

OPINIÓN CONCURRENTE Y DISIDENTE DEL JUEZ CHARLES N. BROWER

Índice

I.	Introducción	2
II.	Trato justo y equitativo	2
III.	Expropiación	13
IV.	Metodología de evaluación e intereses.....	26
V.	Conclusión	29

I. INTRODUCCIÓN

1. Conuerdo con el Laudo (“Laudo”) en la medida en que: 1) rechaza las objeciones de la Demandada respecto de la competencia de este Tribunal y 2) determina que i) Argentina violó la obligación establecida en el Artículo 2(2) del TBI Argentina-Italia de dispensar a la Demandante un trato justo y equitativo y ii) la Demandante debe recibir una indemnización por el daño sufrido en consecuencia. Con todo el respeto que merecen mis colegas del Tribunal, sin embargo, no estoy de acuerdo con la actitud deferente hacia varios actos del gobierno que, en mi opinión, también configuran incumplimientos de la obligación de trato justo y equitativo por parte de Argentina. Asimismo, no comparto su perspectiva respecto del reclamo de expropiación de la Demandante que se rechaza en el Laudo sobre la base de fundamentos que, a mi modo de ver, no se condicen con los hechos a la luz del derecho aplicable. Por último, considero que el estándar de indemnización adoptado en el Laudo no refleja la valuación apropiada de la inversión de la Demandante, mientras que el interés sobre los daños debería devengarse sobre un período de tiempo más prolongado.

II. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

2. Estoy de acuerdo con la afirmación del Laudo de que, ya sea que se evalúe bajo el “estándar mínimo” del derecho internacional general¹ o el estándar más exigente empleado en varios casos entre inversores y Estados², la conducta de Argentina que la Demandante cuestiona

¹ El estándar mínimo tiene su origen en el caso *Neer (Estados Unidos c. México)*, IV RIAA 60 (1925) y ha sido adoptado por los tribunales del TLCAN así como por otros paneles arbitrales de casos entre inversores y Estados. Ver, por ejemplo, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, TLCAN/CNUDMI, Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000), párrafo 259 disponible en www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/SDMyers/SDMyersMeritsAward.pdf; *Alex Genin, Eastern Credit Ltd., y A.S. Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADI N.º ARB/99/2, Laudo (25 de junio de 2001), párrafo 367, disponible en icsid.worldbank.org.

² Ver, por ejemplo, *LG&E Energy Corp. c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/01, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 131 (donde se sostiene que “que el estándar del trato justo y equitativo consiste en la conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades del Estado receptor que conlleva la obligación de proporcionar y mantener la estabilidad de su sistema jurídico, elemento necesario para cumplir las justas expectativas del inversionista extranjero”), disponible en icsid.worldbank.org; *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/08, Laudo (6 de febrero de 2007), párrafo 299 (donde se afirma que el estándar de trato justo y equitativo “no guarda relación con que la Demandada haya o no tenido una intención deliberada o mala fe al adoptar las medidas en cuestión... [L]a conducta del Estado debe ser inferior a los estándares internacionales, pero [además de los requisitos estándares mínimos] ... el estándar actual incluye la frustración de las expectativas que el inversor pueda haber tenido en cuenta legítimamente cuando realizó la inversión”), disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Siemens-Argentina-Award.pdf>; ver también *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo (23 de junio de 2006), párrafo 372 (lo mismo), disponible en icsid.worldbank.org.

redunda en un trato injusto e inequitativo hacia la Demandante³. El análisis del Laudo se centra, sin embargo, sólo en un conjunto limitado de hechos, entre ellos: i) la legislación de emergencia (la Ley Federal N.º 25.561 y la Ley Provincial N.º 12.858) que pesificó los contratos de servicios públicos al nivel de paridad y congeló las tarifas, lo que tuvo efectos devastadores para esos contratos, incluido el Contrato de Concesión de AGBA⁴; (ii) el Nuevo Marco Regulatorio, corolario de la legislación de emergencia que impuso cargas adicionales sobre AGBA⁵; y (iii) la negativa persistente por parte de Argentina de restituir el equilibrio de la concesión⁶. Como se explica con detalle más adelante, este enfoque, si bien llega a una conclusión correcta, no logra reconocer todos los actos administrativos y regulatorios ni todas las omisiones de Argentina que dañaron la inversión de la Demandante. Es importante realizar un análisis cuidadoso de todas estas acciones y omisiones dado que pueden afectar el monto de la indemnización debida y confirmar con mayor precisión la efectividad y legitimidad del proceso arbitral.

3. El Laudo observa acertadamente que “muchos de los actos respecto de los cuales Impregilo presenta reclamos se vinculan con la relación contractual existente entre AGBA y la Provincia”⁷ y que para evaluar dichos actos es menester determinar si los “supuestos incumplimientos contractuales ... pudieron afectar la responsabilidad de Argentina en virtud del TBI por tratarse de un abuso del poder público o por revelar un patrón dirigido a afectar a AGBA e, indirectamente, a Impregilo, al ser uno de sus accionistas”⁸. Sin embargo, considero que el Laudo se equivoca al dar a Argentina un “pase libre” respecto de varios actos que truncaron las expectativas de la Demandante, interrumpieron arbitrariamente el equilibrio del Contrato en cuanto a beneficios y obligaciones, y quedaron claramente encuadrados en un “patrón dirigido a afectar a AGBA”⁹.

³ Ver Laudo, párrafos 289-97.

⁴ Laudo, párrafos 316-25.

⁵ Laudo, párrafo 328.

⁶ Laudo, párrafos 326-27; 329-30.

⁷ Laudo, párrafo 298.

⁸ Laudo, párrafo 299.

⁹ Ver, por ejemplo, *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/07/16, Laudo (8 de noviembre de 2010), párrafo 420 (“[E]l principio de trato justo y equitativo incluye la obligación de no frustrar las legítimas expectativas de un inversor y la obligación de evitar acciones gubernamentales arbitrarias, independientemente de

4. Puntualmente, el Laudo menciona sólo casualmente las “imprecisiones en las bases de datos entregadas a AGBA como concesionario” y da por hecho el argumento de Argentina de que se revisaron y corrigieron los errores existentes en las bases de datos¹⁰. De hecho, el problema resultó ser más complejo y los actos de Argentina, no tan inofensivos. La base de datos que AGBA recibió de AGOSBA clasificaba ciertas propiedades como lotes baldíos. Sobre estos “baldíos” había, de hecho, construcciones que requerían mayor provisión de servicios de agua y desagües cloacales. La Provincia ya había tenido que lidiar con esas irregularidades en la base de datos: en marzo de 2000, el ORAB emitió la Resolución N.º 15/00, que permitió a Azurix (la otra concesionaria de agua de la Provincia): “recategorizar a los usuarios ... en los casos en que la propiedad se clasifica como lotes baldío y aplicará las tarifas correspondientes a lotes baldíos, pero el proceso de valoración de bienes reales llevado a cabo por la Provincia de Buenos Aires muestra que hay construcciones en dichas propiedad”¹¹. La Provincia se negó, sin embargo, a beneficiar a AGBA de la misma manera, argumentando que conforme al Anexo Ñ del Contrato de Concesión, AGBA no podía aplicar una “tarifa” más alta

que exista o no algún elemento discriminatorio.... Esto significa, en parte, que los gobiernos deben evitar modificar las reglas del juego arbitrariamente y de una forma que socave las legítimas expectativas de un inversor o las afirmaciones que en tal sentido se le efectúen” (traducción del Árbitro), *disponible en* icsid.worldbank.org; *PSEG Global Inc. c. Turquía*, Caso CIADI N.º 02/5, Laudo (19 de enero de 2007), párrafo 250 (donde se afirma que “la obligación de trato justo y equitativo fue seriamente incumplida por lo que se ha descrito como ... el efecto ‘montaña rusa’ de los constantes cambios legislativos” (traducción del Árbitro)) (se omitieron las citas), *disponible en* icsid.worldbank.org.

¹⁰ Laudo, párrafo 301. Otro problema con la base de datos de los clientes que afectó la rentabilidad de AGBA consistió en la no inclusión de más de 80.000 usuarios cuyas conexiones se habían realizado justo antes de la privatización de AGOSBA. Cuando AGBA intentó cobrarles a esos usuarios, ellos se mostraron muy renuentes a pagar sus facturas dado que no habían tenido que hacerlo anteriormente, lo que generó tasas de incobrabilidad que oscilaban entre un 70% y un 80%. Segundo Informe de Walck y Giacchino, párrafo 95 (se omitieron las citas); *ver también* párrafo III.24 y nota al pie 63 *infra*. La Demandada ha sostenido, sin justificar su argumento con ningún tipo de prueba, que los oferentes tenían acceso al Informe de Schroders de 1998, que hacía referencia a los problemas de incobrabilidad en el área de la concesión e incluía el número de usuarios que no pagaban sus facturas. *Ver* Schroders, *Memorandum Informativo, Privatización de Administración General Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires (“AGOSBA”)* (diciembre de 1998), Anexo C-41 (“Informe Schroders”). Por lo tanto, según la Demandada, el Demandante debería haber tenido conocimiento de los 80.000 usuarios conectados que no pagaban por el servicio. *Ver* Transcripción, día 1, 144:20-24; Transcripción, día 8, 146:20-147:4. Sin embargo, a la luz del testimonio del experto de la Demandante, el Dr. Giacchino, que establecía que no se había entregado el Informe Schroders a los oferentes, la Demandada, en mi opinión, no cumplió con la carga de demostrar que la Demandante sabía o debía haber sabido acerca de los 80.000 usuarios habitualmente morosos. *Ver* Transcripción, día 5, 69:22-70:19 (donde el experto de la Demandante, el Dr. Giacchino, declara que no se proporcionó el Informe Schroders a los oferentes del Contrato de Concesión).

¹¹ Resolución ORAB N.º 15/00, artículo 1, 17 de marzo de 2000, Anexo C-83.

que aquella utilizada por AGOSBA en su último período de facturación¹². AGBA cuestionó esta medida y sostuvo que el Anexo Ñ indica la “tarifa” debida y no el “precio” de los servicios de agua y desagües cloacales para los usuarios, y que era inapropiado apoyarse en ese Anexo para evitar recategorizaciones de propiedades que afectarían solamente el precio de los servicios prestados. La Provincia nunca respondió. Al dejar sin solución una cuestión que influyó directamente sobre la rentabilidad de AGBA, y al depender de una disposición evidentemente inaplicable para justificar su postura, la Provincia no cumplió con la obligación de Argentina de otorgar un trato justo y equitativo a la Demandante.

5. El hecho de que la Provincia no haya construido y mantenido las denominadas plantas de la UNIREC¹³ significó un golpe aun más fuerte para la rentabilidad de AGBA y menoscabó sus esfuerzos de asegurarse financiamiento para el período 2000-2001. Como explica el Laudo¹⁴, los términos de la concesión incluían la obligación de la Provincia de construir dos nuevas plantas de tratamiento (Ferrari y Las Catonas) y renovar una tercera (Bella Vista). Esas plantas, que permitirían a AGBA construir y expandir conexiones cloacales de conformidad con el POES, debían comenzar a operar en 2001 y finalmente serían transferidas a AGBA sin costo alguno. A pesar de estos compromisos, cuando AGBA asumió la operación de la concesión, no habían comenzado ni las obras de construcción de las plantas Ferrari y Las Catonas ni las de reacondicionamiento y mejoras de la planta de Bella Vista. Efectivamente, hacia mediados del año 2000, la Provincia ni siquiera había dado comienzo al proceso de licitación. Desafortunadamente, el Laudo no reconoce que la Provincia haya rechazado o ignorado las solicitudes de AGBA de restituir el equilibrio contractual debido a la frustración de sus expectativas mediante una re-evaluación de las metas del POES (que se basaban parcialmente en que las plantas estuvieran en servicio) y la determinación de otras formas de

¹² Carta del ORAB N.º 478/01 a AGBA, 30 de marzo de 2001, Anexo C-85.

¹³ El término “UNIREC” significa *Unidad de Coordinación del Proyecto Río Reconquista*, la entidad estatal argentina responsable de la construcción y el mantenimiento de las tres plantas de tratamiento de efluentes.

¹⁴ Laudo, párrafo 197.

ocuparse del tratamiento de efluentes¹⁵. De hecho, la Provincia incluso intentó endilgar la responsabilidad respecto de la planta de Bella Vista a AGBA¹⁶.

6. El Laudo, al rechazar los reclamos de la Demandante sobre las plantas de la UNIREC, les restó importancia¹⁷. Las graves dificultades financieras que enfrentó Argentina en 2001 parecen haber sido clave para la imposibilidad de la Provincia de entregar esas plantas. No obstante, Argentina no opuso con éxito ninguna excepción (como por ejemplo, el estado de necesidad) que justificara o excusara ese incumplimiento y mucho menos la postura poco cooperativa y ocasionalmente hostil de la Provincia hacia AGBA. Resulta injustificado desestimar el impacto de ese incumplimiento sobre la concesión de la Demandante con el argumento de que “las conexiones cloacales que vertían sus aguas en dichas plantas representaban *sólo* el 34,7% de las conexiones totales a realizar por AGBA en el primer quinquenio”¹⁸. “Sólo” un tercio de la totalidad de las conexiones no parece ser una cifra insignificante para un proyecto que intenta “despegar”¹⁹. Más críticamente, considero que el hecho de que la Provincia no haya entregado las plantas junto con la conducta inconsistente y poco cooperativa del Ministerio de Obras Públicas y el ORAB con relación a otros cargos y montos, indicó a los potenciales prestamistas de AGBA que Argentina no apoyaba totalmente el proyecto y que las condiciones en las cuales se había diseñado el plan de negocios de AGBA no

¹⁵ Carta de AGBA al ORAB, 8 de agosto de 2001, Anexo C-68; carta de AGBA al ORAB, 25 de octubre de 2001, Anexo C-61.

¹⁶ *Ver, por ejemplo*, carta del ORAB a AGBA, 12 de noviembre de 2001, Anexo C-69.

¹⁷ *Ver* Laudo, párrafo 218. El Laudo admite que el hecho de que la Provincia no haya entregado las plantas de la UNIREC “pudo haber sido también un factor relevante que incidió” en las proyecciones financieras de AGBA (Laudo, párrafo 366), pero no considera esta circunstancia a los efectos de la responsabilidad. La Demandante no debería absorber como “riesgo de negocios” las pérdidas causadas por la falta de entrega de las plantas de la UNIREC. No había motivo para que AGBA (o la Demandante) asumiera que la Provincia no honraría su importante obligación contractual de tener disponibles estas tres plantas como se había programado, para luego intentar traspasar a la Demandante costos adicionales relacionados con estas plantas.

¹⁸ Laudo, párrafo 218 (énfasis añadido). “Sólo” este tercio de todas las conexiones se tradujo en 378.000 usuarios (98.000 en Ferrari, 200.000 en Las Catonas y 80.000 más en Bella Vista), más otras 300.000 personas que no tenían conexión al servicio de desagües cloacales pero que, en su lugar, utilizaban los servicios de camiones atmosféricos. Segundo Informe de Walck y Giacchino, párrafo 507.

¹⁹ Esta única infracción, según los expertos de Impregilo, motivó que el Valor Presente Neto de AGBA se redujera 51.764.000 dólares al valor de esa divisa en julio de 2006, de los cuales USD 22.045.000 correspondían a Impregilo. *Ver* el Segundo Informe de Walck y Giacchino, párrafo 275.

eran realistas, lo que puso en duda el plan financiero de la compañía²⁰. Concordantemente, cuando el Laudo enumeró las acciones y omisiones que configuraron instancias de trato injusto e inequitativo, se debería haber incluido el hecho de que la Provincia no entregó las plantas de la UNIREC.

7. El Laudo desarrolla, de manera similar, una revisión somera y poco persuasiva de la cuestión de los “cargos de obra”, es decir, de los montos que los usuarios pagaban a AGBA en el momento en que se los conectaba al sistema de servicios de agua y desagües cloacales en virtud del Artículo 10 del Anexo Ñ²¹. La Provincia efectivamente evitó que AGBA cobrara esos cargos al condicionar el cobro a la presentación de abundante información sobre todos los clientes a quienes se habían valuado dichos montos. En una serie de comunicados, el ORAB solicitó extraordinarias cantidades de información detallada sobre las obras realizadas y suspendió el derecho de AGBA de cobrar los cargos de obra hasta que se recibiera toda la información pertinente²². Los expertos de la Demandante han confirmado que la información solicitada excedía en gran medida las pruebas que las autoridades regulatorias exigían razonablemente en esas circunstancias²³, aunque Argentina no logró justificar la amplitud de los pedidos de la Provincia. Las pruebas demuestran que una explicación verosímil del por qué de la conducta de la Provincia podría ser la presión política que los dueños de las propiedades ejercieron sobre ésta para resistirse a pagar los cargos de obra²⁴. Así, lejos de ser “una típica disputa contractual que no puede involucrar responsabilidad alguna en los términos del TBI”²⁵, el hecho de que la Provincia interfiriera sustancialmente en la capacidad de AGBA de cobrar cargos de obra equivale nada menos que al abuso deliberado del ejercicio del poder

²⁰ Ver párrafo II.13 *infra*.

²¹ Ver Laudo, párrafo 303.

²² Ver, por ejemplo, Carta del ORAB a AGBA, 10 de Julio de 2001, Anexo C-100; Declaración Testimonial de Cerruti, párrafos 93-94 (donde se hace un recuento de las numerosas solicitudes de información realizadas por el ORAB); Resolución ORAB N.º 14/02, 18 de febrero de 2002, Anexo C-102.

²³ Segundo Informe de Walck y Giacchino, párrafo 301.

²⁴ Ver Carta de AGBA al ORAB, 18 de julio de 2001; ver también Carta de AGBA al ORAB, 20 de julio de 2001, ambos en el Anexo C-277; Declaración Testimonial de Cerruti, párrafo 90, Anexo C-60. Los cargos eran bastante considerables (USD 150 por el agua y USD 350 por los desagües cloacales), y no eran los usuarios quienes debían pagarlos sino los dueños, poseedores o tenedores de las propiedades que se beneficiaban de las obras. Anexo Ñ al Contrato de Concesión, § 10, Anexo C-11.

²⁵ Laudo, párrafo 303.

administrativo por motivos políticos y, por lo tanto, se traduce en el incumplimiento por parte de Argentina de su obligación de trato justo y equitativo.

8. El Laudo nuevamente aparta la vista de las maniobras burocráticas de la Provincia sobre la cuestión del coeficiente cloacal. El Artículo 4 del Anexo Ñ al Contrato de Concesión condicionó el incremento del coeficiente por cada año de concesión al cumplimiento de las metas de expansión del POES para el año anterior. El 27 de agosto de 2001, el Área Técnica del ORAB emitió un informe completo con razonamientos subyacentes y conclusiones de hecho, en el que determinó que AGBA había cumplido con las metas del POES para el año 2000²⁶. Esta determinación permitió que AGBA intentara obtener un incremento del coeficiente cloacal al nivel establecido para el año 2001. Sin embargo, seis semanas después, el 10 de octubre de 2001, el Área Técnica del ORAB emitió una carta firmada por las mismas personas que el informe de agosto en la que indicaba que AGBA *no* había satisfecho sus obligaciones en virtud del POES del año 2000²⁷.

9. Luego de retractarse sin una justificación apropiada, la Provincia solicitó información adicional sobre las obras realizadas por AGBA. Según el testimonio de los expertos de la Demandante, se había solicitado información extraordinaria y excesivamente amplia²⁸ que constituía, de hecho, una auditoría completa de AGBA²⁹. Agravando el retraso causado por sus

²⁶ Opinión del Área Técnica del ORAB, 27 de agosto de 2001, Anexo RA 277.

²⁷ Carta del Área Técnica del ORAB a AGBA, 17 de octubre de 2001, Anexo C-105. Lamentablemente, la descripción que el Laudo hace de estos hechos es incompleta y, por ello, confusa. Según el Laudo, “las autoridades de Argentina mostraron un grado considerable de *indulgencia y tolerancia* respecto de cualquier deficiencia en el rendimiento de AGBA. El 27 de agosto de 2001, el Área Técnica del ORAB declaró que durante el primer año de la concesión, AGBA había cumplido con el POES en un grado aceptable...”. Sin mencionar los hechos posteriores, el Laudo afirma: “Un año más tarde, el 2 de diciembre de 2002, el Área Técnica del ORAB presentó un informe ante el Presidente del ORAB en el que manifestaba que AGBA había cumplido sustancialmente con las metas fijadas para el año 2000, el primer año de la concesión”. Laudo, párrafo 253 (énfasis añadido).

²⁸ Segundo Informe de Walck y Giacchino, párrafo 306, Anexo C-368.

²⁹ Por ejemplo, acerca de las obras de renovación o reacondicionamiento, el ORAB solicitó:

la ubicación precisa de cada una de las renovaciones y/o reacondicionamiento realizado y los metros involucrados. El formato de la información requerida deberá contener, como mínimo, tipo de servicio, localidad, calle, vereda (par-impar), entre calles, diámetro de la cañería, material, longitud del tramo, renovación o reacondicionamiento (indicar si se trata de una o de otra), sumatoria parcial y sumatoria total.

El ORAB realizó solicitudes igualmente extensivas sobre la expansión del servicio, los trabajos de infraestructura y la presión de agua. Carta del ORAB a AGBA, 17 de enero de 2002, Anexo a Molinari AM50 en 405.

amplias solicitudes, la Provincia rechazó la información proporcionada por AGBA, y agregó más solicitudes durante el proceso³⁰. Finalmente, en diciembre de 2002, la Provincia nuevamente arribó a la conclusión de que AGBA había cumplido con el POES del año 2000, 15 meses después de su decisión original en idéntico sentido³¹. Esto implicaba una victoria vacía para AGBA, ya que cuando intentó aplicar el coeficiente cloacal incrementado al período entre agosto de 2001 y diciembre de 2002, la Provincia se negó y atribuyó la culpa de su demorada determinación a la tardía presentación de información por parte de AGBA en lugar de a sus propias solicitudes de información siempre cambiantes y extensas. Esta decisión afectó directamente la rentabilidad de AGBA. A la luz de los hechos referidos, no puedo aceptar la conclusión del Laudo de que no hay “fundamentos para concluir que esta evaluación [de la Provincia] era injustificada o que se trataba de un abuso de poder por parte del Estado”³². La indiferencia y los caprichos administrativos, sin mencionar el retraso deliberado que socava la rentabilidad de una inversión, son fundamentos bien claros que determinan la existencia de una violación del trato justo y equitativo³³.

10. El análisis que hace el Laudo del derecho de la Demandante de interrumpir el servicio por falta de pago también es deficiente. El Laudo afirma correctamente que, de conformidad con el Artículo 29 del Anexo Ñ, la Provincia tenía derecho, por “causas extraordinarias”, a instruir a AGBA a que continúe prestando el servicio a pesar de la falta de pago³⁴. Razonando implícitamente que la crisis argentina del año 2001 constituyó una “causa

³⁰ El 3 de abril de 2002, el Área Técnica del ORAB escribió una carta al ORAB en la que rechazaba el método que AGBA empleaba para calcular la longitud de las cañerías renovadas ya que concluía que la información sobre expansión e infraestructura resultaba incompleta, y declaró que el formato de la información proporcionada era incorrecto. Sólo dos meses más tarde, el 11 de junio de 2002, el ORAB finalmente remitió la carta del 3 de abril de 2002 a AGBA, que se esforzó por cumplir con los pedidos adicionales del Área Técnica. Carta del ORAB N.º 1509/02, 11 de junio de 2002, Anexo a Molinari AM50 en 412.

³¹ El Laudo hace referencia a este retraso de 15 meses como “un largo período de reflexión” por parte de la Provincia. Laudo, párrafo 313. El Laudo no reconoce el retraso, los costos y la incertidumbre generada por la conducta inconsistente del ORAB y considera suficiente destacar que “la postura adoptada ... por las autoridades fue en cierto modo ambigua”. Laudo, párrafo 368.

³² Laudo, párrafo 304.

³³ Ver, por ejemplo, *PSEG Global Inc. c. Turquía*, Caso CIADI N.º ARB/02/5, Laudo (9 de enero de 2007) disponible en icsid.worldbank.org, párrafos 246, 248-49 (en el que se sostiene que la demora e inacción en materia regulatoria, junto con el trato inconsistente dado a la inversión, pueden dar lugar al incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo).

³⁴ Laudo, párrafo 306.

extraordinaria,” el Laudo simplemente absuelve a Argentina de cualquier ilícito, aunque ignora el hecho de que Argentina *no* reincorporó el derecho de AGBA de interrumpir las conexiones para los usuarios morosos luego de que finalizó la crisis económica – lo que se habría esperado que hiciera si la suspensión de dicho derecho hubiera ocurrido en virtud del Contrato³⁵. Las fuentes en las que los propios expertos de Argentina confían demuestran que la incapacidad de interrumpir el servicio por falta de pago afecta negativamente la capacidad del operador de servicios públicos de agua a realizar sus cobros³⁶. En consecuencia, la no reincorporación del derecho de AGBA de cortar el servicio a los clientes que no pagaban debería haber estado en el Laudo como otro ejemplo más del trato injusto e inequitativo dispensado por la Demandante en virtud del TBI.

11. Además, el Laudo no encuentra en la decisión de la Provincia nada que “contradi[ga] ninguna de las disposiciones del Contrato de Concesión” y que obligue a AGBA a instalar medidores del servicio a pedido del cliente, aparentemente porque “AGBA ... estaba bajo el control y la regulación del ORAB, en su calidad de Organismo Regulador”³⁷. Sin embargo, este somero pronunciamiento simplifica demasiado el problema e impide ver la medida en que la Provincia empleó incorrectamente su poder para perjudicar la inversión de la Demandante. Al instruir a AGBA que instalara medidores a pedido³⁸, la Provincia se basó en el Artículo 29 del Marco Regulatorio, el cual dispone que luego de instalar los medidores “según los plazos establecidos en el Contrato de Concesión”, el Concesionario facturaría el servicio al usuario en base al medidor³⁹. Así, pues, el Contrato de Concesión determinaría el momento de

³⁵ AGBA cuestionó la Resolución ORAB N.º 56/02 del 27 de agosto de 2002, por la cual el ORAB suspendió este derecho. Sin embargo, como destaca el propio Laudo en el párrafo 258, el Subsecretario de Servicios Públicos no respondió la objeción hasta el 25 de agosto de 2005, es decir, casi tres años después. Aunque pareciera no haber consenso en cuanto al momento exacto en que finalizó la crisis argentina, se calcula que esto ocurrió en abril de 2003, casi dos años antes de que Argentina emitiera su respuesta. Ver *LG&E c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), párrafo 244 (donde se sostiene que “[e]l Tribunal ha determinado, como hecho notorio, que la gravísima crisis argentina duró desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003”). De forma similar, las tarifas de la Demandante continuaron pesificadas hasta el final de la Concesión, *ver* nota al pie 73 *infra*.

³⁶ Primer Informe Pericial de Dapena y Coloma, párrafo 85 (que cita a OFWAT, *Industry-level detail on household revenue outstanding and associated recovery costs* (Londres, Oficina Regulatoria de Aguas, 2008)).

³⁷ Laudo, párrafo 307.

³⁸ Resolución ORAB N.º 85/00 (21 de noviembre de 2000), artículo 23.

³⁹ Artículo 29(II) de la Ley N.º 11.820, Anexo C-9.

instalación del medidor. El Contrato, a su vez, establece que los medidores deben instalarse según el POES, que AGBA diseñó e implementó. Debido a las acciones de la Provincia, sin embargo, AGBA debía invertir en mecanismos de medición de conformidad con los antojos de los usuarios. La incapacidad de controlar el momento y la ubicación de la instalación de medidores afectó severamente el plan de inversión de AGBA dado que introdujo la variabilidad de los gastos. Lo que es más significativo es que obstaculizó el cobro de cuentas de usuarios ya que los usuarios que consumían poco tenían el incentivo de instalar los medidores primero, mientras que los que consumían mucho preferían esperar, para retrasar así la evolución apropiada de sus cargos. La decisión de la Provincia sobre la instalación de medidores no fue respaldada por el Contrato o las reglamentaciones aplicables y no cumplió con la obligación de Argentina de dispensar un trato justo y equitativo a la inversión de la Demandante.

12. Existen otros hechos que también pueden clasificarse como interrupciones por parte de la Provincia, aunque no se hace mención de ellas en el Laudo. Puntualmente, el Laudo no hace referencia al cambio de postura del Ministerio de Obras Públicas sobre el Protocolo de Entendimiento solicitado por AGBA en mayo de 2001 con el objetivo de restituir el equilibrio contractual que fue alterado por la no entrega de las plantas de la UNIREC y la prohibición de que AGBA cobrara numerosos montos que se le debían en virtud del Contrato de Concesión. El Protocolo de Entendimiento era esencial para los esfuerzos de AGBA de obtener financiamiento⁴⁰. Si bien en mayo de 2001 el Ministro pareció dispuesto a cooperar con AGBA⁴¹, en agosto de 2001 notificó a AGBA que el Ministerio ya no podría celebrar el Protocolo de Entendimiento debido a negociaciones en curso con Azurix⁴². Cabe destacar, como se analizó precedentemente, que durante el mismo mes (agosto de 2001), el Área Técnica del

⁴⁰ El Laudo plantea que en mayo de 2001 “AGBA solicitó la renegociación del Contrato de Concesión y la suspensión de sus obligaciones, alegando la elevada tasa de incobrabilidad y las dificultades para obtener financiamiento”. Laudo, párrafo 216. El reclamo de AGBA parece razonable. Como explica el Sr. Cerruti, testigo de la Demandante, el financiamiento de proyectos como el que nos ocupa concluye luego de que se firma el título de la Concesión, ya que “en tanto lo que securitiza es el propio Contrato”. Declaración Suplementaria de Cerruti, párrafo 20. De esta forma, el desempeño durante las primeras etapas de la concesión resulta crítico. De todas formas, el Laudo impulsivamente agrega, sin dar mayores explicaciones, que “[e]stos eran dos riesgos que, voluntariamente, había asumido AGBA como concesionaria”. Así, pues, el Laudo simplemente descarta la posibilidad de que la “elevada tasa de incobrabilidad” y los problemas financieros relacionados hayan sido causados, al menos parcialmente, por las interrupciones y demoras de la Provincia. Ver nota a pie no. 10, *supra*.

⁴¹ Carta del Subsecretario de de Servicios Públicos a AGBA, 30 de mayo de 2001, Anexo C-144.

⁴² Carta de AGBA al Gobernador de Buenos Aires, 13 de septiembre de 2001, Anexo C-145.

ORAB emitió el informe que confirma el cumplimiento por parte de AGBA de los términos del POES – una determinación de la que el Área Técnica se retractó sólo dos meses después sin justificación. Asimismo, si bien el informe recomendó la suspensión de las obligaciones de AGBA conforme el POES, dicha suspensión se hizo efectiva recién 15 meses después debido a las solicitudes de información cada vez más descomunales que AGBA recibía de la Provincia.

13. Así, pues, hacia octubre de 2001, Argentina había dado una serie de pasos que preocuparon seriamente a los posibles prestamistas de AGBA, lo que puso en jaque su financiamiento⁴³. En particular, Argentina había: i) retirado su oferta de cooperar con AGBA en cuanto a la financiación, al tiempo que brindó su colaboración a otro inversor extranjero; ii) puesto en duda el cumplimiento del POES por parte de AGBA por 15 meses, lo que hizo que la situación del Contrato se volviera incierta; y iii) provocó un retraso por esos mismos 15 meses en la suspensión de los requisitos del POES, cuestionando si AGBA sería capaz de cumplirlos. La interferencia en el financiamiento de AGBA fue perjudicial para el éxito del proyecto, equivalente, por cierto, a una violación de la obligación de trato justo y equitativo.

14. La Provincia continuó adoptando medidas de cuestionable fundamento legal y definitivo perjuicio al proyecto varios años después de que comenzara la crisis económica del país. Es así que en abril de 2005, la Provincia resolvió⁴⁴ prohibir a AGBA que exigiera el pago de facturas adeudadas a los usuarios desempleados en virtud de una ley de enero de 2005 que impedía las ejecuciones hipotecarias por 180 días si el ocupante de la vivienda demostraba que estaba desempleado⁴⁵. La Provincia no sólo ignoró los argumentos de AGBA de que la ley en la que supuestamente se fundaba la Resolución sólo afectaba hipotecas y no los servicios de agua y desagües cloacales, sino que además se aseguró de que la ley se aplicara mal. En su

⁴³ Una carta de la OPIC del 21 de septiembre de 2001 destacó la “incertidumbre en cuanto a tarifas,” “inacción en materia regulatoria” y “falta de compromiso” expuestas por Argentina que impactó negativamente en la evaluación de la OPIC de una posible inversión en AGBA. Ver Anexo C-214. Entretanto, la consultora independiente Halcrow, contratada por otro potencial prestamista, el Banco Interamericano de Desarrollo, identificó la accesibilidad del ORAB a “grupos políticos y otros grupos de presión interesados” (traducción del Árbitro) como un riesgo de inversión. Halcrow, *Aguas del Gran Buenos Aires Inter-American Development Bank Regulatory Analysis – Draft Report* (2001), Anexo C-147.

⁴⁴ Resolución ORAB N.º 7/05, §1, 20 de abril de 2005, Anexo C-125.

⁴⁵ Ley N.º 13.302, Anexo C-126. Posteriormente, la ley se reformó dos veces; ver Leyes N.º 13.590 y N.º 13.738, ambas en el Anexo C-127.

Resolución, la Provincia cambió completamente el requisito de la ley por el cual los usuarios desempleados debían presentar pruebas que acreditaran tal condición, y en su lugar ordenó a AGBA que demostrara que los usuarios a los que deseaba cobrarles *no* estaban efectivamente desempleados⁴⁶. Esta clara contravención a la letra de la ley es en efecto arbitraria y debería haberse incluido entre los motivos del Laudo que determinaron que el trato de Argentina hacia la Demandante fue injusto e inequitativo.

15. Lo anterior, combinado con los actos que el Laudo *sí* considera violaciones a la obligación de trato justo y equitativo⁴⁷, revela un “patrón de conducta” que adopta la forma de cargas regulatorias y legislativas no razonables, demoras, solicitudes de información excesivamente amplias y tácticas para incrementar costos por parte de la Provincia; es decir, actos que trascienden los límites de meras “violaciones al contrato” y constituyen, de hecho, interferencias sustanciales e indebidas de la inversión de la Demandante respecto de las que se pueden iniciar demandas y exigir indemnizaciones de acuerdo con el Artículo 2(2) del TBI.

16. Por lo antedicho, coincido con la determinación de la Sección V.C.(v) del Laudo sobre trato justo y equitativo.

III. EXPROPIACIÓN

17. El Laudo rechaza el reclamo de expropiación de la Demandante porque “la Provincia, *con cierta justificación*, consideró que AGBA había incumplido en forma grave con sus obligaciones contractuales y, sobre esa base, rescindió el Contrato de Concesión”⁴⁸. Según el Laudo, este único hecho basta “para descartar la hipótesis de que la rescisión podría considerarse un acto de expropiación – directa o indirecta – u otro acto de privación de la propiedad de AGBA o de la inversión de Impregilo”⁴⁹.

18. Respetuosamente considero que esta conclusión es jurídicamente incorrecta. Dadas las numerosas pruebas que constan en el expediente de que el fin de la concesión de

⁴⁶ Resolución ORAB N.º 7/05, §1, 20 de abril de 2005, Anexo C-125.

⁴⁷ Laudo, párrafo 316 y siguientes.

⁴⁸ Laudo, párrafo 283 (énfasis añadido).

⁴⁹ Laudo, párrafo 283.

AGBA consistió en una decisión política predestinada, que Argentina simplemente buscó implementar de una manera aparentemente legal, decididamente *no* alcanza con determinar, sin más, que el Estado receptor rescindió legítimamente el Contrato de Concesión debido a incumplimientos contractuales de la Demandante. Tampoco basta con que el Estado receptor invoque superficialmente una cláusula de rescisión contractual para “barrer bajo la alfombra” una serie de omisiones y actos regulatorios y administrativos diseñados para reducir el valor del proyecto y eliminar cualquier posibilidad de éxito que éste haya tenido. A continuación explicaré con mayor detalle mis críticas sobre el pronunciamiento del Laudo.

19. El Artículo 5 del TBI Argentina-Italia dispone, en su parte pertinente:

[1](b) Las inversiones de los inversores de una de las Partes Contratantes, no serán directa o indirectamente nacionalizadas, expropiadas, incautadas o sujetas a medidas que tengan efectos equivalentes en el territorio de la otra Parte, a no ser que se cumplan las siguientes condiciones:

- que las medidas respondan a imperativos de utilidad pública, de seguridad o interés nacional;
- que sean adoptadas según el debido procedimiento legal;
- que no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso contraído;
- que estén acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada, efectiva y sin demora.

...

2. Las disposiciones contenidas en el párrafo 1 del presente Artículo se aplicarán también a las ganancias derivadas de una inversión, como asimismo, en caso de liquidación, al producido de esta última.

20. El Laudo enfatiza que la Demandante nunca perdió la titularidad de su propiedad, es decir, sus acciones en AGBA⁵⁰. Esto es cierto, pero a la vez es irrelevante, ya que el TBI prohíbe las expropiaciones realizadas “directa o indirectamente ... [a través de] medidas que tengan efectos equivalentes...” a menos que se cumplan la totalidad de las condiciones taxativamente enumeradas.

21. Un amplio sector de la jurisprudencia y de la doctrina reconocen sustancialmente que la apropiación formal o extinción del título de propiedad no es la única forma en que un inversor puede verse privado de su propiedad en violación de un TBI aplicable. Así, pues, el

⁵⁰ Laudo, párrafo 271.

Estado receptor puede realizar actos e implementar medidas que equivalgan a expropiaciones y constituyan expropiaciones “indirectas”⁵¹, que se convierten en expropiaciones “progresivas” cuando las medidas expropiatorias tiene efecto por un determinado período de tiempo⁵². En esos casos, el análisis debe centrarse no en la forma de las medidas supuestamente expropiatorias, sino en su esencia real y en el correspondiente impacto acumulativo⁵³. Asimismo, aunque las intenciones subyacentes del gobierno no sean un elemento jurídico necesario para que se configure un reclamo de expropiación progresiva o indirecta⁵⁴, dicho reclamo puede reforzarse

⁵¹ Ver, por ejemplo, *Metalclad c. México*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/1, Laudo, (30 de agosto de 2000), párrafo 103 (donde se sostiene que “[la expropiación incluye] no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor”), disponible en icsid.worldbank.org; *Starrett Housing Corp. c. Irán*, 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 122, 154 (1983) (donde se afirma que “el derecho internacional reconoce que las medidas que implementa un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad al punto de volverlos tan inútiles que deben considerarse expropiados, incluso si el Estado no ha tenido la intención de expropiarlos y el título legal sobre la propiedad formalmente continúa en cabeza del dueño original” (traducción del Árbitro)); según *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Eng’rs of Iran*, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219, 225-26 (1984); ver también *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* § 712 cmt. g (1986) (donde se afirma que “El inciso (1) [sobre expropiación] no sólo se aplica a las expropiaciones confirmadas en las que el gobierno toma formalmente el título de los bienes, sino también a otros actos del gobierno que redundan en la ‘confiscación’ de dichos bienes, en su totalidad o en gran parte, de forma directa o en etapas.... Un estado es responsable por la expropiación de bienes en virtud del inciso (1) cuando sujeta bienes extranjeros al pago de impuestos, reglamentaciones u otras acciones confiscatorias, o cuando impide, afecta irrazonablemente o retrasa indebidamente el goce efectivo de los bienes de un sujeto extranjero o su traslado fuera del territorio del estado” (traducción del Árbitro)).

⁵² Ver *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N.º ARB/00/9, Laudo (16 de septiembre de 2003), párrafo 20.22 (“La expropiación progresiva es una forma de expropiación indirecta que cuenta con una característica temporal distintiva en el sentido de que encapsula la situación en la que una serie de actos imputables al Estado a lo largo de un período de tiempo culmina en la expropiación del bien en cuestión” (traducción del Árbitro)), disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/GenerationUkraine_000.pdf. El tribunal del caso *Generation Ukraine* finalmente desestimó el caso por falta de competencia en razón de la materia, aunque esto no afectó la validez del análisis jurídico que realizó sobre las expropiaciones progresivas.

⁵³ Ver, por ejemplo, *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. México*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo (29 de mayo de 2003), párrafo 116 (“La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quién detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquéllos;...”), disponible en icsid.worldbank.org; W. Michael Reisman y Robert D. Sloane, *Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*, 74 *British Y.B. Int’l L.* 115 (2004) (“[En casos de expropiación indirecta,] se debe analizar el impacto de cada medida gubernamental no de forma aislada sino acumulativa dado que, como sostuvo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este contexto, ‘las consecuencias de la interferencia [del estado] indudablemente se vuelven más graves cuando dichas medidas se dan en forma combinada” (traducción del Árbitro)) (cita a *Sporrong y Lönnroth c. Suecia*, (Serie A) 52 E.H.H.R. 26, párrafo 60 (1983)).

⁵⁴ *Biloune c. Ghana Investments Centre*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 27 de octubre de 1989, 95 I.L.R. 183, 209 (1989) (donde se sostuvo que “[l]os motivos de las acciones y omisiones de las autoridades gubernamentales de Ghana no resultan claras. Pero el Tribunal no precisa establecer estos motivos para arribar a una

probando que se tomó una decisión dentro de una política más amplia que dio un propósito común a las medidas individuales que condujeron a la privación de la propiedad del inversor⁵⁵.

22. A la luz de los principios legales mencionados, el análisis del Laudo sobre el reclamo de expropiación de la Demandante es deficiente por varios motivos. Comienza con una descripción incompleta del Artículo 5 del TBI, el cual no sólo establece que las inversiones “no serán directa o indirectamente nacionalizadas, expropiadas, incautadas o sujetas a medidas que tengan efectos equivalentes”⁵⁶, sino que tampoco serán susceptibles de expropiaciones *indirectas*, que como se analizó, son diferentes de las tres formas de expropiación mencionadas. No obstante, el Laudo posteriormente reconoce que “las restricciones al uso de la propiedad [...] que dejan al inversor con un mero derecho de propiedad nominal [...], [...] podrían considerarse expropiaciones indirectas”⁵⁷, aunque concluye, en mi opinión incorrectamente, que “ninguna de [] las medidas [implementadas por Argentina] derivó en la pérdida de la concesión. Tampoco podría considerarse que los efectos conjuntos de esas medidas resultaron en la pérdida de derechos de propiedad”⁵⁸.

23. El principal argumento del Laudo (efectuado implícitamente) para respaldar esta conclusión parece ser que si bien se puede culpar *parcialmente* a Argentina por el fracaso de la inversión de la Demandante, ésta no es *completamente* responsable de ello⁵⁹ y por lo tanto no se la puede responsabilizar de la expropiación. Este argumento es falaz ya que, como sucedió con

conclusión en este caso. Lo que sí está claro es que la conjunción de ... [varias medidas gubernamentales] tuvo el efecto de causar el cese irreparable del proyecto. ... [E]ste hecho que impidió que [el socio de empresa conjunta] MDCL pudiera llevar a cabo el proyecto aprobado puede constituir la expropiación virtual de los derechos contractuales de MDCL en el proyecto y, concordantemente, la expropiación del valor de la participación del Sr. Biloune en MDCL...” (traducción del Árbitro)).

⁵⁵ Ver Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, 20 ICSID Rev.—FILJ 1 (2005) (“El hecho de que no sea necesario que haya intención no hace que ésta sea irrelevante para determinar si una medida gubernamental resulta o no expropiatoria... Cuando hay pruebas de la intención de expropiar, es improbable que un estado pueda depender del ejercicio de buena fe de sus poderes de policía como justificación para no pagar una indemnización” (traducción del Árbitro)) (se omitieron las citas).

⁵⁶ Laudo, párrafo 269.

⁵⁷ Laudo, párrafo 270.

⁵⁸ Laudo, párrafo 272.

⁵⁹ Este “equilibrio” se expone con mayor claridad en el análisis del Laudo sobre indemnización. Laudo, párrafos 376-77.

el análisis del trato justo y equitativo del Laudo, no atribuye a los hechos relevantes la atención o importancia jurídica que éstos merecen.

24. En particular, si bien el Laudo reconoce que “la Provincia no entregó a tiempo las plantas de la UNIREC que se había comprometido a entregar en el año 2001” y que “[e]sto afectó la capacidad de AGBA de expandir las conexiones de desagües cloacales en determinadas áreas”, se apresura a agregar que “AGBA debió haber instalado otras plantas de tratamiento – algo que no pudo completar por falta de fondos”⁶⁰. El Laudo no observa, sin embargo, que esta escasez de fondos fue por lo menos parcialmente *causada* por la no entrega de las plantas de la UNIREC, dado que ese incumplimiento y otros actos y omisiones de Argentina crearon gran recelo entre los posibles prestamistas de AGBA respecto de la viabilidad del proyecto⁶¹. Similarmente, la mención que el Laudo hace al pasar sobre “la incorporación inesperada de un gran número de usuarios nuevos con una tasa de cobrabilidad particularmente baja” que “hizo aún más difícil para AGBA honrar algunos de sus compromisos”⁶² minimiza tanto la causa como la magnitud del problema. De hecho, debido a las incompletas bases de datos que proporcionó Argentina, AGBA debió lidiar en las primeras etapas de la concesión con más de 80.000 usuarios no registrados y habitualmente morosos⁶³, algo que no sólo impidió que AGBA lograra las metas del POES, sino que además redujo todavía más el atractivo de AGBA para los posibles prestamistas.

25. Más aún, el Laudo no califica como expropiatorios a otros actos y omisiones de Argentina que en conjunto redujeron el valor de AGBA. Estos incluyen la negativa de la

⁶⁰ Laudo, párrafo 280.

⁶¹ *Ver supra*.

⁶² Laudo, párrafo 280.

⁶³ *Ver nota al pie 10 supra*. En respuesta a la pregunta de si los problemas de incobrabilidad eran o no previsibles, el Sr. Cerruti, Gerente de AGBA, explicó:

Bueno, en principio no. El problema que enfrentó AGBA a partir de la segunda mitad del año 2000 fue un problema de inusitada incobrabilidad como consecuencia de la incorporación al servicio de unos 80 mil clientes. Estos clientes mostraron un comportamiento al pago claramente diferenciado respecto del resto de los clientes. Para tener un orden de magnitud, teníamos una cobrabilidad del orden del 20 por ciento en estos nuevos clientes, mientras que las cobrabilidades del resto estaban dentro del orden del 65-70 por ciento.

Transcripción, día 2, 495:3-14.

Provincia de re-clasificar terrenos construidos que originalmente figuraban como “baldíos”; la disminución deliberada de la rentabilidad de AGBA que la Provincia logró al impedir el cobro de varios montos y cargos tales como los cargos de conexión, el coeficiente cloacal aumentado y los cargos por interrupción del servicio; la actitud poco cooperativa del Ministerio de Obras Públicas que hizo descarrilar los esfuerzos de financiación de AGBA; las demoras de varios meses y los elevados costos causados por las solicitudes de información cada vez mayores del ORAB; la emisión de numerosas decisiones administrativas y decretos que únicamente apuntaban a la inversión, como por ejemplo la Resolución ORAB N.º 4/02 y la Ley 12.858, que según el Laudo dio un golpe fatal al proyecto al pesificar unilateralmente la concesión de agua y desagües cloacales de AGBA; el Decreto N.º 878/03 que introdujo el denominado “Nuevo Marco Regulatorio” y que fue, según el Laudo, “claramente desventajoso para el concesionario”⁶⁴; el Decreto N.º 1666/06, que rescindió formalmente el Contrato de Concesión y el objeto social de AGBA; y finalmente, el Decreto N.º 1677/06, que transfirió la responsabilidad sobre la prestación de todos los servicios de agua y desagües cloacales del área de la Concesión de AGBA directamente a ABSA, una empresa estatal. Los actos de Argentina, realizados uno tras otro durante varios años, dejaron a la Demandante en posesión de una participación accionaria dentro de una compañía vacía a la que se había privado de todo propósito y valor.

26. En lugar de hacer mención de los hechos descritos, el Laudo simplemente yuxtapone la supuesta incapacidad de AGBA de cumplir con las metas del POES que la Provincia citó como motivo para rescindir el Contrato, por un lado⁶⁵, con algunas de las formas en que la incertidumbre, los obstáculos y las demoras que Argentina generó contribuyeron al incumplimiento de AGB, por el otro⁶⁶. Esta presentación muestra una pequeña parte de los actos de Argentina que violaron el TBI, pero no logra delinear una relación de causalidad que pruebe qué actos *específicos* de AGBA contribuyeron al fracaso del proyecto, ni establecer los fundamentos legales que determinaron que esos actos eran suficientes para frustrar el reclamo de expropiación de la Demandante.

⁶⁴ Laudo, párrafo 328.

⁶⁵ Laudo, párrafos 273-74, 279.

⁶⁶ Laudo, párrafos 280-82.

27. Significativamente, el Laudo deja completamente sin resolver la cuestión de si la suspensión que ordenó la Provincia durante el año 2001 de los requisitos del POES debía continuar hasta que las partes restablecieran el equilibrio del Contrato⁶⁷. Por ello, aceptó implícitamente que era posible que AGBA no hubiera incurrido en incumplimiento del Contrato de Concesión, desestabilizando así el razonamiento formalista del decreto de rescisión y considerando que los actos de Argentina fueron la única causa de la caída de la concesión. A pesar de ello, el párrafo inmediatamente siguiente del Laudo evita esta cuestión cardinal al sostener que “no es determinante el hecho de que la Provincia haya comprendido correctamente las obligaciones de AGBA en virtud del Contrato de Concesión”⁶⁸. Independientemente de lo que la Provincia haya entendido, el Tribunal debe lograr comprender justificadamente y en su totalidad los derechos y las obligaciones de las partes en virtud del Contrato. Si, como argumenta la Demandante, la suspensión de las metas del POES se extendió más allá del 2001, “lo que resulta decisivo” de “si los fundamentos de la rescisión configuraron una causal de rescisión legalmente válida de conformidad con las disposiciones del Contrato de Concesión”⁶⁹ es una cuestión que debe responderse de forma negativa, y la opinión del Laudo sobre expropiación se vuelve insostenible incluso bajo su propio enfoque formalista.

28. Uno de los aspectos tal vez más importantes es que el Laudo adopta una perspectiva equivocada y de pobre razonamiento respecto de las motivaciones políticas que evidentemente están detrás de la rescisión del Contrato de Concesión por parte de la Provincia. Aunque acepta que “el gobierno argentino haya establecido como una meta política la transferencia de la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales a entidades públicas”, el Laudo rechaza este importante hecho al afirmar que “el hecho de que un tema se convierta en una cuestión política, ... no significa que se suprima la existencia de una política

⁶⁷ Laudo, párrafo 282, 369. *Pero ver*, Laudo, párrafo 314 (donde se sostiene que la suspensión del POES ocurrió “el segundo año de la concesión – año 2001 –, cuyo efecto sería que las medidas que no fueran alcanzadas durante ese año no darían lugar a [...] penalidades...”).

⁶⁸ Laudo, párrafo 283.

⁶⁹ Laudo, párrafo 278.

racional”⁷⁰. La oración citada aparece fuera de contexto en un caso que no está relacionado con el que nos ocupa desde el punto de vista de las cuestiones fácticas y jurídicas⁷¹.

29. Aun así, en la medida en que la referencia del Laudo a la cuestión de la “racionalidad” alude al derecho del Estado de ejercer su poder de policía, el Laudo no logra explicar qué medida implementada por Argentina constituiría el ejercicio de dicho poder, y sobre qué fundamentos⁷². Asimismo, como se detallará más adelante, el Laudo ha ignorado abundantes pruebas que demuestran que el “desgaste” gradual y la devaluación total final de AGBA conformaron un objetivo político nacional predeterminado que las autoridades argentinas buscaron alcanzar mientras “mantenían las apariencias” con la esperanza de que la responsabilidad no recayera sobre ellas. Esa conducta difícilmente cumple con el estándar de buena fe que debe caracterizar el ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado. Más aun, incluso si la evidencia no fuera suficiente para sostener una motivación política detrás de la rescisión el carácter arbitrario e injustificado de los actos individuales de Argentina precluyen su legitimidad.

30. Si las distintas prohibiciones de cobro de los cargos de servicio e intereses moratorios no ilustraban claramente la postura hostil de la Provincia hacia AGBA, la pesificación unilateral del Contrato de Concesión a la que se apuntó en 2002 ciertamente lo hizo. La Ley N.º 25.561 del Gobierno Argentino que, entre otras cosas, derogó las tarifas en dólares estadounidenses para ciertas concesiones y licencias no se aplicó a AGBA automáticamente dado que el sistema federal argentino delega la regulación de servicios públicos a las provincias. Para el 11 de enero de 2002, aunque la Provincia no había sancionado aún una ley que reflejara las disposiciones de la Ley N.º 25.561, el ORAB preferentemente optó

⁷⁰ Laudo, párrafo 277.

⁷¹ *AES Summit Gen. Ltd. y AES-Tisza Erömi Kft c. Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/22 (ECT), Laudo (17 de septiembre de 2010), párrafo 10.3.23, *disponible en* <http://ita.law.uvic.ca/documents/AESvHungaryAward.pdf>. La cita surge del análisis del tribunal del caso AES acerca del estándar de trato justo y equitativo del Tratado Energético (ECT), que no consistió en un análisis de las expropiaciones indirectas en virtud de un TBI, en las que un motivo político subyacente puede no ser necesario como elemento de responsabilidad aunque ayude a “conectar” los pasos que lleven a que la demandante sufra la privación sustancial o total de su propiedad.

⁷² *Ver Sedco, Inc. c. Nat’l Iranian Oil Co.*, 9 Iran-US Cl. Trib. 248, 275 (1985) (donde se establece que “es un principio aceptado del derecho internacional que un Estado no es responsable de los daños económicos que resulten de una ‘norma’ de buena fe dentro los poderes de policía estatales aceptados” (traducción del Árbitro)).

por pesificar las tarifas de AGBA mediante la Resolución ORAB N.º 4/02 – aunque su autoridad para hacerlo no se comprobó en absoluto⁷³. El Congreso provincial posteriormente sancionó la Ley N.º 12.858, que facultaba al Poder Ejecutivo Provincial a “organizar y/o reestructurar y/o adecuar los regímenes regulatorios” *únicamente* de los “servicios públicos de obras sanitarias provisión de agua corriente y cloacas”. Respecto de otros servicios públicos, la Ley N.º 12.858 dispuso la creación de una comisión y la realización de un análisis adicional antes que se produjera la pesificación. En cuanto a AGBA, autorizó a la Provincia a modificar el marco regulatorio antes de efectuar cualquier análisis⁷⁴. Estos hechos sugieren claramente que al menos a principios del año 2002 la Provincia había resuelto perjudicar a AGBA y retomar el control de la concesión.

31. El importante trasfondo político de la rescisión de la concesión tuvo un destacado protagonismo en la audiencia sobre el fondo, durante la yuxtaposición de las declaraciones de los testigos y el testimonio del Sr. Díaz, Presidente del Directorio de AGBA, junto con el del Ministro Eduardo Sícara, quien al momento de la rescisión del Contrato de Concesión se desempeñaba como Secretario de Servicios Públicos en el Ministerio de Infraestructura de la Provincia. Puntualmente, la declaración del Sr. Díaz hizo referencia a una reunión que tuvo lugar en las oficinas del Ministerio a mediados de julio de 2006, en la que el Ministro Sícara informó al Sr. Díaz, en términos precisos, que la Provincia había decidido rescindir el Contrato de Concesión de AGBA pura y exclusivamente por motivos políticos, es decir, para seguir la línea de acción de la decisión tomada por el Gobierno Federal de rescindir la concesión con

⁷³ Memorial sobre el Fondo de la Demandante, párrafo 249 (donde se cita la Resolución ORAB N.º 4/02, 11 de enero de 2002, Anexo C-134). El informe del Profesor Mairal, experto de la Demandante, sugiere que esta pesificación impulsada por el ORAB adolecía de varias irregularidades tanto en su concepción como en su implementación:

Las tarifas de AGBA se habían pesificado incluso antes de la promulgación de la Ley N.º 12.858 mediante una resolución del organismo regulador. Siguió congeladas en ese mismo nivel hasta el fin de la Concesión en el año 2006, a pesar de que la ley de emergencia provincial sólo tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2004.

Ver Informe Pericial de Mairal, párrafo 105, Anexo C-267.

⁷⁴ El Artículo 3 de la Ley N.º 12.858 reza: “La Provincia de Buenos Aires adhiere en todos sus términos al artículo 8 de la Ley 25.561. Asimismo se adhiere a los Artículos 9 y 10 de la Ley 25.561, previa ratificación de las renegociaciones o adecuaciones acordadas en cuanto a los contratos de prestación de servicios públicos, por parte de la Honorable Legislatura, tal como lo prevé el artículo 1 in fine” (Anexo C-135).

Aguas Argentinas⁷⁵. En esa discusión, según el Sr. Díaz, el Ministro Sícaro también rechazó como políticamente inviable la propuesta de AGBA de finalizar la concesión de mutuo acuerdo, y aseguró al Sr. Díaz que AGBA recibiría una indemnización a través del planteo de una acción legal⁷⁶. El Sr. Díaz ratificó sus dichos en su testimonio durante la audiencia⁷⁷. El Sr. Facchinetti, Director y Vicepresidente Ejecutivo de AGBA, quien también estuvo presente en la misma reunión, corroboró esta versión de los hechos en su propia declaración testimonial y también durante la audiencia⁷⁸.

⁷⁵ Ver Declaración Testimonial de Díaz, párrafo 8 (“En dicha reunión [de julio de 2006], los representantes de la Provincia nos manifestaron que, como una consideración hacia AGBA, querían anticiparon [sic] personalmente que ya estaba redactado el Decreto de rescisión del contrato de la concesión, el cual procederían a notificar formalmente a la mayor brevedad. A continuación nos explicaron la motivación netamente política de esa rescisión”); Transcripción, día 3, 5:7-24 (“[SR. DÍAZ:] [En la reunión de mediados de julio de 2006] ... El Ministro [Sícaro] nos informó que la decisión de rescindir el contrato la había tomado el gobierno provincial. Obviamente, tuvo la cortesía de hacérselo saber antes de que nos enteráramos oficialmente por medio del decreto ... [N]o estábamos de acuerdo con esa medida, especialmente porque el decreto disponía que la rescisión era por culpa de la concesionaria ... así que en esas circunstancias, el Ministro nos informó que esta era una decisión que fue, digamos, de naturaleza política”).

⁷⁶ Declaración Testimonial de Díaz, párrafo 8 (“En virtud de ello, ... [se preguntó en nombre de AGBA] si existía alguna posibilidad de que la terminación de nuestro contrato se implementara en el marco de una finalización ‘de común acuerdo’ en la que se reconociera a AGBA una compensación en virtud de esa terminación. El Ministro Sícaro nos informó que lamentablemente ello no era posible pues no había quién pudiera firmar un acuerdo en ese sentido, ya que nadie contaría con el respaldo político para hacerlo. Así el Ministro Sícaro afirmó que la rescisión debía ser por culpa del Concesionario. El Ministro Sícaro comentó también que él sabía que en tal caso AGBA y/o sus accionistas tendrían un importante reclamo económico que formular por los daños, pero agregó que era una decisión tomada por el Gobierno Federal que debían seguir”).

⁷⁷ Transcripción, día 3, 6:17-7:1 (“[SR. DÍAZ:] Una vez que supimos que [el decreto de rescisión] era una medida irreversible ... se nos ocurrió la idea de que fuera una rescisión de mutuo acuerdo con el pago de una indemnización que sería aceptada por ambas partes. Con total franqueza y claridad ... [el Ministro Sícaro] dijo que era imposible ... llegar a un acuerdo tal porque de hecho no había ningún funcionario que tuviera el respaldo político para dar ni un peso ni un dólar como indemnización ...”).

⁷⁸ Ver Declaración Complementaria Facchinetti, párrafos 34-35 (“en este punto creo conveniente describir la última reunión que tuvimos con el Ministro Sícaro en julio de 2006, ya no en el marco de la renegociación, sino en el del anuncio de la rescisión del Contrato de Concesión ... Allí el Sr. Sícaro nos dijo que dada la rescisión del Contrato de Aguas Argentinas por parte del Gobierno Nacional, la Provincia rescindiría el nuestro por culpa del Concesionario. Es más, cuando Guillermo Díaz sugirió que, dado que era una decisión política, se aplicara el procedimiento de rescisión de mutuo acuerdo compensándose al Concesionario por los perjuicios de esa decisión, el Sr. Sícaro respondió que nadie tenía el espacio político para otorgar una indemnización.... el Ministro Sícaro nos comentó que... estaban muy conformes con la gestión de AGBA, y que iban a conservar buena parte del personal, incluyendo a personal a nivel gerencial; *ver también* Transcripción, día 2, 108:8-24 (“[SR. FACCHINETTI: ... [En julio de 2006], en una reunión que se realizó en el Ministerio de Obras Públicas, el Dr. Sícaro anunció que los funcionarios provinciales habían decidido -- que la Provincia había decidido rescindir el contrato de AGBA por culpa de la Concesionaria. En esa reunión yo estuve presente, junto con ejecutivos de AGBA. Se nos preguntó si considerábamos que la rescisión se debía a una decisión absolutamente política de parte de la Provincia, y si cabía la posibilidad de trabajar sobre -- lo que el contrato establecía cuando se trataba de una rescisión de mutuo acuerdo. La respuesta era que no; no había espacio político para esa solución. Finalmente nos dijeron que, con toda franqueza, la

32. La fecha que constaba en la declaración testimonial del Ministro Sícaro era posterior – por más dos meses y medio – a la que figuraba en la declaración del Sr. Díaz⁷⁹. En esa declaración, el Ministro Sícaro confirmó expresamente la presencia del Sr. Díaz en la reunión de julio de 2006 y sostuvo que el Sr. Díaz trajo a colación el tema de la indemnización para AGBA por la rescisión de la concesión efectuada por la Provincia⁸⁰. Sorprendentemente, la declaración del Ministro Sícaro no intentó siquiera refutar la declaración anterior del Sr. Díaz en cuanto a su afirmación de que la rescisión de la concesión fue un acto de índole política que debía “verse” como una respuesta a un supuesto incumplimiento contractual. El Ministro Sícaro, cuando se vio enfrentado a esta manifiesta omisión durante la audiencia, afirmó que no había leído la declaración testimonial del Sr. Díaz antes de firmar la suya propia – que claramente se había presentado como réplica a la declaración del Sr. Díaz –, y que tampoco lo había hecho en ningún otro momento antes de prestar declaración en la audiencia⁸¹. En respuesta a las preguntas del Tribunal acerca de los presuntos motivos políticos detrás de la rescisión de la concesión, el Ministro Sícaro simplemente reiteró, en cuanto a la decisión, las justificaciones formales del decreto y sostuvo que el Marco Regulatorio y el Contrato mismo autorizan la rescisión de la Concesión. Según el Ministro Sícaro, la reunión de julio de 2006 había tenido lugar para informar a los representantes de AGBA sobre el decreto a emitirse próximamente y no hubo motivos políticos que la motivaran⁸². Adicionalmente, el Ministro

idea era que una vez que se produjera la rescisión del contrato con AGBA, la concesión se manejaría dentro de ABSA como una unidad de negocios separada del resto debido a la forma en que se habían desarrollado las obras y a la eficiencia de la empresa” (traducción del Árbitro)).

⁷⁹ Al hacer referencia a las numerosas y manifiestas similitudes entre su declaración y la del Sr. Seillant, testigo de la Demandada, el Ministro Sícaro declaró que éstas se habían producido por pura casualidad, que él había redactado su declaración por su cuenta, y que no había visto la declaración testimonial del Sr. Seillant. *Ver* Transcripción, día 3, 76:7-80:3.

⁸⁰ Transcripción, día 3, 86:14-87:6.

⁸¹ *Ver* Transcripción, día 3, 89:17-20 (“JUEZ BROWER: Ha declarado usted, según tengo entendido, que esta es la primera vez que ve esta declaración testimonial [del Sr. Díaz]. [MINISTRO SÍCARO]: Sí”); 90:1-12 (“JUEZ BROWER: ¿Usted está seguro, me imagino, teniendo en cuenta su testimonio, de que usted no hizo referencia a la consulta del Señor Díaz en el párrafo 28 de su declaración testimonial porque había leído la declaración testimonial que él efectuó? [MINISTRO SÍCARO]: No. [JUEZ BROWER]: Su respuesta a la pregunta es potencialmente ambigua... [MINISTRO SÍCARO]: No, no he leído este documento” (traducción del Árbitro)).

⁸² *Ver, por ejemplo*, Transcripción, día 3, 90:16-91:20 (“JUEZ BROWER: ¿Puede pasar al párrafo 8 de la declaración del Señor Díaz? Por favor observe el texto que comienza en la segunda oración del texto en inglés... Lo cito: “A continuación nos explicaron la motivación netamente política de esa rescisión . En efecto, el Ministro Sícaro nos informó que la Provincia había dispuesto rescindir el Contrato de Concesión de AGBA, pues debían seguir la misma línea de acción que el Gobierno Nacional había adoptado respecto del Contrato de Concesión de

Sícaro afirmó que la propia AGBA ya había comunicado en una carta del 14 de junio de 2006 (casi un mes antes de la reunión) que estaba considerando rescindir unilateralmente el Contrato de Concesión, lo cual, según el Ministro Sícaro, desmiente la declaración del Sr. Díaz en la que se afirmó que en la reunión de julio de 2006 AGBA propuso rescindir el contrato de mutuo acuerdo⁸³.

33. El testimonio del Ministro Sícaro con relación a la naturaleza política del decreto de rescisión, en mi opinión, fue manifiestamente evasivo y definitivamente poco creíble⁸⁴. El razonamiento superficial del decreto de rescisión, que el Ministro Sícaro recicló en su testimonio, no da cuenta de las motivaciones y decisiones políticas detrás del decreto. Asimismo, es verdad que a mediados de junio de 2006 AGBA solicitó formalmente que la Provincia diera respuesta a las cuestiones que mencionó en su carta y dio un ultimátum: afirmó que AGBA misma rescindiría la Concesión si la Provincia no cumplía correctamente con sus obligaciones y si los términos de la Concesión no se reajustaban dentro un plazo de 45 días. Sin embargo, para el momento en que la Provincia rescindió la Concesión a mediados de julio, ese

Aguas Argentinas”... ¿Es correcta o no esta declaración del Sr. Díaz? [MINISTRO SÍCARO:] No, no es correcta. Está claro que si les informamos acerca de los motivos del decreto de rescisión, éstos no se condicen con lo que Díaz dice aquí. El decreto de concesión [sic] no dice que fue el resultado de la finalización de la concesión de Aguas Argentinas... Así que si les hablamos sobre el decreto, de ninguna manera podríamos haber dicho lo que el Sr. Díaz dice aquí” (traducción del Árbitro)).

⁸³ Ver Transcripción, día 3, 94:25-95:9 (“[MINISTRO SÍCARO]: [E]n este caso, AGBA ya le había comunicado a la Provincia que deseaba rescindir el contrato. No entiendo por qué dicen ahora que lo estaban haciendo -- o que lo iban a hacer de mutuo acuerdo. En ningún momento hablamos de ese tema, y está claro que si se debiera una indemnización, debería pagarse bajo los términos en los que el contrato establece dónde se les deben las indemnizaciones, que es lo que ellos están reclamando ante los tribunales argentinos; y si tienen el derecho a hacerlo, la cobrarán”. (traducción del Árbitro)).

⁸⁴ Notablemente, mis colegas no han podido realizar *ninguna* inferencia a partir del conjunto de las declaraciones testimoniales y el testimonio oral de los Sres. Díaz y Facchinetti, por un lado, y del Ministro Sícaro, por el otro. Reconozco que la causa puede estar relacionada con su formación en derecho civil, que descarta por completo el testimonio de los representantes de las partes. Ver, por ejemplo, John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. Chi. L. Rec. 823, 834 (1985) (donde se explica que el derecho alemán “distingue a las partes de los testigos” y se destaca que “los jueces alemanes habitualmente expresan dudas marcadas y explícitas acerca de la confiabilidad del testimonio de testigos que anteriormente analizaron el caso con abogados o que se relacionaron excesivamente con alguna de las partes” (traducciones del Tribunal)) (se omitieron las citas). En el contexto del arbitraje de inversiones, sin embargo, donde los testigos generalmente son representantes de las partes cuyas acciones hacen a la esencia de la diferencia, la aplicación rígida de este enfoque niega a los árbitros (y en última instancia a las partes) los grandes beneficios de los testimonios orales que prestan terceros (que no son los expertos imparciales designados). En el caso que nos ocupa, las declaraciones y el testimonio de los Sres. Díaz y Facchinetti son, en mi opinión, claramente más compatibles con los hechos en general, mientras que el testimonio oral y escrito del Ministro Sícaro no se condice en absoluto con esos hechos.

plazo aún *no* había transcurrido. De hecho, estimo poco probable que la Provincia haya apresurado la emisión del decreto de rescisión para adelantarse a AGBA en la rescisión del contrato.

34. Por último, la conclusión del Laudo de que el decreto de rescisión de la Provincia se basó legítimamente en el incumplimiento de las obligaciones de AGBA en virtud del Contrato de Concesión no puede reconciliarse con la conclusión de que se negó un trato justo y equitativo a la Demandante cuando se pesificó ese Contrato en el año 2002. Las partes concuerdan en que las autoridades argentinas determinaron que se había dado cumplimiento a las obligaciones de AGBA en virtud del POES para el año 2000. También se coincide en que se suspendieron las obligaciones de la Demandante en virtud del POES para el año 2001. Por ello, no puede alegarse incumplimiento alguno del Contrato de Concesión respecto de esos años. El ORAB pesificó el Contrato de Concesión 11 días después de que finalizara el año 2001, es decir, el 11 de enero de 2002, lo cual, según el Laudo, junto con los decretos de pesificación provincial y federal, violó la obligación de Argentina de dispensar un trato justo y equitativo a la inversión. Si, como se ha sostenido, se dio un trato injusto e inequitativo a AGBA en violación de la disposición pertinente del tratado desde comienzos del año 2002⁸⁵, ¿con qué lógica puede concluirse que AGBA es responsable de todo incumplimiento posterior de las obligaciones contractuales, para luego rescindir el Contrato legítimamente?⁸⁶ Considero que la pregunta se responde a sí misma.

⁸⁵ En su análisis del trato justo y equitativo, el Laudo reconoce que “las actividades de AGBA se vieron afectadas en gran parte por las medidas de emergencia adoptadas para hacer frente a la crisis económica” y que la pesificación “tuvo un fuerte impacto negativo en las proyecciones económicas de la concesión”. Laudo, párrafos 316, 318. El Laudo también destaca que “dado que el nuevo valor de paridad ... tuvo efectos altamente perjudiciales para AGBA, la Provincia debería haber ofrecido a AGBA un ajuste razonable de las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión”. Laudo, párrafo 325.

⁸⁶ Como sostuvo la CPJI en el caso *Chorzów Factory*: “Es ... un principio generalmente aceptado en la jurisprudencia del arbitraje internacional, así como por los tribunales locales, que una Parte no puede beneficiarse del hecho de que la otra no ha cumplido con alguna obligación ... si la primera Parte, por algún acto ilegal, ha impedido que la segunda cumpla con la obligación en cuestión...” (traducción del Árbitro). *Case Concerning the Factory at Chorzów (Alemania c. República de Polonia)*, Reclamo de indemnidad (Jurisdicción), Sentencia del 26 de julio de 1927, CPJI 1927, Serie A, N.º 9, párrafo 87.

IV. METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN E INTERESES

35. El Laudo se apoya en su conclusión de que “AGBA y la Provincia s[on] conjuntamente responsables por el fracaso de la concesión” para sostener que sería “inapropiado el cálculo de los daños en función de los parámetros económicos convencionales, como el método basado en los costos o activos, o el método basado en las ganancias”⁸⁷. Además, dado que “Impregilo no ha demostrado que la concesión podría haber sido rentable de no haber mediado interferencia por parte de las autoridades y los legisladores argentinos”, el Laudo considera a los “montos invertidos” una medida apropiada del daño de la Demandante⁸⁸, más la tasa de interés aplicable a la fecha en que la Provincia rescindió el Contrato de Concesión⁸⁹.

36. Por los motivos que expliqué en las secciones tituladas “Trato justo y equitativo” y “Expropiación”, no puedo adherirme a la premisa de la “responsabilidad conjunta” que subyace en el razonamiento del Laudo. A mi parecer, la Demandante ha presentado pruebas suficientes que demuestran que AGBA habría sido viable, incluso en circunstancias económicas adversas, de no ser por la interferencia de Argentina. En consecuencia, el valor de la inversión debería ser su “valor justo de mercado”, determinado mediante el método de flujo de caja descontado (“FCD”), que se aplica tradicionalmente a los emprendimientos que constituyen “empresas en plena actividad y crecimiento”⁹⁰.

37. Si bien a menudo se emplea en casos de expropiación⁹¹, el método FCD también puede utilizarse para calcular una indemnización por trato injusto e inequitativo. Por ejemplo, el tribunal del caso *CMS* sostuvo:

⁸⁷ Laudo, párrafo 378.

⁸⁸ Laudo, párrafo 380.

⁸⁹ Laudo, párrafo 384.

⁹⁰ En el contexto de las expropiaciones, el Banco Mundial ha definido el término “empresa en plena actividad y crecimiento” como “una empresa que tenga activos rentables y que haya desarrollado sus operaciones durante un período suficiente como para que pueda extraerse la información necesaria para calcular sus ingresos en los años venideros, y, respecto de la cual, de no haberse procedido a su expropiación por el Estado, podría haberse previsto con razonable certeza que habría seguido produciendo ingresos legítimos en el curso de su vida económica en circunstancias normales”. Banco Mundial, *Informe al Comité para el Desarrollo y Directrices relativas al Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa*, adoptado el 21 de septiembre de 1992, reimpreso en 31 I.L.M. 1363, 1376 (1992).

⁹¹ Ver, por ejemplo, *ADC c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo (2 de octubre de 2006).

[E]l Tribunal está convencido de que la naturaleza acumulativa de los incumplimientos analizados en el presente caso se atiende más adecuadamente mediante la aplicación del estándar del valor justo de mercado. Aunque este estándar tiene una relación principal con las expropiaciones, no se excluye la posibilidad de que también sea apropiado en el caso de otros incumplimientos, si tienen el efecto de generar pérdidas importantes en el largo plazo⁹².

38. El caso en cuestión también implicó incumplimientos de “naturaleza acumulativa” que generaron “pérdidas importantes en el largo plazo”. Dado que no se discute que AGBA operó durante los primeros seis años del total de los treinta proyectados para la concesión y que no pudo continuar haciéndolo sólo porque Argentina rescindió la Concesión y transfirió todos sus activos a ABSA, AGBA aún puede considerarse una “empresa en plena actividad y crecimiento” y, análogamente al caso *CMS*, los daños de la Demandante en base al “valor justo de mercado” de la Concesión se pueden calcular correctamente mediante el método FCD. Si bien no es necesario que una empresa sea rentable desde el principio para calificar como empresa en plena actividad y crecimiento⁹³, resulta importante para el cálculo de daños tener en cuenta que AGBA mantuvo flujos de caja positivos durante sus primeros dos años de funcionamiento (e incluso generó utilidades durante el primer año) a pesar del maltrato recibido de la Demandada⁹⁴. Puesto que el Tribunal goza de discreción para ajustar los daños según las circunstancias del caso⁹⁵, la utilización del método FCD habría permitido, mediante la tasa de

⁹² *CMS Gas Transm'n Co. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/8 (12 de mayo de 2005), párrafo 410.

⁹³ *Compañía del Aguas del Aconquija y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/97/3, Laudo (20 de agosto de 2007), párrafos 8.3.3-8.3.4.

⁹⁴ Primer Informe de Walck y Giacchino, párrafo 230. Los restantes cuatro años, durante los cuales el efecto de los actos arbitrarios e inequitativos por parte de Argentina se volvió aún más pronunciado, AGBA continuó operando con mínimas pérdidas. *Ídem*. En base a la tasa de descuento del capital del 15%, que es aún más conservadora que la tasa del Tribunal del caso *CMS* del 14,5%, los expertos de la Demandante estiman que el valor presente neto era de \$208.767.000 en julio de 2006. *Ídem* párrafo 232. Asimismo, los expertos de la Demandante adaptaron sus presunciones a las circunstancias al reducir los índices de cobro estimados, incrementando el período de tiempo en el cual podían realizarse los cobros y evitando que AGBA pudiera alcanzar el nivel de cobro del 90 por ciento hasta el año 2009, todo ello a consecuencia de la situación económica. Elocuentemente, los expertos en valuación de Argentina adoptan la misma metodología de flujo de caja descontado (FCD), con una tasa de descuento del 16,3%, pero llegan a una conclusión diferente fundamentalmente debido a las distintas presunciones que utilizan. *Ver* Informe de Dapena y Coloma, párrafos 148-150.

⁹⁵ *Ver ADC c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/03/16, Laudo (2 de octubre de 2006), párrafo 521 (en el que se sostiene que “al final del día, el Tribunal puede tomar una perspectiva más objetiva y ver [los informes de expertos presentados por las Partes] para llegar a una cifra que le resulte adecuada en todas las circunstancias del caso” (traducción del Árbitro)), *disponible en* icsid.worldbank.org.

descuento, que se ajustara la cifra de daños para dar cuenta de cualquier riesgo de negocios que la Demandante haya tenido que absorber por haber invertido en Argentina⁹⁶.

39. Finalmente, dado el razonamiento del Laudo sobre trato justo y equitativo, no coincido con el cálculo de la tasa de interés aplicable. Según el Laudo, “[n]o tuvo lugar en ningún punto preciso en el tiempo y, en realidad, se sucedieron distintos hechos, acciones y omisiones que tuvieron efectos injustos acumulativos para AGBA ...”⁹⁷. Sin mencionar cuáles fueron estas “acciones” y “omisiones”, el Laudo observa que “cuando la Provincia rescindió la concesión, los incumplimientos del TBI habían culminado”. Así, pues, el Laudo aplica intereses a la fecha del decreto de rescisión, es decir, el 11 de julio de 2006.

40. Esta decisión, sin embargo, no es consistente con el fundamento en el que el Laudo se basó para determinar que Argentina violó su obligación de trato justo y equitativo. Puntualmente, como se explicó anteriormente, el Laudo se apoya en tres hechos clave: la pesificación impuesta el 11 de enero y el 28 de febrero de 2002; la sanción del denominado “Nuevo Marco Regulatorio” el 9 de junio de 2003; y la negativa de Argentina de renegociar los términos del Contrato de Concesión con posterioridad a cualquiera de estos hechos, a pesar de las repetidas solicitudes de AGBA en tal sentido, hasta que Argentina rescindió el Contrato de Concesión el 11 de julio de 2006. Al basarse la responsabilidad en estos pilares, resulta conceptualmente incorrecto y manifiestamente injusto recompensar a Argentina por sus tácticas evasivas y dilatorias mediante el cálculo de los intereses a partir de la última de esas fechas. La conclusión del Laudo es que los actos de Argentina dañaron a AGBA en 2002 y 2003, y

⁹⁶ Los expertos en valuación de la Demandada han intentado desacreditar las proyecciones financieras de la Demandante al referirse al Informe Schrodgers, el cual, entre otras cosas, asignó un valor presente neto negativo al área finalmente otorgada a AGBA. La Demandada no menciona, sin embargo, que sus expertos han hecho un uso selectivo de los datos del Informe Schrodgers, a pesar de que nunca se pensó al informe como un plan de negocios bien justificado y completo, como demuestra el hecho de que asignó valores negativos a *todos* los distritos de la Provincia, incluido uno que se ofertó con éxito por USD 438 millones. Ver Segundo Informe de Walck y Giacchino, párrafos 402-407.

⁹⁷ Laudo, párrafo 384.

Argentina simplemente se negó a hacer algo al respecto por los siguientes tres años. Lo mínimo que el Laudo debería haber hecho para indemnizar a la Demandante por esos tres años “perdidos” era incluirlos en el cálculo de intereses⁹⁸.

V. CONCLUSIÓN

41. Por los motivos descritos, coincido en que este Tribunal tiene competencia sobre los reclamos de la Demandante. Asimismo, concuerdo con mis estimados colegas en que la Demandada violó su obligación de trato justo y equitativo, por cuyo motivo debe indemnizar a la Demandante, aunque considero que existen más motivos que los mencionados para fundamentar dicha decisión. Adicionalmente, disiento respecto del análisis que el Laudo hace en materia de expropiación, del método de valuación y del período de tiempo que emplea para calcular los intereses debidos a la Demandante

Juez Charles N. Brower
[firmado]

⁹⁸ Esta conclusión está respaldada, adicionalmente, por los argumentos del Laudo que se basan en el caso *Chorzów Factory*. Laudo, párrafo 361. En ese caso, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo, “[e]l principio esencial obtenido en la noción efectiva de un acto ilícito ... es que la reparación debe, en la mayor medida posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y reestablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si no hubiera tenido lugar ese acto”. *Case Concerning the Factory at Chorzów (Alemania c. República de Polonia)*, Reclamo de indemnidad (Fondo), Sentencia del 13 de septiembre de 1928, CPJI 1928, Serie A, N.º 17, párrafo 125. En este caso, la única forma de “eliminar” el costo del tiempo y de oportunidad perdido por la Demandante debido al retraso de Argentina consistía en pagar intereses a la Demandante por el tiempo de las demoras resultantes. Por cierto, las prolongadas tácticas dilatorias que implementó Argentina luego de inutilizar la inversión de la Demandante son las que, en esencia, distinguen este caso del de *Azurix*, al que el Laudo parece adherir con su postura de que “no cabe duda de que al 11 de julio de 2006, cuando la Provincia rescindió la concesión, los incumplimientos del TBI habían culminado”. Laudo, párrafo 384; *cf.* *Azurix c. Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo (14 de julio de 2006), párrafo 418 (“[A] juicio del Tribunal no puede haber duda de que el 12 de marzo de 2002, cuando la Provincia puso fin a la Concesión alegando abandono por parte de ABA, las infracciones del TBI que había cometido habían llegado a un punto decisivo”). A diferencia del caso que nos ocupa, en *Azurix* Argentina dio por terminada la concesión relativamente poco después de haber dispensado un trato injusto e inequitativo a la Demandante, de modo que resultaba apropiado en ese caso tomar la fecha de rescisión como punto de partida a efectos de la indemnización. Ese enfoque es inapropiado en este contexto dado que castigaría injustamente a la Demandante por la deliberada falta de confianza y de respuesta de Argentina.