ³ Id. at pr. 253. ⁴ Id. at pr. 252. The Tribunal relied on several previous cases to support its holding: Waste Management II (pr. 172 et. al.), Jalapa Railroad (US-Mexico Mixed Claims Commission) and Salini v. Jordan.

"change of policy by a new administration eager to distance itself from its predecessor."⁵

The Tribunal also found that Argentina breached its obligation to treat an investment in a "fair and equitable" manner and recognized that the State's "bad faith and malicious intention" standard at present is an overly narrow and unacceptable interpretation;⁶ inasmuch as "full protection and security" has a much wider meaning than "physical protection."

Based on the foregoing conclusions, Argentina was ordered to pay US \$208,440,540 for the loss in investor's value, US \$9,178,000 for consequential damages and US \$219,899 for services rendered by Siemens to the Government. In addition, Argentina was ordered, in case of noncompliance, to return a US \$20,000,000 performance bond with interest (penalties) within 30 days of the dispatch of the award.

Additional Note: On the always interesting legal analysis of the concept of "investment", I recommend

⁵*Id. at pr. 260.* ⁶ *CMS v. Argentina and other recent awards have adopted a similar position.*

reviewing the following case (arising from the BIT between Turkey and Pakistan): *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*. ICSID Case No. ARB/03/09, Decision on Jurisdiction.

This article is provided as a service to clients and friends of Ignacio Gomez-Palacio.

It is not intended as legal advice on any matter.

GOMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcazar de Toledo No. 260-2

Lomas Reforma

11930 Mexico, D.F.

Tel. +52 (55) 5247-8001

Fax. +52 (55) 5245-2094

igp@g-pasoc.com

www.g-pasoc.com

For more information on matters affecting global foreign investment and arbitration, contact Ignacio Gomez-Palacio, telephone at (52) (55) 5247-8001 or email always to both these addresses: igp@g-pasoc.com or ignaciogomezpalacio@gmail.com

TANGO DE SIEMENS Y ARGENTINA

Este número de Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly, centra su atención en Siemens A.G. v. La República de Argentina (Caso CIADI No ARB/02/8, de 17 de enero de 2007), el cual ordena a Argentina a pagar US \$208,440,540 por concepto del valor de la inversión del inversionista, así como otros daños.

Hechos. Se alegó el incumplimiento por Argentina del contrato celebrado el 6 de octubre de 1998, entre Argentina y SITS (empresa argentina, propiedad de SNI, una empresa legalmente integrada a Siemens). El Contrato estipulaba la implementación de un control migratorio integral, identificación de personas y un sistema de información electoral (Sistema), incluyendo la proveeduría de todo el equipo necesario para el procesamiento de datos, soporte técnico y servicios relacionados. La contraprestación consistió en un precio unitario por cada carnet nacional de identidad emitido, incluyendo costos de servicio de entrega a domicilio y actualizaciones, honorarios para los procedimientos migratorios procesados a través del

Sistema y los costos de impresión de boletas de votación. Todos los precios se pactaron en pesos argentinos, entonces convertibles a la par en dólares estadounidenses.

Al momento en que el Contrato fue celebrado, el Tratado sobre la Protección Mutua y la Promoción de Inversiones celebrado entre Alemania y Argentina, el 9 de julio de 1991 (TPMPI), estaba vigente.

En noviembre de 2000, el Congreso argentino aprobó la Ley 25.344 de Emergencia Económico-Financiera (Ley de Emergencia 2000), autorizando al Presidente a renegociar contratos del sector público. Esta ley entró en

vigor dos días antes de que las partes del Contrato presentaran, por medio de una comisión especial, al Ministro del Interior, una propuesta de modificación del Contrato. El Contrato fue rescindido por Argentina el 18 de mayo de 2001, por el Decreto 666/01, de conformidad con la Ley de Emergencia 2000. SITS presentó un recurso administrativo que fue denegado.

Laudo. Con fundamento en el Artículo 7(2) del TPMPI, que establece que cada Parte Contratante observará las obligaciones asumidas con respeto a las inversiones, el Tribunal Arbitral consideró que el incumplimiento de dichas obligaciones (con respecto a cualquier inversión), se considera con base en el referido Artículo 7(2), un incumplimiento relevante del TPMPI.

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral sostuvo que un Estado parte de un contrato de inversión, concesión o cualquier obligación contractual vis-à-vis un inversionista extranjero, debe actuar *iure gestionis* (acto de naturaleza comercial) y evitar actos *iure imperii* (el Estado actuando como tal).

Si el Estado incumple sus obligaciones conforme a los mencionados contratos u obligaciones, tal incumplimiento no es en sí mismo un acto *iure imperii*.⁷ La nacionalización y la expropiación por el contrario, son actos intrínsecamente gubernamentales.⁸ El laudo menciona: "... para que el Estado incurra en responsabilidad internacional debe actuar como tal, debe usar su autoridad pública. Las acciones ... deben estar basadas en su poder supremo de gobierno."⁹ Tal es el caso, cuando el Estado incumple sus obligaciones conforme a un tratado.¹⁰

Argentina rebasó su carácter como parte contractual, al emitir el Decreto 666/01 con base en la Ley de Emergencia 2000. Al hacerlo, Argentina actuó utilizando sus "poderes de policía" en vez de actuar como una parte contratante, a pesar de que en algunas ocasiones intentó basar sus acciones en el Contrato. El Tribunal concluyó que Argentina actuó, no con base en el interés público, sino con el objetivo de reducir los costos totales del Contrato y debido "a un cambio de política por una nueva administración deseosa de distanciarse de su predecesor."¹¹

El Tribunal también encontró que Argentina incumplió su obligación de tratar a la inversión de manera "justa y equitativa", reconociendo que el estándar de "mala fe e intención maliciosa" del Estado, es actualmente una interpretación estrecha e inaceptable;¹² de igual manera que "protección y seguridad plena" tiene un significado más amplio que "protección física."

Basado en lo anterior, Argentina fue condenada a pagar US \$208,440,540 por concepto de valor de la inversión del inversionista, US \$9,178,000 por "consequential damages" y US \$219,899 por concepto de facturas no pagadas por servicios prestados por Siemens al Gobierno; así como a devolver la fianza de desempeño que por US \$20,000,000 se había otorgado, e intereses sobre dichos montos en caso de no dar cumplimiento dentro de los 30 días siguientes a la fecha de envío del Laudo Arbitral.

Nota Adicional: Respecto al siempre interesante análisis legal del concepto "inversión", recomiendo la lectura del siguiente caso (con base en el BIT entre Turquía y Pakistán): *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. La República Islámica de Pakistán*. Caso CIADI No. ARB/03/09, Decisión sobre Jurisdicción.

Este artículo es proporcionado como un servicio a clientes y amigos de Gómez-Palacio y Asociados. No constituye asesoría u opinión legal.

GOMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcázar de Toledo No. 260-2

Lomas Reforma

11930 México, D.F.

Tel. +52 (55) 5247-8001

Fax. +52 (55) 5245-2094

igp@g-pasoc.com

www.g-pasoc.com

⁷ Siemens A.G. v. La República de Argentina. Laudo, pr. 247. ⁸ Id. pr. 249. ⁹ Id. pr. 253. ¹⁰ Id. pr. 252. El Tribunal se basó en varios casos previos para respaldar su criterio: Waste Management II (pr. 172 y sigts.), Jalapa Railroad (Comisión Mixta de Reclamaciones Mexico-EUA) y Salini v. Jordan. ¹¹ Id. pr. 260. ¹² CMS v. Argentina y otros laudos recientes adoptan posturas similares.

Para mayor información sobre arbitraje y actos que afectan o están relacionados con inversión extranjera, contactar al Lic. Ignacio Gómez-Palacio al teléfono (52) (55) 5247-8001 o enviar correo electrónico a ambas de las siguientes direcciones:

igp@g-pasoc.com o ignaciogomezpalacio@gmail.com