



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary,
University of London

International Arbitration Case Law

*Directores Académicos: Ignacio Torterola &
Loukas Mistelis**

IMPREGILO S.P.A.

C.

LA REPÚBLICA ARGENTINA

(CASO CIADI No. ARB/07/17),

LAUDO FINAL

Autor: Bingen Amezaga**

Editado por: Natasha Dupont***

En un laudo dictado el 21 de junio de 2011, el Tribunal Arbitral rechazó las objeciones a la competencia del Centro y del Tribunal y, luego de negar los reclamos de expropiación formulados por Impregilo, declaró que Argentina había violado el estándar de trato justo y equitativo establecido en el Artículo 2.2 del TBI entre Italia y Argentina. La Profesora Stern y el Juez Brower firmaron, cada uno, una opinión concurrente y disidente (“OCD”).

Tribunal: Juez Hans Danelius (Presidente), Profesora Brigitte Stern y Juez Charles N. Brower.

Demandante: Sr. R. Doak Bishop, Sr. Craig S. Miles, Sr. Roberto Aguirre Luzi, Sra. Silvia Marchilli, Sr. David Weiss, Sr. Joost Pauwelyn, King & Spalding LLP.

Demandada: Dra. Angelina Marían Esther Abbona, Procuradora del Tesoro de la Nación, Procuración del Tesoro de la Nación (Argentina).

* Los Directores pueden ser contactados por e-mail en las siguientes direcciones

ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com y

loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com

** Bingen Amezaga es abogado especializado en litigios y arbitraje internacional en la firma Castaldi Mourre & Partners, en Paris.

*** Natasha Dupont es consultora económica en The Brattle Group donde su actividad reciente se ha enfocado en la estimación de daños en arbitrajes internacionales. Posee un MBA y un JD y previamente ha trabajado como abogada en litigios comerciales en importantes firmas legales.

ÍNDICE DE CUESTIONES DISCUTIDAS

1. Hechos del caso	3
2. Cuestiones legales discutidas en la decisión.....	5
a) Sobre la Jurisdicción	5
i. Los requisitos de jurisdicción bajo el TBI y la cláusula de la Nación Más Favorecida (“NMF”) (¶¶ 79-109; ver también OCD de la Profesora Stern)...	5
ii. Reclamaciones indirectas y el riesgo de doble indemnización (¶¶ 137-139).....	7
b) El Fondo de la cuestión	8
i. Expropiación (¶¶ 268-283; ver también OCD del Juez Brower, ¶¶ 17-34)	8
ii. Trato Justo y Equitativo (¶¶ 284-331; ver también la OCD del Juez Brower, ¶¶ 2-16)	8
iii. Estado de Necesidad (¶¶ 336-360).....	9
iv. Compensación (¶¶ 361-381, ver también OCD del Juez Brower, ¶¶ 35-38)...	10
v. Intereses (¶¶ 382-384, ver también OCD del Juez Brower, ¶¶ 39-40)	11
3. Decisión.....	11

Resumen del Caso

1. Hechos del Caso

En 1996, la Provincia de Buenos Aires (la "Provincia") decidió privatizar sus servicios de suministro de agua y de desagües y organizó un proceso de licitación para otorgar las concesiones respectivas para las diversas áreas de la Provincia.

Impregilo S.p.A. ("Impregilo"), una sociedad italiana, formó un consorcio con otras compañías para participar en la licitación, y obtuvo la concesión de una de las áreas (el "Área"). Impregilo y sus socios tuvieron que constituir una compañía argentina para poder firmar el Contrato de Concesión (el "Contrato"), y desarrollar las actividades relacionadas con la concesión; para ello constituyeron la compañía argentina AGBA.

El 7 de diciembre de 1999 la Provincia y AGBA firmaron el Contrato, según el cual AGBA adquiriría, por un período de treinta años, el derecho exclusivo de coleccionar, tratar, transportar, distribuir y comercializar agua potable, así como coleccionar, tratar, disponer, y potencialmente reutilizar aguas servidas en el Área.

Como contraprestación por la concesión, AGBA realizó un pago inicial de US\$ 1.260.000 a la Provincia y se obligó a mantener y renovar las instalaciones y en particular, a cumplir con el Programa de Optimización y Expansión del Servicio ("POES"), el cual consistía en seis "Planes Quinquenales" consecutivos que establecían los objetivos cuantitativos y cualitativos que debían ser alcanzados por el Concesionario. Por otro lado, el Contrato preveía que AGBA tenía el derecho a cobrar tarifas por el servicio, las cuales, según el Artículo 12.1.1, debían "cubrir todos los gastos operativos, los gastos de mantenimiento y la amortización del servicio" así como "proveer un retorno razonable a la inversión del Concesionario, sujeta a la eficiente administración y operación por parte del Concesionario, así como al estricto cumplimiento de los objetivos de calidad y expansión del servicio".

El 3 de enero de 2000, AGBA tomó posesión de la concesión, y el primer Plan Quinquenal fue aprobado por el ente regulador estatal "Organismo Regulador de Aguas Bonaerense" ("ORAB") el 31 de enero de 2001.

En mayo de 2001, en vista de las importantes dificultades para cobrar a los clientes, Impregilo envió una carta al Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Provincia (el "Ministerio") solicitando el análisis de posibles soluciones, y requiriendo la suspensión temporal de los objetivos fijados en el POES.

El Ministerio rechazó la solicitud en cuanto al principio, alegando que el problema del no pago de las tarifas era un riesgo del negocio que había sido

asumido por AGBA, pero aceptó establecer una comisión de trabajo para analizar posibles modificaciones contractuales.

La crisis económica golpeó Argentina en el 2001, empeorando los problemas de cobro de tarifas de Impregilo y al mismo tiempo provocando la implementación de varias medidas de urgencia por parte del Gobierno Argentino las cuales también afectaron el negocio de Impregilo. Tales medidas, fueron en particular, la “pesificación” a nivel paritario de los contratos de servicios públicos, el congelamiento de las tarifas de dichos servicios (implementada por ORAB en el Contrato el 11 de enero de 2002) y un Decreto autorizando la creación de un nuevo marco regulatorio para los servicios de aguas.

ORAB también promulgó la Resolución N° 14/02 la cual impedía a AGBA cobrar por las obras de conexión, y el 27 de agosto de 2002, suspendió el derecho de AGBA a interrumpir el suministro de agua a los clientes que no hubiesen pagado sus facturas.

Desde mediados de 2001 hasta 2005 AGBA insistió en numerosas ocasiones ante el ORAB y otras entidades gubernamentales para renegociar el Contrato y restablecer el equilibrio económico del mismo. AGBA también impugnó el Decreto que implementaba el nuevo marco regulatorio para los servicios de agua en la Provincia.

En Diciembre de 2002, ORAB decidió que AGBA había cumplido con las metas de calidad y expansión del servicio del primer año de la concesión, y concedió la solicitud de AGBA de suspender las obligaciones del POES en el segundo año de concesión pero las partes no lograron llegar a un acuerdo respecto de la renegociación del Contrato.

El 10 de julio de 2006, como consecuencia de un reporte sobre el desempeño de los concesionarios que concluía que AGBA había violado varias de sus obligaciones bajo el Contrato y el POES, la nueva autoridad de regulación, OCABA, multó a AGBA. Al día siguiente, el Gobernador de la Provincia dio por terminado el Contrato, y dos días más tarde, la concesión de AGBA fue transferida a una compañía controlada por el Estado Argentino, llamada ABSA.

El 25 de Julio de 2007, el CIADI registró la solicitud de arbitraje de Impregilo contra Argentina bajo el n° ARB/07/17.

2. Aspectos legales Discutidos en la Decisión

a) Sobre la Jurisdicción

- i. Los requisitos de jurisdicción bajo el TBI y la cláusula de la Nación Más Favorecida (“NMF”) (¶¶ 79-109; ver también OCD de la Profesora Stern)

La primera objeción invocada por Argentina fue que Impregilo no cumplió con los requisitos establecidos en los Artículos 8(2) y 8(3) del TBI, los cuales requieren que el inversionista plantee su reclamo ante las cortes locales durante un período de 18 meses, antes de poder hacer el reclamo a través de una demanda de arbitraje internacional.

El Tribunal Arbitral concluyó que tal regla debería interpretarse en el sentido de que existe un requisito de jurisdicción que debía ser cumplido antes de someter la reclamación a arbitraje, y que "Dado que Impregilo no ha cumplido con este requisito, el Tribunal no puede determinar que existe competencia con fundamento en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia". (¶ 94)

Sin embargo, luego de alcanzar esta conclusión, la mayoría pasó a considerar si la existencia de una cláusula NMF en el Artículo 3(1) del TBI permitía a Impregilo apoyarse en el texto del Artículo VII del TBI Argentina-EE.UU., el cual prevé que el inversionista tiene la posibilidad de escoger entre someter la disputa a las cortes locales o, luego de seis meses desde la fecha en la que surja la controversia, someterla a arbitraje internacional.

La mayoría notó que el término “tratamiento” en la cláusula NMF es en sí mismo suficientemente amplio para poder aplicarse también a aspectos de procedimiento tales como la resolución de conflictos. Y más aun, que la expresión la frase “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo” ciertamente es lo suficientemente amplia como para incluir las normas de resolución de conflictos” (¶ 99), y rechazó el argumento invocado por Argentina según el cual, la aplicación del principio *ejusdem generis* limitaría la aplicación de la cláusula NMF únicamente a asuntos que fueran similares a “inversiones”.

Respecto del argumento de Argentina de que acudir a las cortes locales no puede ser considerado *per se* como algo desfavorable para los inversionistas, la mayoría razonó que, “lo que debe considerarse es si la opción de recurrir a un procedimiento local o al arbitraje internacional, tal como ocurre con el TBI Argentina-Estados Unidos, es más favorable para el inversor que un procedimiento local obligatorio antes de poder tener acceso al arbitraje” y concluyó que “un sistema que brinda una opción es más favorable para el inversor que un sistema que no brinda opción alguna.” (¶ 101)

Finalmente, aunque admitiendo que “la jurisprudencia en torno a la aplicación de las cláusulas NMF a las normas de resolución de controversias no es del todo

congruente”, la mayoría consideró que “en aquellos casos en que la cláusula NMF ha hecho referencia a “todas las demás cuestiones” o a “toda cuestión” regulada por el TBI, la conclusión ha sido casi unánime en el sentido de incluir las normas de resolución de controversias.” (§ 108)¹

La mayoría concluyó entonces que Impregilo tenía la posibilidad de basarse en el Artículo VII del TBI Argentina-EE.UU., y que “no puede desestimarse el caso por la falta de cumplimiento con los requisitos establecidos en los Artículos 8(2) y 8(3) del TBI Argentina-Italia” (§ 108)

La Profesora Stern disintió de la mayoría en este aspecto y afirmó que la cláusula NMF no puede ser utilizada para crear la competencia del tribunal arbitral.

En su OCD, reconociendo el aparente predominio de laudos que aplican la causal NMF a la resolución de conflictos pero haciendo ver la existencia de una brecha más sutil entre los árbitros, y haciendo énfasis en el carácter no vinculante de las decisiones precedentes, la Profesora Stern señaló que el Artículo 3 del TBI y el Artículo VII del TBI Argentina-EE.UU. se basaban en procedimientos completamente diferentes e incompatibles y en consecuencia, “el resultado concreto no otorga a Impregilo el mecanismo de resolución de controversias existente más favorable, que es el supuesto objetivo de las cláusulas de NMF, sino un mecanismo *sui generis* que fue interpretado por el razonamiento de los árbitros y que no estaba previsto ni en el tratado base ni en el tratado con un tercero.”(OCD de la Profesora Stern §12)

La Profesora Stern aprovechó la oportunidad para expresar por qué, en su opinión, las cláusulas NMF no deberían poder importar el mecanismo de resolución de conflictos previstos en TBI respecto de terceras partes, en el TBI del que se trate, salvo que esta posibilidad se prevea explícitamente.

Más que adoptar el razonamiento de otros Tribunales que llegaron a la misma conclusión (cláusula “específicamente negociada” (*Plama, Tza Yap Shum c. Perú*), distinción entre aspectos sustantivos y procesales (*Telenor Mobile c. Hungría*), distinción entre inversión e inversionista en la cláusula NMF (*RosInvestCo c. la Federación Rusa*)), la Profesora Stern propone basar el análisis en la distinción entre las condiciones calificadoras para acceder a los derechos, y los derechos en sí mismos. La cláusula NMF sólo puede referirse a los derechos que el inversionista posea, pero no puede modificar las condiciones fundamentales para poder beneficiar de tales derechos. De la misma manera en que las otras condiciones para acceder a la competencia (*rationae personae, rationae materiae y rationae temporis*) no se ven afectadas por las cláusulas NMF, la condición *rationae voluntatis* tampoco debería serlo.

¹ La mayoría citó en particular las decisiones sobre jurisdicción en los casos: *Maffezini c. Reino de España*, *Gas Natural c. Argentina*, *Suez c. Argentina*, *Vivendi c. Argentina* y *Camuzzi c. Argentina*.

ii. *Reclamaciones indirectas y el riesgo de doble indemnización (¶¶ 137-139)*

El Tribunal tuvo que resolver el argumento planteado por Argentina, según el cual, las reclamaciones de Impregilo en realidad eran reclamaciones indirectas de otra compañía distinta, AGBA, referidos exclusivamente a la ejecución del Contrato.

El Tribunal comenzó por notar que la formación de la compañía Argentina AGBA era un requisito impuesto por las reglas de la licitación establecidas por Argentina. Seguidamente, el Tribunal razonó que en vista de que el Artículo 1(1)(b) del TBI protege las acciones de Impregilo en AGBA, si AGBA había sido víctima de expropiación, o de tratamientos injustos, tales acciones ilegales afectarían también los derechos de Impregilo en tanto que inversionista, según el TBI. El Tribunal se basó en la “substantial jurisprudencia” que ha admitido que las reclamaciones planteadas por accionistas gozan de protección bajo el TBI, y rechazó esta objeción.

Respecto del riesgo de doble indemnización, el Tribunal reconoció que si se diera el caso de que se indemnizara a Impregilo a nivel doméstico, este hecho afectaría sus reclamaciones bajo el TBI, e igualmente, cualquier compensación que Impregilo pudiera obtener bajo el TBI afectaría las reclamaciones a nivel doméstico de AGBA.

iii. *Reclamaciones contractuales y cláusulas de elección de jurisdicción (¶¶ 173-189)*

Luego de notar que fue AGBA y no Impregilo quien ejecuto el Contrato, el Tribunal rechazó que la cláusula de elección de foro del Contrato pudiera interpretarse como excluyendo el recurso al arbitraje TBI en los casos en los que la reclamación se refiera a actos que puedan constituir tanto violaciones del Contrato como del TBI.

El Tribunal admitió que algunas de las reclamaciones de Impregilo se referían a meros aspectos contractuales, mientras que las reclamaciones por expropiación, tratamiento injusto y discriminación iban más allá de las meras violaciones contractuales, aun cuando pudieran compartir las mismas bases fácticas.

Por consiguiente, el Tribunal admitió parcialmente las objeciones de competencia de Argentina, pero únicamente respecto de las violaciones contractuales que no fueran, al mismo tiempo, violaciones de las obligaciones de Argentina respecto de los inversionistas bajo el TBI.

b) *El Fondo de la cuestión*

i. *Expropiación (¶¶ 268-283; ver también OCD del Juez Brower, ¶¶ 17-34)*

El Tribunal declaró que debe distinguirse la expropiación de otras medidas menos agresivas que regulan o restringen el derecho a usar la propiedad, aunque reconoció la existencia de casos límite que equivalen a la privación de la propiedad (expropiación indirecta y expropiación progresiva).

El Tribunal concluyó que, aunque los actos de Argentina afectaron los derechos de AGBA, ninguno llegó a implicar una pérdida de la concesión o una pérdida de derechos de propiedad. La pérdida sólo ocurrió cuando la Provincia dio por terminada la concesión.

Dejando de lado cualquier posible objetivo de Argentina respecto a transferir los servicios de aguas a entidades públicas, el Tribunal estableció que la cuestión decisiva para determinar si hubo expropiación era la de establecer si las razones anunciadas por la Provincia para terminar el Contrato constituían bases legalmente válidas para ello de acuerdo con el Contrato. El Tribunal observó en este sentido que las razones anunciadas por la Provincia para terminar el Contrato fueron extensas y específicas, y revelaron que AGBA incumplió significativamente sus obligaciones. El Tribunal consideró tales deducciones suficientes para excluir que la terminación del Contrato constituyó un acto de expropiación.

El Juez Brower disintió de la mayoría. Desde su perspectiva, el laudo excluyó equivocadamente la posibilidad de una expropiación indirecta, y también erró al no considerar como expropiatorios otros actos y omisiones de Argentina, que cumulativamente disminuyeron el valor de AGBA.

ii. *Trato Justo y Equitativo (¶¶ 284-331; ver también la OCD del Juez Brower, ¶¶ 2-16)*

El Tribunal afirmó la distinción entre expectativas legítimas bajo el derecho internacional por un lado, y derechos contractuales por otro, y concluyó que en la medida en que los actos de la Provincia eran exclusivamente contractuales, no podían constituir una violación del estándar de trato justo y equitativo en base a la teoría de las expectativas legítimas.

Seguidamente, el Tribunal analizó si los actos de la Provincia en relación con el Contrato no sólo constituyeron una violación de dicho contrato, sino que al mismo tiempo implicaron un abuso del poder de soberanía del Estado. El Tribunal consideró que los actos de la Provincia no implicaron un abuso de poderes públicos y decidió que, al respecto, no podía invocar la responsabilidad de Argentina bajo el TBI.

A continuación, el Tribunal analizó otros actos de Argentina distintos de aquellos que llevó a cabo la Provincia como contraparte en el Contrato, y en particular la legislación de urgencia que *pesificó* a nivel de paridad los contratos de servicios públicos y congeló las tarifas, así como el nuevo marco regulatorio establecido en el Decreto del 2003.

El Tribunal notó que AGBA no había recibido garantías respecto de la estabilidad de la tasa de cambio, ni del marco regulatorio. Sin embargo, en vista de que dichas medidas alteraron el equilibrio económico garantizado por el Artículo 12.1.1 del Contrato, Argentina tenía la obligación de reestablecer dicho equilibrio económico, lo cual no hizo, no obstante las numerosas solicitudes por parte de Impregilo en este sentido. El Tribunal concluyó que al no reestablecer un equilibrio razonable en la concesión, Argentina agravó la situación de Impregilo hasta tal punto, que violó su deber bajo el TBI de acordar un tratamiento justo y equitativo a la inversión de Impregilo.

El Juez Brower consideró que Argentina no sólo violó su obligación de trato justo y equitativo por las razones que fueron expuestas por la mayoría, sino que la República también lo hizo a través de otras varias violaciones contractuales, que, a su entender, frustraron las expectativas de los Demandantes y alteraron de manera arbitraria el equilibrio del Contrato.

iii. Estado de Necesidad (¶¶ 336-360)

El Tribunal examinó el argumento de Argentina respecto al estado de necesidad bajo el estándar del Derecho Consuetudinario Internacional, y en particular bajo lo establecido en los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Actos Ilícitos, de la *International Law Commission* (“Artículos ILC”).

Luego de admitir que la crisis económica de Argentina constituyó un “peligro grave e inminente” para los intereses esenciales del Estado, en el sentido de los Artículos ILC, el Tribunal pasó a considerar si los otros criterios establecidos por el ILC también se encontraban satisfechos.

El Tribunal rechazó el argumento de Impregilo, según el cual su propio interés en tanto que entidad legal italiana también debía ser tomado en consideración al momento de sopesar los intereses en juego de acuerdo con el Artículo ILC 25, párrafo 1(b), ya que los intereses de un pequeño número de ciudadanos o entidades legales de un Estado Contratante no podía calificarse como un “interés esencial” de dicho Estado.

Seguidamente, el Tribunal examinó el requisito del Artículo ILC 25, párrafo 2(b) según el cual, si el Estado del que se trate ha contribuido a la situación de necesidad, la aplicación de la defensa de necesidad debe excluirse. Respecto de este requisito, el Tribunal afirmó que no se requiere que la contribución del

Estado sea específicamente dirigida o planeada, sino que la misma también puede ser la consecuencia de políticas bien intencionadas pero mal concebidas.

Respecto del nivel de contribución requerido, el Tribunal se refirió al Comentario de los Artículos ILC, según el cual la contribución debe ser sustancial y no simplemente incidental. Al respecto, el Tribunal concluyó que aunque hubieron otros elementos que afectaron la economía Argentina, las políticas económicas adoptadas por Argentina durante muchos años antes de la crisis hicieron que la economía del país fuera vulnerable a las presiones exógenas, y tuvieron un impacto adverso en la sustentabilidad de su modelo económico tanto a nivel nacional como local.

El Tribunal por tanto decidió que Argentina había contribuido significativamente a su “situación de necesidad” y por tanto, no satisfizo las condiciones establecidas en el Artículo ILC 25, excluyendo la aplicación de la defensa de estado de necesidad.

La Profesora Stern consideró que la contribución sustancial de las autoridades Argentinas en la crisis económica no había sido probada satisfactoriamente, pero al considerar que la violación del estándar de trato justo y equitativo continuó luego de la crisis, ella concurrió con la decisión adoptada en el fondo de la cuestión.

iv. Compensación (¶¶ 361-381, ver también OCD del Juez Brower, ¶¶ 35-38)

El Tribunal propuso implementar el principio de reparación derivado del caso *Chorzow Factory*, y en consecuencia, reestablecer la situación en la cual, con toda probabilidad, Impregilo se hubiera encontrado de no ser por las violaciones del TBI por parte de Argentina.

Luego de considerar todas las circunstancias, y en particular, el hecho de que la concesión cubría un área muy pobre que presentaba niveles significativos de no pago, las dificultades experimentadas por AGBA al comienzo del período de concesión, y la necesidad de inversiones substanciales de parte del inversionista, el Tribunal concluyó que no fue suficientemente probado que, inclusive de no haberse producido los actos ilegales de Argentina, la concesión hubiera sido un negocio provechoso para AGBA.

Por tanto, el Tribunal consideró inapropiado calcular daños en base al costo, al valor de las acciones, o los ingresos, prefiriendo llevar a cabo una estimación razonable de la pérdida sufrida.

El Tribunal finalmente decidió que Argentina debía compensar a Impregilo únicamente por las cantidades que Impregilo invirtió en la concesión.

El Juez Brower no aprobó la premisa de la “responsabilidad compartida” aplicada por la mayoría y consideró que el valor de la inversión debería determinarse mediante el método del Descuento de Flujo de Caja, el cual es aplicado habitualmente a negocios que son viables (“going concerns”).

v. Intereses (¶¶ 382-384, ver también OCD del Juez Brower, ¶¶ 39-40)

Respecto del punto de inicio para calcular los intereses, el Tribunal declaró que no había un momento preciso en el cual se hubiese producido el tratamiento injusto. Por tanto, el Tribunal eligió la fecha de terminación del Contrato como punto de partida para la obligación de Argentina de pagar intereses, puesto que no hay duda que en esa fecha, las violaciones de Argentina llegaron a su culminación.

El Juez Brower disintió de la mayoría al señalar que los actos que fueron utilizados por la mayoría como bases para decidir que Argentina había violado su obligación de otorgar trato justo y equitativo, tuvieron lugar en 2002 (“pesificación”), y 2003 (nuevo marco regulatorio), así que el laudo debería haber compensado al Demandante por esos tres daños incluyéndolos en el cálculo de intereses.

3. Decisión

El Tribunal rechazó las objeciones de la Demandada respecto de la competencia del Tribunal y del Centro, salvo por lo relativo a las reclamaciones meramente contractuales.

Respecto al fondo de la cuestión, luego de rechazar el reclamo de expropiación de Impregilo, el Tribunal declaró que Argentina había violado el TBI al no acordar a la inversión de Impregilo un trato justo y equitativo. El Tribunal consideró innecesario determinar si la Demandada afectó la inversión de Impregilo a través de medidas injustificadas o discriminatorias, o si incumplió el deber de otorgar protección y seguridad plena al mismo.

Finalmente, el Tribunal decidió que Argentina debía compensar a Impregilo por los daños sufridos en la suma de US\$ 21.294.000 más intereses compuestos, calculados anualmente a la tasa de 6 %, a partir de la fecha de terminación del Contrato por parte de la Provincia.