

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. 3)

A FIRST FOR ARGENTINA: METALPAR, S.A. AND BUEN AIRE, S.A. v. ARGENTINA.

This issue of Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly analyzes the above-mentioned award. Its relevance lies in the fact that it is the first case decided for the Argentine Republic growing out of the adoption of measures connected with its economic crisis at the end of 2001.

Application before ICSID for registration of this arbitration: 3. February 2003.

Final award. Unanimous: 6. June 2008.

Arbitral Tribunal: Rodrigo Oreamuno Blanco, President (Costa Rica); Duncan H. Cameron (USA) and Jean Paul Chabaneix (Peru).

Plaintiffs, both Chilean enterprises, subscribed and paid shares issued by Inversiones Loma Hermosa, S.A., an Argentine manufacturer of motor car bodies for public transport that owned an Argentine subsidiary named Metalpar Argentina, S.A. The investment was covered by BIT executed between Argentina and Chile (January 1, 1995).

Plaintiffs stated that as of December 2001 the Argentine Republic initiated a process to modify its financial and exchange system, with resulted in an effect on their investments. That Executive Decree 1570/2001 on transfers abroad breached the BIT. Further, Argentine Law 25,561, "pesofying" the economy, also breached the BIT by requiring that all obligations agreed upon in US dollars should be converted into Argentine pesos, and further granting authorization to the Executive Power to establish a system to determine the exchange rate between the Argentine peso and hard foreign currencies.

Additional allegations included: (i) that Metalpar Argentina, S.A. granted to various persons and companies in Argentina financing for the purchase of motor car bodies, for a total amount of US\$18,000,000; (ii) that its debtors were authorized to pay in Argentine

pesos, producing a reduction in value in excess of 300% with respect to the dollar; (iii) that "pesofication" constituted in effect an expropriation or its equivalent, further denying plaintiffs fair and equitable treatment; (iv) that pursuant to Executive Decree 71/202, Argentina granted preferential treatment to members of the financial sector, providing that pledges in excess of US \$100,000 granted by said sector, could avoid "pesofication" and instead continue under the original agreement; and (v) that measures adopted by Argentina prevented the investors from "directing day to day business operations and their investments," interfering with "the control of their investments and business" and preventing them from demanding due compliance with contracts, the essence of the activities connected with their investments.

Significantly, plaintiffs did not claim that their investment was expropriated. The claim was based on the expropriation of Metalpar Argentina's rights and credits against its clients. It was alleged that Argentine authorities stop them from exercising their rights in full.

Argentina argued that its action violated neither the BIT nor international law generally, and that it could not constitute expropriation of the investment, since plaintiffs' investment in Argentina is worth today, measured in US dollars, much more than at the time of the action. Argentina further argued: (i) that measures were adopted based on principles of reasonability, good faith and proportionality; (ii) that reasonability and the need for the adoption of said measures has been ratified by the international law principle that recognizes a state of

necessity; (iii) that plaintiffs were confusing their investment, consisting of a share acquisition in Argentine enterprises, with their credits against Argentine debtors; (iv) that investment in Metalpar Argentina is worth today, substantially more than it would have been worth had the measures not been adopted, and (v) that Argentina has not directed and is not directing the day-to-day operations of the enterprises in which plaintiffs invested, and has neither interfered in the management or appointment of directors and administrators, nor stopped the enterprise from paying dividends.

Plaintiffs stated that they had in fact tried to remit dividends in the amount of US\$200,000; but that Bank Boston in Argentina indicated the applicability of Executive Decree 1570/2001. Argentina responded that plaintiffs had never requested Argentine central bank authorization for the transfer, as provided for in the Decree. It further argued that Host States hold the right to establish the procedures to make transfers.

In connection with the alleged denial of fair and equitable treatment, plaintiffs alleged that the Argentine legislative acts lacked coherence and were ambiguous, unpredictable and lacked transparency, all of which prevented investors from planning the company's activities. Plaintiffs indicated that Arbitral Tribunals in *Tecmed v. Mexico* and *Mondev v. USA* mentioned that bad faith on the part of the State is not a requirement for a breach of the fair and equitable treatment principle.

Argentina cited *Champion Trading Co. v. Egypt*, establishing that fair and equitable treatment must be analyzed based on all facts and circumstances connected with a case and that the measures adopted by Argentina were proportional to the situation and looked for equilibrium among all of the society economic actors.

Argentina alleged "state of necessity" as a circumstance precluding wrongfulness. Argentina's position indicated: (i) that the State did not contribute to the production of such circumstances; (ii) that the measures adopted constituted the sole way to protect the country against risks of social dissolution and political anarchy; (iii) that the essential interest of the Argentine State, of the states with which such obligation exists and of the community as a whole were not severely affected, nor were *ius cogens* obligations affected, and (iv) that the applicable BIT does not exclude the possibility of a claim of state of necessity.

Citing *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, Argentina argued that, in a state of crisis, States may permissibly employ a wide variety of economic measures without incurring international responsibility.

Plaintiffs' arguments included that: (i) limitations of certain individual rights must be indemnified; (ii) that the emergency was not something like a natural disaster, but was the consequence of the Argentine State's improper management; and (iii) that while it recognizes Argentina *imperium* to adopt the challenged measures, Argentina must indemnify them for damages, since it cannot demand "patriotic contribution" from foreign investors.

The Arbitral Tribunal decided:

1. That plaintiffs were not discriminated against vis-à-vis financial institutions, since the State can establish different regulations for different persons.
2. That plaintiffs did not produce evidence to reach the conclusion that the acts of the Argentine government limiting their credit rights against clients, had a "**sufficiently severe**" ("*suficientemente grave*") effect on their investment, "so as to generate the need of a compensation for expropriation"; that the Tribunal had no evidence that intervention in the credit agreements **generated negative effects on the investment**; and that the Plaintiffs had not provided evidence supporting the conclusion that investors were stopped from controlling or managing their investment and therefore develop their entrepreneurial activities.
3. Regarding currency remittance from abroad, the Tribunal concluded that plaintiffs had not complied with the procedures established by the Argentine statute requiring an application for authorization to the Argentine central bank.
4. The Tribunal did not find a link between the investors' expectations and fair and equitable treatment in this case. After listing a substantial number of cases, and stating they having been decided on different facts, the Tribunal found it improbable that plaintiffs would anticipate that their investment was not to be subject to the country's fluctuations or that the crisis, which could have been anticipated at the time of the investment, would not generate the need for Argentina to promulgate legal measures. It concluded that the

conduct of the Argentine State was not arbitrary and therefore that the foreign investor's expectations had not been breached.

In this regard, the Tribunal mentioned that the Argentine crisis at the end of 2001 had been developing since 1998. Experts provided by Argentina indicated that since 1998 the economy had been subject to recession and social turmoil. These were the circumstances under which plaintiffs made their investment. It is relevant to mention that plaintiffs did not show the experts and witnesses at the hearing that took place for this purpose. Argentina did bring their experts and witnesses present expert testimony and evidence. Plaintiffs alleged that their decision to omit expert evidence was due to the fact that the process was "of pure law."

5. That self-preservation is one of the fundamental duties of a national government. If government disappears, will ensue, producing great suffering for the Nation's inhabitants.

In *LG & E v. Argentina and Enron Corporation v. Argentina*, damage to investments was evidenced. In the current case, by contrast, plaintiffs did not show damage to their investments as a consequence of measures taken by Argentina to solve the crisis. It is therefore useless to decide whether the measures taken by Argentina were due to a "state of necessity."

The Tribunal noticed that sales of the investment's auto bodies rose during the period in question (units sold: 56 in 2000 up to 1,048 in 2005. Sales in US: \$12,062,000 in 2000, up to \$20,754,000 in 2005).

The Tribunal underlined statements by plaintiffs' representatives, mentioning that measures adopted by Argentina since 2004 have had and will continue to have spectacular success.

6. That the sole investments made by plaintiffs were the acquisition of shares and its capitalization.

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

LA PRIMERA PARA ARGENTINA: METALPAR, S.A. Y BUEN AIRE, S.A. v. ARGENTINA.

Este número del Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly, analiza el referido laudo arbitral, mismo que se considera relevante en virtud de ser el primer caso que se decide a favor de la República Argentina, con motivo de la adopción de medidas consecuencia de su crisis económica de finales de 2001.

Solicitud ante el CIADI de registro de este arbitraje: 3. febrero. 2003.

Laudo final por unanimidad: 6. junio. 2008.

Tribunal Arbitral: Rodrigo Oreamuno Blanco (Presidente-costarricense); Duncan H. Cameron (Árbitro-estadounidense) y Jean Paul Chabaneix (Árbitro-peruano).

Las demandantes, ambas empresas chilenas, suscribieron y pagaron acciones emitidas por Inversiones Loma Hermosa, S.A. --empresa argentina dedicada a la fabricación de carrocerías para vehículos de transporte público--, a su vez propietaria de una subsidiaria argentina denominada Metalpar Argentina, S.A. Es aplicable a la inversión el BIT celebrado entre

Argentina y Chile (en vigor a partir de 1.enero.95).

Las demandantes manifestaron que a partir de diciembre de 2001 la República Argentina inició un proceso de modificación del sistema financiero y cambiario de su país, que afectó sus inversiones. Que el Decreto Ejecutivo 1570/2001 sobre transferencias al exterior violó el BIT; y que asimismo la Ley argentina 25,561 llamada de "pesificación" también lo hizo, al disponer que las obligaciones pactadas en dólares EUA debían obligatoriamente convertirse a pesos argentinos, facultando al Poder Ejecutivo a establecer el sistema a utilizarse para determinar la paridad cambiaría entre el peso argentino y las divisas extranjeras.

Asimismo alegaron que: (i) Metalpar Argentina, S.A. otorgó financiamiento para la compra de carrocería para vehículos a diversas personas en Argentina, por un monto total de US\$18,000,000; (ii) que sus deudores fueron autorizados a pagar sus obligaciones en pesos argentinos, lo que implicó una desvalorización superior al 300% del peso con relación al dólar; (iii) que la pesificación implicó una expropiación o su equivalente, habiéndosele negado un trato justo y equitativo; (iv) que conforme al Decreto Ejecutivo 71/202, Argentina otorgó a los miembros del sector financiero un trato preferencial, ya que los créditos prendarios en exceso de US 100 mil otorgados por dicho sector, no fueron alcanzados por la pesificación (manteniéndose el pacto original), lo que acarrió la consecuencia de discriminar a los demandantes; y (v) que las medidas adoptadas por Argentina causaron que se vieran impedidos de "dirigir las operaciones del día a día de sus negocios y sus inversiones", interfiriendo "el control de sus inversiones y negocios", al no poder exigir el cumplimiento de contratos que son la esencia de las actividades relacionadas con sus inversiones.

Cabe aclarar que las demandantes no fundaron su demanda en el hecho de que su inversión fue expropiada. La basaron en la expropiación de los derechos y créditos que tenía Metalpar Argentina contra sus clientes. La autoridad argentina, alegaron, les impidió ejercitar sus derechos en su totalidad.

Argentina indicó que no se violó el TBI ni el derecho internacional y que la figura de la expropiación de la inversión en este caso es imposible, ya que la inversión de las demandantes en la República Argentina, vale hoy, medida en dólares US, mucho más.

Argentina indicó: (i) que sus medidas fueron adoptadas con base en los principios de razonabilidad, buena fe y proporcionalidad; (ii) que la necesidad y razonabilidad de las medidas adoptadas han sido ratificadas por el derecho internacional, que reconoce el estado de necesidad; (iii) que los demandantes confundieron su inversión consistente en participaciones accionarias en empresas argentinas, con los créditos que tenían en contra de deudores argentinos; (iv) que la inversión de las demandantes vale substancialmente más de lo que hubiera valido de no haberse adoptado las medidas; y (v) que Argentina no dirigió ni dirige las operaciones del día a día de las empresas en donde las demandantes invirtieron, ni interfiere en la administración o designación de directores y administradores, ni ha impedido que paguen dividendos.

Los demandantes afirmaron haber intentado remitir al extranjero \$200 mil US por reparto de utilidades y el banco Bank Boston en Argentina los remitió al Decreto Ejecutivo 1570/2001. Argentina indicó que las demandantes nunca solicitaron autorización de transferencia al banco central argentino, que es al que debieron dirigirse conforme al referido Decreto. Indicó que además, el establecimiento de procedimientos para la realización de transferencias es un derecho del Estado Anfitrión.

En relación con el incumplimiento de trato justo y equitativo, las demandantes alegaron que la acción legislativa argentina careció de toda coherencia, fue ambigua, impredecible y poco transparente, lo cual impidió que los inversionistas pudieran planificar sus actividades. Indicaron que los tribunales arbitrales de Tecmed v. México y Monde v. EUA afirmaron que no se requiere una actuación de mala fe del Estado, para violar el principio de trato justo y equitativo.

Argentina citó a Champion Trading Co. v. Egipto, en el sentido de que el trato justo y equitativo debe analizarse a la luz de todos los hechos y circunstancias del caso y que las medidas adoptadas fueron proporcionales a la situación, mismas que buscaron el equilibrio entre todos los actores económicos de la sociedad.

Argentina adujo "el estado de necesidad" como eximente de responsabilidad. La postura argentina indicó: (i) que el Estado no contribuyó a que se produjera tal estado; (ii) que las medidas adoptadas constituyeron el único modo de salvaguardar al país contra un peligro de disolución social y anarquía política; (iii) que no se afectó gravemente el interés esencial del Estado argentino o de los Estados en relación con los cuales existe tal

obligación o de la comunidad en su conjunto, ni se afectaron obligaciones de *ius cogens*; y (iv) que el BIT no excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad.

Citando el caso *Sea-Land Service, Inc. v. Irán*, Argentina indicó que en situaciones de crisis, los Estados puede utilizar una amplia gama de posibilidades sin incurrir en responsabilidad internacional.

Las demandantes, adujeron: (i) que la limitación a ciertos derechos individuales debe ser indemnizada; (ii) que la emergencia no implicó un desastre natural, sino que fue consecuencia de los propios desmanejos del Estado argentino; y (iii) que reconociendo el *imperium* del Estado argentino para tomar las referidas medidas, esa nación debe indemnizarlos por las pérdidas sufridas, ya que además no se puede exigir a un inversionista extranjero "contribución patriótica".

El Tribunal Arbitral decidió:

2. Que las demandantes no fueron discriminadas al no haberseles dado el trato de entidades financieras, ya que un Estado puede establecer normas diferentes para regular a sujetos distintos.
3. Que las demandantes no demostraron que las actuaciones del gobierno argentino limitando sus derechos crediticios contra sus clientes, tuvieron un efecto "**suficientemente grave**" sobre sus inversiones "como para generar la necesidad de una compensación por expropiación"; que el Tribunal no tuvo evidencia de que la intervención en los contratos de crédito **haya generado efectos negativos a la inversión**; ni se presentó evidencia que demostrara impedimento a los demandantes para controlar y manejar su inversión y por ende desarrollar su gestión empresarial.
4. Respecto a la transferencia al exterior de divisas, concluyó que las demandantes no cumplieron con el procedimiento señalado en la normativa argentina que obliga a solicitar autorización del banco central argentino.
5. Que la vinculación entre las expectativas de los inversionistas y el trato justo y equitativo no se dio en este caso. Tras listar un número cuantioso de casos, en los que afirmó que se decidieron con

base en hechos diferentes, el Tribunal consideró improbable que las demandantes esperaran que sus inversiones no fueran a estar sujetas a los vaivenes del país en el que las hicieron o a que la crisis que ya entonces podían preveer no generaría la necesidad de promulgar medidas legales para paliarla. Concluyó que la conducta del Estado argentino no fue arbitraria, por lo que no se violó la expectativa de los inversionistas extranjeros.

Al respecto refirió que a partir de 1998 se comenzó a gestar en Argentina una crisis que explotó violentamente al finalizar 2001. Esto quedó ampliamente demostrado por peritos ofrecidos por Argentina que indicaron que desde 1998 la economía había entrado en recesión, aunados a desequilibrios sociales. Estas son las circunstancias en las que las demandantes hicieron su inversión. Cabe destacar que las demandantes no presentaron en la audiencia que se programó y se celebró, los peritos y testigos que propusieron. Argentina sí los presentó. Las demandantes alegaron que no lo hicieron porque el proceso "es de puro derecho".

5. Que la autopreservación es uno de los deberes fundamentales que tienen los gobiernos de los países. Desaparecido el gobierno sobreviene el caos y enormes penurias para los habitantes de la Nación.

En los casos de *LG & E v. Argentina* y *Enron Corporation v. Argentina*, la existencia de daño a las inversiones fue demostrado. En este caso, las demandantes no demostraron que sus inversiones sufrieran daños como consecuencia de las medidas tomadas por Argentina para conjurar la crisis, por lo que resulta ocioso decidir si las medidas que Argentina tomó se debieron a la existencia de un "estado de necesidad".

El Tribunal tuvo por demostrado el importante incremento de las ventas de carrocería de las demandantes (unidades vendidas: 56 en 2000 con un incremento a 1,048 en 2005. Ventas en US: \$12,062,000 en 2000 con un incremento a \$20,754,000 en 2005).

El Tribunal subrayó el reconocimiento por parte de los representantes de las demandantes, en el sentido de que las medidas tomadas por Argentina,

a partir de 2004 han tenido y continuarán teniendo un éxito espectacular.

6. Que las únicas inversiones de las demandantes fueron la compra de participaciones accionarias y su capitalización.

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
iqp@g-pasoc.com

www.g-pasoc.com

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: iqp@g-pasoc.com o ignaciogomezpalacio@gmail.com
