

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS  
A INVERSIONES**

En el procedimiento entre

**URBASER S.A.**  
**Y CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAI A UR PARTZUERGOA**  
(Demandantes)

y

**LA REPÚBLICA ARGENTINA**  
(Demandada)

Caso CIADI N.º ARB/07/26

**LAUDO**

Dictado por

**Profesor Andreas Bucher, Presidente**  
**Profesor Pedro J. Martínez-Fraga, Árbitro**  
**Profesor Campbell McLachlan QC, Árbitro**

*Secretario del Tribunal:* Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor

*Fecha de notificación a las Partes:* 8 de diciembre de 2016

*En representación de las Demandantes:*

Dra. Mercedes Fernández Fernández  
Dr. Juan Ignacio Santabaya González  
*Jones Day*  
Madrid, España

Dr. Juan Carlos Calvo Corbella  
Asesor Legal de Urbaser S.A.

Dr. Enrique del Carril  
Asesor Legal de CABB y Urbaser S.A.  
*Del Carril, Colombres, Vayo y*  
*Zabalía Lagos*

*En representación de la Demandada:*

Dr. Carlos Francisco Balbín  
Procurador del Tesoro de la Nación  
*Procuración del Tesoro de la Nación*  
Buenos Aires, Argentina

## Índice

|             |  |     |
|-------------|--|-----|
| <b>I.</b>   | <b>Antecedentes</b>  | 1   |
| A.          | Procedimiento  | 1   |
| B.          | Breve reseña de la controversia  | 34  |
| <b>II.</b>  | <b>El Área de Concesión</b>  | 38  |
| A.          | La situación previa a la privatización   | 39  |
| B.          | Promoción de las privatizaciones en el ámbito nacional y provincial              | 41  |
| C.          | La licitación en la Provincia del Gran Buenos Aires                              | 52  |
| 1.          | Región B   | 52  |
| 2.          | Información de los oferentes   | 57  |
| D.          | AGBA como Concesionaria  | 61  |
| E.          | Características de la vida económica y social en el área de la Concesión         | 65  |
| 1.          | Aspectos generales   | 65  |
| 2.          | Período 1998-2002  | 71  |
| <b>III.</b> | <b>El Marco Regulatorio</b>  | 76  |
| <b>IV.</b>  | <b>Argumentos de las Demandantes sobre las violaciones del Marco Regulatorio</b> | 94  |
| A.          | Resumen  | 94  |
| B.          | El alcance de la controversia  | 101 |
| C.          | Análisis de los argumentos de las Demandantes                                    | 109 |
| 1.          | Coficiente de zonificación   | 109 |
| 2.          | Salarios por vacaciones devengadas con anterioridad a la Toma de Posesión        | 112 |
| 3.          | Determinación y aplicación de tarifas por parte de AGBA                          | 115 |
| 4.          | Incumplimiento en la entrega de las plantas UNIREC                               | 131 |
| 5.          | La prohibición de aplicar el cargo de conexión y el cargo de obra                | 147 |
| 6.          | Obstáculos a la implementación del mecanismo de cobro                            | 162 |
| 7.          | Prohibición de considerar los cambios en la carga tributaria                     | 192 |
| 8.          | La implementación del sistema medido   | 201 |
| 9.          | Coficientes de agua y cloacas  | 216 |
| 10.         | La exclusividad de AGBA en el área de la Concesión                               | 228 |
| 11.         | La inacción del Organismo Regulatorio y del Concedente                           | 236 |
| D.          | Conclusión   | 240 |
| <b>V.</b>   | <b>Las características principales de la Concesión de AGBA</b>                   | 242 |
| A.          | Categorías de obras  | 243 |
| 1.          | Distinciones básicas   | 243 |
| 2.          | Conexión de usuarios ilegales  | 248 |
| 3.          | Reacondicionamiento de conexiones existentes                                     | 258 |
| 4.          | Obras de expansión   | 265 |
| a.          | Las respectivas posiciones de las Partes   | 266 |
| b.          | Conclusiones del Tribunal  | 272 |
| c.          | Expansión relacionada con las plantas UNIREC                                     | 295 |
| B.          | Cobrabilidad de facturas por los servicios                                       | 297 |
| 1.          | Posición de las Demandantes  | 299 |
| 2.          | Posición de la Demandada   | 307 |
| 3.          | Conclusiones del Tribunal  | 315 |

|             |   |            |
|-------------|---|------------|
| C.          | POES  | 324        |
| 1.          | Posición de las Demandantes   | 331        |
| 2.          | Posición de la Demandada  | 337        |
| 3.          | Conclusiones del Tribunal   | 348        |
| 4.          | La ejecución del POES en los distritos con plantas UNIREC           | 365        |
| 5.          | Compromisos de inversión establecidos en el POES                    | 371        |
| D.          | Inversiones   | 379        |
| 1.          | Inversión inicial de las Demandantes                                | 388        |
| a.          | La participación en AGBA  | 388        |
| b.          | Otros fondos aportados inicialmente por los accionistas             | 406        |
| 2.          | Financiamiento de terceros  | 408        |
| a.          | Posición de las Demandantes   | 408        |
| b.          | Posición de la Demandada  | 420        |
| c.          | Conclusiones del Tribunal   | 427        |
| 3.          | Falta de aportes adicionales de los accionistas                     | 449        |
| 4.          | Los ingresos generados por la Concesión                             | 468        |
| 5.          | Análisis general  | 478        |
| a.          | Posición de las Demandantes   | 478        |
| b.          | Posición de la Demandada  | 481        |
| c.          | Conclusiones del Tribunal   | 487        |
| E.          | Equilibrio contractual vs. Riesgo empresarial                       | 494        |
| 1.          | Las Demandantes se centran en el equilibrio contractual             | 495        |
| 2.          | La Demandada se centra en el riesgo empresarial                     | 498        |
| 3.          | Consideraciones del Tribunal  | 506        |
| 4.          | El régimen tarifario y su revisión                                  | 516        |
| 5.          | La causa del deterioro del equilibrio: inversión vs. crisis         | 520        |
| a.          | Posición de las Demandantes   | 520        |
| b.          | Posición de la Demandada  | 526        |
| c.          | Conclusiones del Tribunal   | 532        |
| <b>VI.</b>  | <b>Trato justo y equitativo</b>                                     | <b>548</b> |
| A.          | Ley aplicable al fondo de la controversia                           | 548        |
| B.          | Artículo V del TBI y el estándar de trato justo y equitativo        | 559        |
| 1.          | Posición de las Demandantes   | 559        |
| 2.          | Posición de la Demandada  | 580        |
| 3.          | Conclusiones del Tribunal   | 603        |
| a.          | Posiciones extremas   | 603        |
| b.          | Posiciones infundadas   | 609        |
| c.          | Consideraciones básicas   | 613        |
| d.          | El estándar no se basa en una serie de expectativas                 | 616        |
| e.          | El estándar comprende todo el marco jurídico,<br>social y económico | 618        |
| f.          | Las expectativas protegidas del inversor                            | 626        |
| <b>VII.</b> | <b>Las Medidas de Emergencia y sus efectos en la Concesión</b>      | <b>634</b> |
| A.          | La crisis   | 634        |
| B.          | Las medidas de emergencia   | 640        |
| 1.          | Consideraciones de las Demandantes                                  | 641        |
| 2.          | Consideraciones de la Demandada                                     | 646        |
| C.          | El impacto de las medidas de emergencia en la Concesión de AGBA     | 658        |
| 1.          | Consideraciones de las Demandantes                                  | 658        |
| 2.          | Consideraciones de la Demandada                                     | 667        |
| 3.          | Conclusiones del Tribunal   | 672        |

|              |  |            |
|--------------|--|------------|
| D.           | La responsabilidad por las medidas de emergencia (estado de necesidad)               | 684        |
| 1.           | Consideraciones de las Demandantes   | 686        |
| 2.           | Consideraciones de la Demandada  | 698        |
| 3.           | Conclusiones del Tribunal  | 709        |
| E.           | Los requisitos para la renegociación del Contrato de Concesión                       | 733        |
| <b>VIII.</b> | <b>El Nuevo Marco Regulatorio y la Renegociación</b>                                 | <b>739</b> |
| A.           | Los principales elementos del Nuevo Marco Regulatorio                                | 741        |
| 1.           | La presentación de las Demandantes   | 741        |
| 2.           | La presentación de la Demandada  | 752        |
| 3.           | Conclusiones del Tribunal  | 756        |
| B.           | Aplicación no inmediata del Nuevo Marco Regulatorio a AGBA                           | 759        |
| 1.           | Posición de las Demandantes  | 759        |
| 2.           | Posición de la Demandada   | 763        |
| 3.           | Conclusiones del Tribunal  | 765        |
| C.           | El proceso de renegociación en función del Nuevo Marco Regulatorio                   | 768        |
| 1.           | Posición de las Demandantes  | 768        |
| 2.           | Posición de la Demandada   | 779        |
| 3.           | Conclusiones del Tribunal  | 787        |
| D.           | El fracaso de la renegociación   | 796        |
| 1.           | Posición de las Demandantes  | 796        |
| 2.           | Posición de la Demandada   | 803        |
| 3.           | Conclusiones del Tribunal  | 812        |
| <b>IX.</b>   | <b>La Rescisión del Contrato</b>   | <b>848</b> |
| A.           | El camino a la rescisión   | 848        |
| B.           | Decreto Provincial N.º 1666/06 sobre rescisión                                       | 856        |
| 1.           | Reseña de las causales de rescisión  | 856        |
| 2.           | Cuestiones generales   | 858        |
| a.           | Consideraciones de las Demandantes   | 858        |
| b.           | Consideraciones de la Demandada  | 869        |
| c.           | Conclusiones del Tribunal  | 871        |
| 3.           | Alcance de la controversia   | 875        |
| 4.           | Reseña de las causales de rescisión  | 883        |
| a.           | Las metas de expansión del servicio contenidas en el POES                            | 883        |
| aa.          | Posición de las Demandantes  | 883        |
| bb.          | Posición de la Demandada   | 888        |
| cc.          | Conclusiones del Tribunal  | 890        |
| b.           | Las metas de micromedición   | 904        |
| c.           | Niveles de calidad de nitrato  | 910        |
| d.           | Mantenimiento de tanques de almacenamiento de agua potable                           | 913        |
| e.           | Metas de calidad de presión de agua  | 916        |
| f.           | La puesta en funcionamiento de las plantas depuradoras                               | 919        |
| g.           | La renovación de las garantías de cumplimiento del Contrato de Concesión             | 924        |
| h.           | Los parámetros de calidad de los efluentes cloacales                                 | 927        |
| i.           | La cooperación con el Organismo Regulador y la aplicación del Reglamento del Usuario | 931        |

|              |  |      |
|--------------|--|------|
| 5.           | Los supuestos incumplimientos de AGBA ¿se subsanan con la falta de aplicación de sanciones?  | 934  |
| 6.           | Conclusión   | 943  |
| <b>X.</b>    | <b>Expropiación</b>  | 951  |
| A.           | Posición de las Demandantes  | 951  |
| B.           | Posición de la Demandada   | 975  |
| C.           | Conclusiones del Tribunal  | 997  |
| <b>XI.</b>   | <b>Medidas Discriminatorias e Injustificadas</b>   | 1010 |
| A.           | Artículo III(1) del TBI  | 1010 |
| B.           | El reclamo de las Demandantes basado en supuestas medidas discriminatorias   | 1012 |
| 1.           | Posición de las Demandantes  | 1012 |
| 2.           | Posición de la Demandada   | 1040 |
| C.           | Los alegatos de las Demandantes sobre medidas injustificadas   | 1055 |
| 1.           | Posición de las Demandantes  | 1055 |
| 2.           | Posición de la Demandada   | 1068 |
| D.           | Conclusiones del Tribunal  | 1080 |
| 1.           | El significado y la finalidad del Artículo III(1) del TBI  | 1080 |
| 2.           | Los reclamos basados en supuestas medidas discriminatorias   | 1090 |
| 3.           | Los reclamos basados en supuestas medidas injustificadas   | 1102 |
| <b>XII.</b>  | <b>Demanda Reconvencional de la Demandada</b>  | 1110 |
| A.           | Jurisdicción y admisibilidad   | 1110 |
| 1.           | Objeciones de las Demandantes  | 1110 |
| a.           | Cuestiones preliminares  | 1110 |
| b.           | La falta de competencia del Tribunal   | 1117 |
| c.           | La Demanda Reconvencional no es una controversia que surge directamente de una inversión, en el sentido del Convenio CIADI y del TBI | 1126 |
| 2.           | Posición de las Demandada  | 1135 |
| 3.           | Conclusiones del Tribunal  | 1143 |
| B.           | El fondo de la Demanda Reconvencional  | 1156 |
| 1.           | Posición de la Demandada   | 1156 |
| 2.           | Posición de las Demandantes  | 1167 |
| 3.           | Conclusiones del Tribunal  | 1182 |
| a.           | El derecho aplicable en virtud del TBI   | 1182 |
| b.           | La relación del TBI con el derecho internacional y los derechos humanos  | 1193 |
| c.           | El derecho humano al agua en el marco de la Concesión de AGBA  | 1211 |
| <b>XIII.</b> | <b>Costas</b>  | 1222 |
| <b>XIV.</b>  | <b>Decisión</b>  | 1234 |

## I. Antecedentes

### A. Procedimiento

1. El 20 de julio de 2007, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI” o el “Centro”) recibió una Solicitud de Arbitraje de fecha 6 de julio de 2007, presentada en español (“Solicitud de Arbitraje”) por Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa (las “Demandantes”, respectivamente “Urbaser” y “CABB”) en contra de la República Argentina (la “Argentina” o la “Demandada”). Las Demandantes presentaron la Solicitud conforme al Artículo X del Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones firmado por la República Argentina y el Reino de España el 3 de octubre de 1991<sup>1</sup> (el “TBI Argentina-España” o el “TBI”).
2. El 1 de octubre de 2007, el Secretario General Interino del CIADI registró la Solicitud y notificó a las Demandantes y a la Demandada (las “Partes”) de su registro.
3. Las Partes acordaron renunciar al requisito de nacionalidad contemplado en el Artículo 39 del Convenio del CIADI (el “Convenio”). La Demandada eligió la fórmula prevista en el Artículo 37(2)(b) del Convenio para la constitución del Tribunal. Las Demandantes estuvieron de acuerdo con la elección, sujeto a las disposiciones del Artículo 38 del Convenio.
4. El 18 de diciembre de 2007, las Demandantes nombraron a un nacional de España como árbitro y propusieron la designación de otro árbitro como Presidente del Tribunal. La Demandada rechazó la última propuesta el 28 de diciembre de 2007 y propuso a otro candidato como Presidente. Las Demandantes se opusieron a esta nueva propuesta el 3 de enero de 2008. El 15 de febrero de 2008, la Demandada nombró a un árbitro de nacionalidad argentina y presentó una nueva propuesta para el Presidente del Tribunal. Dado que los árbitros designados por las Partes comparten la nacionalidad de las Demandantes y de la Demandada, respectivamente, conforme al Artículo 39 del Convenio se requería el acuerdo de todas las Partes para confirmar estos nombramientos. El 18 de junio de 2008, las Demandantes rechazaron las dos propuestas de la Demandada.
5. El 29 de septiembre de 2008, las Demandantes retiraron su designación inicial y nombraron como Árbitro al Profesor Pedro J. Martínez-Fraga, nacional de los Estados Unidos de América. El 30 de octubre de 2008, se informó a las Partes de que el Profesor Martínez-Fraga había aceptado su nombramiento.

---

<sup>1</sup> Agreement on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain signed on October 3, 1991.

6. El 18 de diciembre de 2008, la Demandada comunicó que las Partes habían llegado a un acuerdo para aceptar la designación de un nacional de una de las Partes conforme al Artículo 39 del Convenio. El 20 de enero de 2009, las Demandantes solicitaron que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designara a los dos árbitros restantes, uno de los cuales se desempeñaría como Presidente del Tribunal. Por medio de una carta del 13 de febrero de 2009, el Centro confirmó que ante la ausencia de acuerdo entre las Partes, éstas no podrían designar un árbitro de su misma nacionalidad.

7. El 23 de febrero de 2009, la Demandada designó a Sir Ian Brownlie, nacional del Reino Unido, como Árbitro. El 26 de febrero de 2009, el Centro confirmó que Sir Ian Brownlie había aceptado su nombramiento.

8. El 26 de mayo de 2009, la Demandada rechazó una propuesta del Centro para la designación del Presidente del Tribunal, la cual las Demandantes aceptaron. El 9 de junio de 2009, el Centro presentó una nueva propuesta, que las Demandantes aceptaron el 16 de junio de 2009 y que la Demandada rechazó en esa misma fecha. El Centro presentó otra propuesta el 10 de julio de 2009, que ambas partes rechazaron el 17 de julio de 2009.

9. Entonces, el Centro consideró la solicitud anterior de las Demandantes para que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designara al tercer árbitro, que se desempeñaría como Presidente del Tribunal, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI y con la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Por medio de una carta fechada el 30 de julio de 2009, el Centro informó a las Partes que tenía la intención de proponer la designación del Profesor Andreas Bucher, nacional de Suiza y miembro de la Lista de Árbitros del CIADI, como tercer árbitro y Presidente del Tribunal. En una carta adicional de fecha 21 de agosto de 2009, la Secretaria General del CIADI respondió a las objeciones presentadas por la Demandada a la propuesta y concluyó que estas objeciones no eran convincentes.

10. El 25 de agosto de 2009, la Demandada convino en la designación de otro nacional de Suiza que el Centro había sugerido anteriormente y que las Demandantes habían aceptado el 26 de mayo de 2009. Cuando el Centro informó a las Partes que solicitaría la aceptación correspondiente del candidato el 1 de septiembre de 2009, las Demandantes manifestaron que su aceptación anterior ya no era válida y que se oponían a los esfuerzos de la Demandada de que se reemplazara la designación del Profesor Bucher unilateralmente.

11. El 13 de octubre de 2009, se le informó a las Partes que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI había designado al Profesor Andreas Bucher como Presidente del Tribunal. El 16 de octubre de 2009, se le informó a las Partes que el Profesor Bucher, Sir Ian Brownlie y el Profesor Pedro J. Martínez-Fraga habían aceptado sus respectivas



designaciones y que, en consecuencia, el Tribunal quedaba constituido y que el procedimiento comenzaba en esa misma fecha.

12. Con vistas a la primera sesión del Tribunal, que estaba programada para el 16 de diciembre de 2009 en París, las Partes presentaron un acuerdo respecto de varias cuestiones incluidas en la agenda provisional para dicha sesión. Por medio de una carta del 10 de diciembre de 2009, el Tribunal hizo sugerencias adicionales para la consideración de las Partes. Mientras las Partes progresaban en la resolución de cuestiones pendientes, la reunión en París se canceló con la expectativa de que el Tribunal y las Partes alcanzarían dentro de los siguientes días un acuerdo respecto de las cuestiones pendientes incluidas en la agenda provisional.

13. El 3 de enero de 2010, falleció el Árbitro Sir Ian Brownlie. Conforme a la Regla 10(2) de las Reglas de Arbitraje, el procedimiento se suspendió y se invitó a la República Argentina a que designara otro árbitro.

14. El 26 de febrero de 2010, la República Argentina nombró al Profesor Campbell McLachlan QC, nacional de Nueva Zelanda, como árbitro. El 8 de marzo de 2010, el Centro informó a las Partes de que el Profesor McLachlan había aceptado su nombramiento y que por lo tanto, conforme a la Regla 12 de las Reglas de Arbitraje, se reanudaba el procedimiento ese mismo día desde el punto al que había llegado cuando ocurrió la vacante.

15. El 18 de marzo de 2010, las Demandantes presentaron al Centro una Propuesta de Recusación (la "Propuesta") del Profesor McLachlan como Árbitro, conforme al Artículo 57 del Convenio del CIADI. Ese mismo día, el Centro acusó recibo de la Propuesta y declaró que, de conformidad con la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje, se suspendía el procedimiento hasta que se tomara una decisión sobre la Propuesta de Recusación.

16. El 16 de abril de 2010, la Demandada presentó un escrito en respuesta a la Propuesta. Se invitó inmediatamente al Profesor McLachlan a que presentara sus propios comentarios sobre la cuestión, si los tuviera, lo que hizo por medio de una carta de fecha 5 de mayo de 2010. Las Partes presentaron sus respuestas a estos comentarios el 14 de mayo de 2010.

17. Considerada la Propuesta de Recusación presentada por las Demandantes en virtud de la Regla 9(4) de las Reglas de Arbitraje, el Profesor Pedro J. Martinez-Fraga, Árbitro, y el Profesor Andreas Bucher, Presidente, tomaron la decisión de rechazar dicha Propuesta el 12 de agosto de 2010.

18. A partir de la fecha de esta decisión, es decir, a partir del 12 de agosto de 2010, se reanudaron los procedimientos. Por medio de una carta de fecha 18 de agosto de 2010, el

Tribunal planteó cuestiones procesales pendientes. Las Partes confirmaron, por medio de declaraciones respectivas de fecha 2 de septiembre de 2010, que se habían aclarado todas las cuestiones pendientes y que habían llegado a un acuerdo. El 23 de septiembre de 2010, las Partes presentaron ante el Tribunal, tanto en inglés como en español, su Acuerdo sobre los puntos incluidos en la agenda de la primera sesión convocada para el 16 de diciembre de 2009. Por medio de una carta de fecha 27 de septiembre de 2010, el Tribunal aprobó dicho Acuerdo y declaró cerrada la primera sesión.

19. De conformidad con las reglas incluidas en el Acuerdo Procesal y dentro de los plazos establecidos en él y los plazos parcialmente modificados con posterioridad, el intercambio de escritos entre las Partes comenzó con la presentación del Memorial de Demanda de las Demandantes del 27 de enero de 2011. El procedimiento se limitó al análisis de las excepciones a la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal presentadas por la Demandada. En 2011, cada una de las Partes presentó dos escritos sobre estas cuestiones. Los días 6 al 8 de febrero de 2012, se realizó en París una audiencia sobre jurisdicción.

20. La Decisión sobre Jurisdicción del Tribunal se dictó el 19 de diciembre de 2012. En razón de los motivos allí expuestos, el Tribunal resolvió:

1. Rechazar todas las excepciones de la Demandada y declarar que el Centro posee jurisdicción y el Tribunal posee competencia para entender en la presente controversia.
2. Reservar la determinación y la atribución de las costas relacionadas con esta Decisión para una decisión pronunciada por este Tribunal en una etapa posterior del procedimiento.

Dicha Decisión se incorpora por referencia al presente Laudo.

21. Como resultado de dicha Decisión y de conformidad con el Acuerdo de las Partes sobre cuestiones procesales, oportunamente modificado por mutuo acuerdo, el Tribunal procedió a la etapa sobre el fondo del procedimiento. Junto con el primer Memorial de las Demandantes presentado en la etapa de jurisdicción, las Partes presentaron los escritos que se indican a continuación:

- El Memorial de Demanda fue presentado por las Demandantes el 27 de enero de 2011
- El Memorial de Contestación y Demanda Reconvencional de la República Argentina fueron presentados el 29 de mayo de 2013
- El Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional fue presentado el 15 de noviembre de 2013

- El Memorial de Dúplica sobre el Fondo y Réplica Reconvencional de la República Argentina fueron presentados el 25 de marzo de 2014

Cada una de las Partes presentó documentación de respaldo junto con el escrito al que se refería. Los escritos de las Partes se presentaron en español, acompañados por la traducción al inglés. Parte de los documentos adjuntos y citas de doctrina y jurisprudencia se presentaron en inglés, ya sea como originales o como traducciones.

El 1 de octubre de 2014, la Demandada presentó una solicitud de producción de documentos, enumerados en tres listados separados, a saber (1) documentos que la Demandada citó pero omitió presentar como anexos a su Escrito de Dúplica; (2) documentos de índole general, la mayor parte referidos a las circunstancias económicas y sociales relativas al suministro de servicios de agua y cloacas en la República Argentina; y (3) documentos aparentemente faltantes en el archivo de las Demandantes y/o citados por sus Testigos o Expertos, pero nunca presentados. Tras un intercambio de declaraciones entre las Partes, el Tribunal accedió a la solicitud presentada por la Demandada mediante nota del 22 de octubre de 2014, considerando que no se puede negar el acceso a ninguna parte a documentos omitidos a fin de generar sorpresa cuando dichos documentos se presentan poco tiempo antes de la audiencia.

Las Demandantes presentaron mediante carta del 3 de noviembre de 2014, los documentos que les fueron solicitados (tercer listado), en la medida de lo posible. Ese mismo día, la Demandada puso a disposición en su sitio internet los documentos que había sugerido presentar (primer y segundo listado).

En otra solicitud del 3 de noviembre de 2014, la Demandada solicitó la producción del Contrato de Operación Técnica entre CABB y AGBA del 6 de diciembre de 1999. Las Demandantes presentaron este documento por carta del 7 de noviembre de 2014. La Demandada solicitó asimismo que las Demandantes informaran si habían firmado un contrato de seguros en relación con la inversión de AGBA. Las Demandantes respondieron que no habían firmado ningún acuerdo salvo los exigidos según el pliego de condiciones.

22. La audiencia sobre el fondo se realizó en París, del 24 al 28 de noviembre y del 1 al 4 de diciembre del 2014. Los siguientes Testigos habían presentado Declaraciones por escrito, y fueron interrogados en esa ocasión:

- Carlos Cerruti, por las Demandantes
- Eduardo Quijada, por las Demandantes
- Arnoldo Facchinetti, por las Demandantes
- Gustavo Dáscoli, por las Demandantes
- Martin Bes, por la Demandada

- Juan Antonio Hernando, por las Demandantes
- Guillermina María Beatriz Cinti, por la Demandada
- Horacio Seillant, por la Demandada
- Carlos Sergio Cipolla, por la Demandada

23. Los siguientes Expertos habían presentado declaraciones escritas y fueron interrogados en la misma oportunidad:

- José Luis Inglese, por las Demandantes
- Emilio J. Lentini, por la Demandada
- Prof. Dr. Barry Eichengreen, por la Demandada
- Leonardo Giacchino y Richard E. Walck, por las Demandantes
- José Pabo Dapena y Germán Coloma, por la Demandada
- Prof. Dr. Ismael Mata, por la Demandada
- Prof. Dr. Alberto B. Bianchi (Segundo Dictamen), por las Demandantes
- Prof. Dr. Bernardo Kliksberg, por la Demandada
- Prof. Dr. Benedict Kingsbury, por la Demandada

El profesor Dr. Barry Eichengreen y el profesor Dr. Benedict Kingsbury, ambos presentados por la Demandada, fueron interrogados por videoconferencia. Los demás Expertos fueron interrogados en París.

24. Asimismo, hubo algunos Testigos y Expertos que habían presentado declaraciones escritas, pero que no fueron interrogados por el Tribunal. El Experto Alejo Molinari, presentado por la Demandada, ofreció dos declaraciones pero no pudo asistir a la audiencia. El Testigo Eduardo A. Ratti, también presentado por la Demandada, ofreció una declaración pero no se le llamó a comparecer ante el Tribunal. Los expertos de la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS), presentados por la Demandada, presentaron un informe pero no fueron llamados para el contra-interrogatorio, ya que la Demandada renunció a su derecho a que prestaran declaración ante el Tribunal. Las Demandantes no objetaron que el Tribunal considerara la declaración escrita de dichos expertos sin comparecer en la audiencia.

25. La segunda parte de la audiencia se destinó a la presentación de los alegatos de cierre de las Partes. Al concluir la audiencia, la Demandada y las Demandantes manifestaron que no tenían objeciones respecto de la substanciación del procedimiento desde la constitución del Tribunal.

26. La audiencia celebrada en París se grabó, y se elaboraron transcripciones en español (en adelante: TR-S) y en inglés (TR-E). En febrero de 2015 se distribuyó una versión conjuntamente revisada de la transcripción. También se presentaron al tribunal copias de las diapositivas presentadas por las Partes durante la audiencia.

27. Se presentó documentación complementaria después de la audiencia, en cumplimiento con las decisiones tomadas por el Tribunal según el acuerdo entre partes al cierre de la audiencia, según consta en la carta del Tribunal del 5 de diciembre de 2014, a saber:

- Las Demandantes y la Demandada presentaron traducciones al inglés de una serie de anexos el 6 de febrero de 2015, enumerados en un listado elaborado por el Tribunal en la audiencia y adjuntos a dicha carta.
- Escritos respaldados por informes de los respectivos expertos de las Partes ofreciendo una valuación de la Concesión correspondiente al año 2000 y el primer trimestre del año 2001, y julio de 2006, respectivamente, tomando en consideración tres variables: (1) el costo del financiamiento, (2) cobrabilidad (tasa de realización), y (3) ganancias esperadas. Estos escritos fueron elaborados por Leonardo Giacchino y Richard E. Walck por las Demandantes y por José Pabo Dapena y Germán Coloma por la Demandada, y ambos datan del 30 de marzo de 2015.

28. En dicha carta del Tribunal, quedó pendiente de resolución la cuestión de si las partes desearían consultar, a la luz del trabajo futuro, de forma conjunta o mediante informes separados, una vez recibidos estos escritos. Al notar que no se produjo ninguna consulta en cuanto a los pasos a seguir, el Tribunal aceptó la propuesta de la Demandada comunicada por carta del 2 de junio de 2015, y aceptó la posibilidad de que cada una de las partes respondiera al informe presentado por la contraparte mediante carta del 24 de junio de 2015, rechazando así la propuesta de las Demandadas comunicada mediante carta del 11 de junio de 2015 de no solicitar nuevos informes y, de ser necesario, convocar a una nueva audiencia en el futuro. El Tribunal dejó abierta la posibilidad de proceder de igual manera respecto a la Contrademanda planteada por la Demandada. El Tribunal mantuvo esta directiva en la carta de fecha 7 de julio de 2015, al responder a las excepciones planteadas por las Demandantes en su carta del 3 de julio de 2015. Reservó asimismo la posibilidad de un segundo intercambio adicional de presentaciones de los expertos en respuesta a los escritos contemplados en la carta del Tribunal del 24 de junio de 2015. Este intercambio contenía dos elementos fundamentales: Los escritos de los expertos en valuación y regulatorios presentados el 30 de julio ( por las Demandantes) y el 31 de julio ( por la Demandada) de 2015, seguidos por una respuesta adicional de los Expertos de las Demandantes a presentarse el 30 de septiembre de 2015 y por los Expertos de la Demandada el 13 de noviembre de 2015.

29. A la luz de estos varios escritos, el Tribunal utilizará abreviaturas para cada informe, de la siguiente manera:

- Los Informes de Leonardo Giacchino y Richard E. Walck, presentados por las Demandantes, se citarán como Giacchino/Walck I, II, III, IV y V, en referencia al orden en que fueron presentados, el 27 de enero de 2011, el 15 de noviembre de 2013, el 30 de marzo, el 30 de julio y el 30 de septiembre de 2015.
- Los Informes de José Pabo Dapena y Germán Coloma, presentados por la Demandada, se citarán como Dapena/Coloma I, II, III, IV y V, en referencia al orden en que fueron presentados, el 29 de mayo de 2013, el 25 de marzo de 2014, el 30 de marzo, el 31 de julio y el 13 de noviembre de 2015.

El Tribunal adoptará el mismo método en relación con todas las demás declaraciones testimoniales y dictámenes de expertos, que se citarán por el nombre de su autor seguido de “I” o “II” (o “III”, en el caso del Experto Bianchi), según si la declaración se presentó con el primero o el segundo escrito de la Parte que corresponda, en relación con el procedimiento de fondo. El dictamen de los expertos de la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS) se citará utilizando el nombre de la Universidad.

30. Tal como se acordó al finalizar la audiencia, las Demandantes y la Demandada, respectivamente, elaboraron cada una de ellas un escrito posterior a la audiencia, ambos de fecha 31 de marzo de 2015.

31. El 24 de agosto de 2012, las Partes presentaron ante el Tribunal declaraciones de los costos en los que incurrieron en este procedimiento en relación con la etapa de jurisdicción. Asimismo, el 29 de febrero de 2016, presentaron declaraciones respecto de la etapa de fondo del procedimiento, seguidas por un breve escrito de la Demandada sobre costas, presentado el 11 de marzo de 2016, y la respectiva respuesta de las Demandantes presentada el 18 de marzo de 2016.

32. El Tribunal deliberó el 5 de diciembre de 2014 y del 19 al 21 de enero de 2016.

33. El Tribunal declaró el cierre del procedimiento el 17 de agosto de 2016.

#### B. Breve reseña de la controversia

34. En muy pocas palabras, la disputa sometida al Tribunal se refiere a una Concesión de servicio de agua y cloacas a ser provisto en el Gran Buenos Aires. La Concesión fue adjudicada a inicios del año 2000 a Aguas Del Gran Buenos Aires S.A. (AGBA), una Empresa creada por inversionistas y accionistas extranjeros, entre ellos, las Demandantes en este procedimiento. Las Demandantes manifiestan haber encontrado numerosos obstáculos creados por las autoridades provinciales, que tornaron extremadamente difícil

operar la Concesión de forma eficiente y confiable. La Concesión estaba prácticamente trabada cuando la Argentina sufrió la crisis económica que se inició a mediados de 2001, que culminó con las medidas de emergencia adoptadas en enero de 2002, entre ellas, la conversión 1 a 1 de dólares estadounidenses a pesos, a pesar de que, para entonces, el valor del peso se había depreciado más de dos tercios. Los reiterados pedidos de AGBA de que se determinaran nuevamente las tarifas y se llevara a cabo una revisión exhaustiva de la Concesión fracasaron ante la falta de un verdadero compromiso por parte de la Provincia de llevar a buen puerto el proceso de renegociación. Motivos de índole política asociados al destino de otras concesiones finalmente llevaron a la Provincia a rescindir la Concesión de AGBA en julio de 2006. Este fue tan solo el cierre de un largo proceso caracterizado por el claro y persistente desinterés por parte de la Provincia en los intereses de los accionistas de AGBA, que se reflejaron en varias violaciones por parte de la República Argentina de los Artículos III, IV y V del TBI Argentina-España.

35. El Petitorio de las Demandantes se incluye en su Memorial de Demanda, y fue luego modificado en su Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvenicional, de la siguiente manera:

“A) Con referencia a la demanda presentada por CABB y URBASER,

1. La declaración de que la República Argentina ha infringido las disposiciones del Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones firmado por la República Argentina y el Reino de España el 3 de octubre de 1991 y, en particular, que ha infringido los siguientes preceptos del citado Acuerdo: el Artículo III.1 que impone la obligación de protección de las inversiones extranjeras y prohíbe la adopción de medidas injustificadas o discriminatorias, el Artículo IV.1 que impone la obligación de tratar justa y equitativamente las citadas inversiones y el Artículo V, que prohíbe la expropiación ilícita y discriminatoria de las inversiones extranjeras e impone la obligación de indemnizar al inversor en caso de expropiación o adopción de medidas de características o efectos similares.

2. La condena a la República Argentina a indemnizar a CABB y URBASER por los perjuicios causados por los citados incumplimientos y, en consecuencia, la condena a la República Argentina a abonar los siguientes importes:

2.1 A favor de URBASER, S.A., la cantidad de US\$ 152.798.862 (CIENTO CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA);

2.2 A favor de CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAJA, BILBAO BIZKAIA UR PARTZUERGOA, la cantidad de US\$ 163.619.810 (CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS DIECINUEVE MIL OCHOCIENTOS DIEZ DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).

2.3 Los intereses devengados por las cantidades expresadas en los apartados 2.1 y 2.2 anteriores a un tipo de interés compuesto del 15% (QUINCE POR CIENTO), computado desde del 15 de noviembre de 2013 hasta la fecha en que se realice el abono.

3. La condena a la República Argentina a efectuar cualquier otra reparación adicional de los daños causados a los Demandantes, considerada justa y apropiada por el Tribunal.

4. La imposición a la República Argentina de la costas causadas en el presente arbitraje, incluyendo los derechos del Centro, les honorarios y costes del Tribunal Arbitral y los costes legales, periciales y de otro tipo generados a los Demandantes por el presente arbitraje, bajo el criterio de íntegro indemnización.

La petición de indemnización y abono de intereses comprende lo que resulte de las probanzas de este procedimiento y estime pertinente el Tribunal Arbitral.

Los inversores Demandantes se reservan expresamente el derecho a complementar, adicionar o modificar las peticiones formuladas en este escrito en atención a las circunstancias consideradas durante el curso del procedimiento arbitral de conformidad con lo establecido en el Artículo 46 del Convenio CIADI.

Subsidiariamente, los Demandantes se reiteran en su integridad las peticiones formuladas en el Memorial de demanda de fecha 27 de enero de 2011, manteniendo las cuantías por indemnización y devengo de intereses fijados en el citado Memorial.

B) Con referencia a la demanda reconvenicional presentada por la República Argentina, se solicita que el Tribunal proceda a rechazarla en su integridad, imponiendo a la Demandada reconviniente la condena al pago de todas las costas y gastos causados por la citada demanda reconvenicional, bajo el criterio de íntegra indemnización.”

36. La Demandada niega todos los reclamos presentados al Tribunal por las Demandantes. La Demandada rechaza todos los argumentos presentados por las Demandantes en relación con supuestas violaciones del Contrato de Concesión por parte de las autoridades de Argentina, que, en todo caso, exceden la competencia de este Tribunal. Las dificultades que enfrentó la Concesión se debieron, en gran parte, a una gestión deficiente por parte de AGBA y sus accionistas, tal como quedó demostrado en la incapacidad de regularizar la cobranza a los usuarios de la red. Asimismo, un factor quizá aún más importante fue que la Concesión se vio fundamentalmente afectada por el incumplimiento de las obligaciones de los inversores, cuando se confirmó que no se habían tomado medidas eficientes para realizar siquiera las inversiones mínimas durante los primeros años de la Concesión, ya sea con recursos de terceros o de los mismos accionistas. Tras un año y medio de funcionamiento, AGBA se vio obligada a admitir su



incapacidad de cumplir los compromisos asumidos ante la expansión de la red. Al no subsanarse jamás esta situación, a pesar de la asistencia de la Provincia durante un proceso de renegociación que se extendió por más de un año, no había otra alternativa que rescindir el Contrato de Concesión. La República Argentina presentó una Demanda reconvenional por el supuesto incumplimiento de las Demandantes del compromiso de realizar las inversiones necesarias en la Concesión, en violación de los deberes y obligaciones que impone el derecho internacional en virtud del derecho humano al agua.

37. El Petitorio de la Demandada aparece en su Memorial de Contestación y de Dúplica, al igual que en su Escrito Posterior a la Audiencia, que contiene la última redacción de este Petitorio, donde se solicita al Tribunal que:

- “(a) rechace todas y cada una de las pretensiones de las Demandantes;
- (b) haga lugar a la Demanda Reconvenional de la Argentina, le otorgue una indemnización más intereses anteriores y posteriores al Laudo desde que se ocasionaron los daños a la Argentina y hasta el momento del efectivo pago;
- (c) otorgue a la Argentina todo otro remedio que el Tribunal considere justo; y
- (d) ordene a las Demandantes pagar todos los gastos y las costas que surjan de este procedimiento arbitral”.

## **II. El área de Concesión**

38. Los escritos de ambas partes describen el desarrollo histórico de los servicios de agua y cloacas en la Argentina, que llevaron a un largo proceso de privatización, parte de lo cual cubrió el área de Concesión adjudicada a AGBA. A continuación se describen los elementos más sobresalientes.

### **A. La situación previa a la privatización**

39. Antes de los años ochenta, el Gobierno Nacional de la República Argentina brindaba el servicio de agua y cloacas a través de Obras Sanitarias de la Nación (OSN). Cuando el financiamiento del presupuesto federal pasó a estar sujeto a graves restricciones, los servicios provistos por OSN comenzaron a tener grandes dificultades. El 1 de enero de 1980, el Gobierno Nacional impulsó la descentralización del servicio a las provincias, algunas de las cuales, a su vez, lo delegaron a las municipalidades. Las transferencias no se vieron acompañadas de un incremento en los fondos provinciales y, como resultado de ello, la transferencia no constituyó una solución adecuada a la necesidad de mejora del servicio y expansión de las redes de agua y cloacas.

40. En julio de 1996, un Informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) (CU-9) describió la situación jurídica, institucional, operativa y económica que exhibe el sector de agua potable y saneamiento en Argentina como traumática.<sup>2</sup> La infraestructura del servicio era extremadamente deficiente. La calidad del servicio de suministro de agua había caído considerablemente y se había superado la capacidad de las plantas de tratamiento, lo cual empeoraba aún más el problema de contaminación ambiental.

#### B. Promoción de las privatizaciones en el ámbito nacional y provincial

41. Argentina alentó la participación del sector privado desde inicios de los años noventa, porque solo el sector privado contaba con la capacidad técnica y financiera necesaria para realizar las grandes inversiones que permitirían mejorar la prestación y expansión de los servicios. Se esperaba que el sector privado garantizara los niveles de cobertura, calidad y eficiencia y garantizara el acceso al servicio a un sector mucho más amplio de la población.

42. En el ámbito nacional, se implementaron incentivos para generar la certeza y confianza necesarias para atraer inversores privados y extranjeros. A partir de 1989, se implementaron grandes cambios, fundamentalmente como resultado de la Ley Nro. 23697 del 1 de septiembre de 1989 (la “Ley de Emergencia Económica”) y la Ley Nro. 23760 del 7 de diciembre de 1989 (la “Ley de Impuesto sobre los Activos”), que, fundamentalmente, disponían el trato igualitario entre inversores nacionales y extranjeros, derogaban el sistema de “compre producto nacional”, eliminaban el impuesto a las ganancias extraordinarias y garantizaban el derecho de los inversores de repatriar sus inversiones y las ganancias obtenidas a sus países de origen. Asimismo, se celebraron tratados de doble imposición y acuerdos para la promoción y protección de las inversiones. A inicios de los años noventa, la República Argentina firmó varios Tratados Bilaterales de Inversión o TBI, entre ellos, el Acuerdo con España, celebrado el 3 de octubre de 1991. El 21 de mayo de 1991, la República Argentina firmó el Convenio del CIADI. La República Argentina creó la Agencia de Desarrollo de Inversiones (ADI) que comenzó a funcionar en el año 2006 como Agencia Nacional de Desarrollo de Inversiones (ANDI). De lo anterior se desprende que se implementó un marco jurídico extremadamente favorable para promover el flujo de capitales. Las Demandantes alegan que esto despertó la confianza de los inversores extranjeros, en general, y de CABB y URBASER, en particular.

43. El proceso de privatización incluyó, en particular, a las empresas de servicios públicos, entre ellas, OSN. OSN fue una de las primeras empresas en ser privatizadas. La primera característica de la transformación de la empresa fue la segregación de las funciones de prestación del servicio de las funciones de regulación y control. La segunda

---

<sup>2</sup> Informe, pág. 142.

característica fue la definición de nuevas metas de gestión del servicio y la creación de un nuevo sistema regulatorio que conduciría a la incorporación de proyectos del sector privado.

44. La privatización de OSN por parte del Gobierno se basó en un contrato que representó la concesión más grande del mundo, con una superficie aproximada de 280.000 hectáreas y una población de aproximadamente 9 millones de habitantes. El 9 de diciembre de 1992, se adjudicó la Concesión a un consorcio liderado por las empresas francesas Suez Lyonnaise des Eaux y Vivendi, que juntas crearon *Aguas Argentinas S.A.* que actuaría como concesionaria. El contrato de concesión se firmó el 28 de abril de 1993. Suez, AGBAR y Vivendi presentaron una solicitud de arbitraje ante el CIADI que se registró el 17 de julio de 2003 (ARB/03/19). El 21 de marzo de 2006, el Gobierno Argentino rescindió la concesión de Aguas Argentinas (Decreto N.º 303/06, CU-19) y, a partir de entonces, el servicio pasó a manos de Aguas y Saneamientos Argentinos S.A. (90% propiedad del Estado y 10% propiedad de los empleados de la exOSN).

45. Al hacerse cargo de los servicios transferidos en 1980, las provincias optaron por distintas alternativas para su funcionamiento. Algunas provincias optaron por transferir la gestión del servicio a autoridades de jurisdicciones más pequeñas. Otras optaron por delegarla al control de un ente provincial.

46. La Provincia de Tucumán fue una de las primeras provincias en poner en marcha la privatización de sus servicios de agua y cloacas. El 26 de diciembre de 1994, se adjudicó la concesión al consorcio Aguas del Aconquija, cuyo principal accionista era *Compagnie Générale des Eaux*. El contrato se celebró con *Aguas del Aconquija S.A.* el 18 de mayo de 1995. La concesionaria envió su notificación de rescisión el 17 de agosto de 1997, un mes antes de que el concedente emitiera un decreto declarando la rescisión anticipada de la concesión, el 10 de septiembre de 1997. El 7 de octubre de 1998, el servicio pasó a mano de entes estatales. Aguas del Aconquija S.A. y *Compagnie Générale des Eaux* presentaron una solicitud de arbitraje ante el CIADI (ARB/97/3)<sup>3</sup>.

47. En la Provincia de Santa Fe, se adjudicó una concesión el 30 de agosto de 1995 a un consorcio liderado por *Lyonnaise des Eaux S.S.*, hoy, SUEZ. La empresa *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A.* fue constituida por los miembros del consorcio y firmó el contrato en calidad de concesionaria el 27 de noviembre de 1995. En mayo de 2005, la concesionaria solicitó la rescisión anticipada del contrato, que tuvo lugar en enero de

---

<sup>3</sup> En un Laudo del 17 de noviembre de 2000 se desestimaron las reclamaciones de las demandantes, pero dicho Laudo fue anulado en parte por una Decisión del 3 de julio de 2002. El caso replanteado concluyó con un Laudo dictado el 20 de agosto de 2007 (conocido como “Vivendi II,” CUL-6), en el cual se determinó que la República Argentina había violado los principios de trato justo y equitativo y que la Argentina había adoptado medidas de expropiación ilícitas, y se le ordenó pagar USD 105 millones. Se presentó una solicitud de anulación del Laudo, que fue desestimada mediante decisión del 10 de agosto de 2010 (CUL-7).

2006, y los servicios se transfirieron a Aguas Santafesinas S.A., constituida mayormente por accionistas del sector público. Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. y algunos integrantes del consorcio presentaron una solicitud de arbitraje ante el CIADI (ARB/03/17)<sup>4</sup>.

48. En junio de 1998, en la Provincia de Mendoza, la principal prestadora era *Obras Sanitarias de Mendoza*, el servicio se transfirió a un consorcio liderado por Saur International y Azurix-Enron. El contrato de concesión se rescindió el 27 de septiembre de 2010 y se hizo cargo del servicio una empresa pública. Azurix presentó un reclamo ante el CIADI, registrado el 8 de diciembre de 2003 (ARB/03/30); este procedimiento se abandonó el 18 de junio de 2012. Saur presentó un reclamo registrado el 27 de enero de 2004 (ARB 04/4). Se dictó un Laudo el 22 de mayo de 2014, pero el procedimiento de anulación aún se encuentra pendiente de resolución.

49. En la Provincia de Córdoba, se adjudicó una concesión en abril de 1997 a un consorcio liderado por Suez-Lyonnaise des Eaux, que constituyó *Aguas Cordobesas S.A.* Se registró una solicitud de arbitraje ante el CIADI el 17 de julio de 2003 (ARB/03/18). En diciembre de 2005, el gobierno aprobó la renegociación del contrato. El arbitraje concluyó el 24 de enero de 2007, cuando Suez y AGBAR dejaron la concesionaria.

50. En la Provincia de Catamarca, la concesión del servicio de aguas se adjudicó a un consorcio conformado por Fomento de Construcciones y Contratas (FCC) y Vivendi, que constituyeron *Aguas del Valle S.A.* La concesionaria y la Provincia acordaron rescindir el contrato en diciembre de 2004. El 1 de abril de 2008, una empresa con participación mayoritaria estatal se hizo cargo del servicio.

51. En síntesis, en los años noventa sucedieron las privatizaciones de servicios de agua y cloacas del Gobierno Federal y las Provincias, con un papel preponderante de empresas extranjeras. Más adelante, se produjo el proceso inverso, y distintas entidades estatales se hicieron cargo del servicio. Muchos de los inversores extranjeros que participaron en este proceso más adelante decidieron recurrir a los mecanismos de resolución de controversias contemplados en los respectivos TBI.

## C. La licitación en la Provincia del Gran Buenos Aires

### 1. *Región B*

52. La Provincia de Buenos Aires tiene una superficie de 307.571 km<sup>2</sup>, que representa el 8,2% de la superficie total de la República Argentina. El área del Gran Buenos Aires

---

<sup>4</sup> En ese arbitraje, se dictó una decisión sobre responsabilidad el 30 de julio de 2010, en donde se determinó que la República Argentina había incumplido sus obligaciones de brindar trato justo y equitativo a los inversores, desestimándose así el argumento del estado de necesidad (CUL-8).

incluye el Gran Buenos Aires y los Suburbios de la ciudad. La capital de la Provincia es la ciudad de La Plata. Hasta 1980, Obras Sanitarias de la Nación (OSN) administraba las redes principales de la Provincia de Buenos Aires, mientras que *Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires* (OSBA) estaba a cargo del resto del territorio provincial. Más adelante, OSBA se convirtió en la Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires (AGOSBA).

53. En 1996, la Provincia de Buenos Aires lanzó un proceso de privatización del servicio de agua potable y cloacas provisto por AGOSBA, y, a tal fin, aprobó la Ley N.º 11.820 el 17 de julio de 1996 (CU-21, R-62). La Ley se dividía en dos partes, a saber, el “Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Públicos de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Provincia de Buenos Aires” (Anexo I) y las “Condiciones Particulares de Regulación para la Concesión de los Servicios Sanitarios de Jurisdicción Provincial” (Anexo II). El Artículo 3 de la Ley autorizaba la adjudicación de una concesión por hasta 30 años de los servicios prestados hasta entonces por AGOSBA. Asimismo, la ley creaba un nuevo Organismo Regulador, el Organismo Regulador Bonaerense de Aguas y Saneamiento (ORBAS), trazando así una distinción entre el Concedente y la autoridad a cargo del control y la regulación del contrato de concesión.

54. A los fines de la privatización, el servicio prestado por AGOSBA se agrupó en regiones para diferenciar distintas unidades de negocios. El territorio, que comprendía 56 distritos, se dividió en tres regiones, A, B y C, la última de las cuales se dividió a su vez en cuatro subregiones (C1, C2, C3 y C4). El concedente era la Provincia de Buenos Aires. Las áreas de concesión se definieron en el Anexo 6 del Pliego de Condiciones (CU-23, RA-59) aprobado mediante Decreto Provincial N.º 33/99 del 15 de enero de 1999 (CU-24, RA-61), modificado por el Decreto Provincial N.º 1177/99 (RA-80), que incorporó el Anexo 13 (RA-59).

55. La licitación se realizó utilizando un sistema de dos sobres, y se dividió en la presentación de una oferta de precalificación (Sobre 1) y la presentación de una oferta económica (Sobre 2). Los oferentes debían contar con un operador calificado con suficiente experiencia, y capacidad técnica y financiera. El llamado a presentar ofertas se realizó el 25 de enero de 1999, y se difundió en el país y en el extranjero. Siete entidades, todas ellas consorcios, presentaron su oferta de precalificación (Sobre 1). Todas ellas fueron aceptadas, el 6 de abril de 1999, y se les invitó a presentar la oferta económica (Sobre 2). Cuatro de ellas lo hicieron, y se presentaron ofertas económicas para distintas combinaciones de las tres áreas. CABB y URBASER ofertaron por las regiones A y B, y ningún oferente presentó ofertas solo por la región B. La Región A y las subregiones C1, C2, C3 y C4 fueron adjudicadas al consorcio adjudicatario conformado por Azurix Agosba SRL y Operadora de Buenos Aires SRL (ambas subsidiarias indirectas de Azurix). Dichas Regiones pasaron a ser el Área de Concesión 1, conformada por 54 distritos. Las oferentes constituyeron *Azurix Buenos Aires S.A.* (Azurix), que pasó a ser

la concesionaria. La concesión se adjudicó por un canon de ARS 438,5 millones (Decreto N.º 1695/99 del 22 de junio de 1999, RA-81). La Provincia rescindió el contrato de concesión el 15 de marzo de 2002. El 13 de marzo de 2002, se creó la empresa *Aguas Bonaerenses S.A.* (ABSA), que se hizo cargo de la prestación de los servicios sanitarios en el Área 1 (Decreto N.º 517/02 del 13 de marzo de 2002, CU-211, RA-241, ratificado por Ley N.º 12.989 del 11 de febrero de 2003<sup>5</sup>). Se presentó una solicitud de arbitraje el 19 de septiembre de 2001, y el procedimiento concluyó con el dictado de un laudo el 14 de julio de 2006<sup>6</sup>.

56. Dado que ningún oferente había presentado ofertas únicamente por la región B, se fijó una nueva fecha para la presentación de ofertas por la región B. El único oferente en presentar ofertas por la región B fue un consorcio conformado por CABB, Sideco Americana S.A., Impregilo SpA, e Iglys S.A., una subsidiaria de Impregilo SpA. Mediante la Resolución N.º 256/99 del 9 de septiembre de 1999 (RA-82) se preadjudicó la región al consorcio, y mediante el Decreto N.º 2907/99 del 18 de octubre de 1999<sup>7</sup> se ratificó la preadjudicación. La Región B comprendía 7 distritos, a saber, Escobar, José C. Paz, General Rodríguez, Malvinas Argentinas, Merlo, Moreno, y San Miguel. Finalmente, la Región B se adjudicó a este consorcio el 7 de diciembre de 1999. Se transformó en el Área 2 de la Concesión. La toma de posesión tuvo lugar el 3 de enero de 2000.

## 2. Información de los oferentes

57. Cuando se adjudicó a AGBA la Concesión por la Región B, la mayor parte de la población de esta Región de aproximadamente 1,7 millones de habitantes eran de bajos ingresos. Solo el 35% tenía servicio de agua potable, y el porcentaje de habitantes con servicios cloacales era del 13%. La meta establecida para los primeros cinco años de la Concesión era el 74% de agua potable y el 55% de servicios de cloacas.

58. La Provincia había contratado a Schroders Argentina S.A. (“Schroders”) como asesor en la privatización de AGOSBA. Su principal tarea era presentar a los posibles inversores un informe indicando criterios tales como inversiones, riesgos crediticios y ubicación geográfica (“Informe Schroders”, CU-10, RA-174, 262). El Informe indicaba que representantes de AGOSBA elaborarían una serie de presentaciones, mientras que el Gobierno había establecido un centro de datos o *data room* en la ciudad de La Plata. El Artículo 2.4 del Pliego de Condiciones establecía asimismo, en las secciones relevantes, que los participantes tendrían acceso a toda la información disponible respecto de OSBA y el servicio, que la Comisión de Privatización coordinaría con los participantes visitas a

---

<sup>5</sup> Anexo 232 a Giacchino/Walck I.

<sup>6</sup> *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/12 (CUL-13, ALRA-132). Se presentó una solicitud de anulación que fue desestimada el 1 de septiembre de 2009 (CUL-14, ALRA-56).

<sup>7</sup> Anexo 70 a Giacchino/Walck I.

las instalaciones y a las plantas, y que en el *data room* los participantes tendrían acceso a toda la documentación necesaria para su consulta. Asimismo, la Comisión de Privatización también distribuiría Circulares Informativas. De igual manera, el Artículo 2.5 establecía que los participantes podían formular preguntas y solicitar aclaraciones, y que las respuestas se comunicarían a todos los participantes mediante circulares. No obstante, ello se encontraba sujeto a una reserva, tal como surge del siguiente párrafo:

“La Comisión de Privatización tenderá a responder todas las preguntas que se formulen. Sin embargo, si en virtud de la cantidad o complejidad de consultas efectuadas ello no fuera posible, dicho órgano estará facultado para responder sólo aquellas preguntas que considere de mayor relevancia general, sin que los Participantes puedan formular reclamo alguno por la falta de contestación de sus consultas”. (Se omitió la nota al pie)

59. El Artículo 1.5.2 del Pliego de Condiciones establecía que al presentar ofertas, el oferente asumía plena responsabilidad por la suficiencia de su oferta y confirmaba que había llevado a cabo todas las investigaciones necesarias para garantizar que su oferta fuera completa, y que había tenido acceso adecuado a la información necesaria a los fines de elaborar su oferta.

60. En la especie, las Partes discrepan radicalmente respecto del estado y el funcionamiento de la red al momento de la oferta y antes de la toma de posesión. Estas cuestiones se analizarán en el presente Laudo. A continuación se abordan únicamente algunos aspectos importantes respecto de los servicios tal como fueran presentados en 1999, durante la licitación.

#### D. AGBA como Concesionaria

61. El Pliego de Condiciones disponía la obligación de constituir una sociedad con el fin último de hacerse cargo de la Concesión. El operador debía ser titular de una participación no menor del 20% en el capital y votos del concesionario. El 10% del capital se distribuyó entre aquellos empleados que decidieron participar en el Programa de Participación Accionaria del Personal (PPAP).

62. De conformidad con los requisitos establecidos, los oferentes constituyeron *Aguas del Gran Buenos Aires S.A.* (AGBA) el 2 de diciembre de 1999 (CU-25), con un capital de USD 45.000.000, integrado y pagado en su totalidad por los accionistas de AGBA, incluido el 10% cubierto por el PPAP. Si bien URBASER no había integrado el consorcio que presentó la oferta, adquirió acciones de AGBA poco tiempo después de constituirse la Sociedad, y con anterioridad a la Toma de Posesión. URBASER S.A. suscribió y adquirió acciones de AGBA de forma directa a través de Urbaser Argentina S.A., su sociedad vinculada 100% argentina, y Dycasa S.A., otra empresa del mismo grupo. Tras esta

incorporación, el capital accionario se dividió entre URBASER (27,4122%), CABB (20%), Impregilo (42,5878%) y PPAP (10%).

63. El 7 de diciembre de 1999, AGBA firmó el Contrato de Concesión con la Provincia de Buenos Aires y pagó el canon de USD 1.260.000. También pagó honorarios al Asesor Financiero por la suma de USD 1.236.788. De esta manera, AGBA se convirtió en la Concesionaria del servicio de suministro de agua potable y servicios cloacales en la región B (Área 2) de la Provincia de Buenos Aires. Se hizo cargo del servicio el 3 de enero de 2000.

64. El Tribunal señala que esta Concesión dio lugar al presente arbitraje y a otro procedimiento arbitral instituido por *Impregilo*, en el marco del cual se dictó un laudo de fecha 21 de junio de 2011<sup>8</sup>.

#### E. Características de la vida económica y social en el área de la Concesión

##### 1. *Aspectos generales*

65. Los expertos de la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS) analizaron datos recabados entre 2001 y 2010 a fin de examinar la situación socio-ambiental de la Región B, ubicada en el norte de la Región Metropolitana de Buenos Aires. Señalaron que gran parte de la población no tiene acceso a servicios de agua de red o redes cloacales. La mayoría de los habitantes han adoptado sus propias soluciones caseras a través de pozos individuales y la construcción de pozos sépticos. No obstante, no todos pueden contar con pozos con la profundidad y el tamaño suficientes para poder alcanzar al acuífero más profundo, que es el menos contaminado. Esto significa que los problemas ambientales y de salud son más graves para la población de más bajos ingresos, que vive en una situación de extrema debilidad personal y social. Están expuestos a un mayor riesgo sanitario debido a las deficiencias y la falta de servicios de agua y cloacas. En la Región B, la población con el mayor riesgo sanitario está asentada fundamentalmente en zonas periféricas alrededor de los centros urbanos de Merlo, Moreno y Escobar, y fundamentalmente en los distritos de José C. Paz, Malvinas Argentinas y el oeste del distrito de San Miguel.

66. La Demandada aduce que la Provincia necesitaba adjudicar la Región B a inversores dispuestos a ampliar las redes de agua y cloacas en una de las áreas más abandonadas de la Argentina, con menores índices de cobertura. Los municipios de la Provincia de Buenos Aires tienen los niveles más altos de pobreza. En algunos de los municipios dentro del área de la Concesión, el 56,6% de la población se encontraba debajo de la línea de pobreza. De 1,6 millones de personas del área de Concesión, en 1998

---

<sup>8</sup> *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/07/17, Laudo del 21 de julio de 2011 (LARA-77, CUL-126). Se presentó una solicitud de anulación que fue desestimada el 24 de enero de 2014.



solo 565.000 tenían suministro de agua potable (135.000 usuarios, o un 35%) y 215.000 tenían servicios de cloacas (60.000 usuarios, o el 13%)<sup>9</sup>. El experto Lentini señala que estos niveles de cobertura se encontraban entre los más bajos de las áreas urbanas y suburbanas de la Argentina<sup>10</sup>, en tanto que el Experto Kliksberg señala que se encontraban significativamente por debajo de los índices de la mayor parte de los países de Latinoamérica<sup>11</sup>.

67. La Región B era un área desfavorecida dado que la Concesión incluía porcentajes de la población con un Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) superior al promedio en esa área. Se cumple esta condición cuando se da alguno de los siguientes factores: (1) hacinamiento en cuartos, (2) déficit habitacional, (3) falta de toilette dentro de la vivienda, (4) niños pequeños que no asisten a la escuela, (5) baja capacidad de subsistencia. En tanto que la cifra exacta varía de un observador a otro, la realidad parecería reflejarse a porcentajes más cercanos al 25%<sup>12</sup>.

68. Algunos estudios realizados en ese momento indican falta de agua potable o agua potable de mala calidad, inundaciones, recolección inadecuada de desechos sólidos, contaminación atmosférica y degradación del suelo. La falta de acceso a agua potable y servicios de cloacas era una de las causas fundamentales del alto índice de enfermedades en la población, con un impacto aún mayor en los niños pequeños. Existe una fuerte correlación entre los problemas sociales y las cuestiones ambientales.

69. La necesidad imperiosa de ampliar la red de agua potable y servicios de cloacas era uno de los objetivos primordiales de la Concesión y comportaba un alto riesgo para quien resultara adjudicatario de la Concesión. El alto índice de NBI y los bajos niveles de cobertura del servicio requerían un importante plan de inversiones por parte de la Concesionara para poder mejorar los porcentajes de cobertura de servicio lo más rápidamente posible. Para poder llevar a cabo esta tarea, era esencial que la Concesionaria obtuviera financiamiento.

70. Las Demandantes no objetan esta presentación de las condiciones socio-económicas al momento de realizarse la licitación. Aducen que ellas adoptaron medidas adecuadas para subsanar la baja cobertura de la población de servicios de agua y cloacas. En efecto, en los primeros dos años del plazo de la Concesión, AGBA duplicó el número

---

<sup>9</sup> Lentini I, párr. 31.

<sup>10</sup> Lentini I, párr. 32.

<sup>11</sup> Kliksberg I, párr. 27.

<sup>12</sup> El Informe de la Universidad Nacional de General Sarmiento indica una cifra promedio de aproximadamente 23% (párr. 61). Para el Experto Kliksberg, el índice representa aproximadamente un cuarto de la población (I, párrs. 30, 89). El Testigo Hernando indicó un 23,2% (TR-S, Día 3, pág. 634/9-10). En su nota del 17 de julio del 2001 (CU-135, RA-192), AGBA admitió que la Concesión comprendía “un área caracterizada socioeconómicamente por un índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) del orden del 25% y una tasa de desocupación sensiblemente superior a la media del País”.

de usuarios atendidos. En el primer año de la Concesión, AGBA superó los objetivos y los compromisos asumidos. A finales del año 2000, AGBA ya había cumplido el objetivo planteado para el primer quinquenio en cuanto a normalización de presión del agua, y había efectuado una ampliación de la red mediante la cual se agregaron 50.000 usuarios, llegando a un total de 158.000 usuarios a fines del 2000. En 2001, AGBA cumplió con el plan de obras en la misma medida en que su Concedente cumplió sus otros compromisos. Si bien la Provincia no había cumplido con sus obligaciones de construir las plantas UNIREC, AGBA amplió la red mediante la incorporación de otros 31.000 usuarios antes de fines de 2001. Con esto se totalizaron 83.800 altas de servicio en los primeros dos años de la Concesión, frente a las 66.500 altas requeridas. En síntesis, durante este período, AGBA cumplió sus obligaciones contractuales e invirtió más de 45 millones de dólares para tal fin.

## 2. *Período 1998-2002*

71. La Demandada explica que, a partir de 1998, las condiciones de vida de los argentinos se deterioraron gravemente. A pesar de los esfuerzos de la República Argentina por mitigar la crisis, sus consecuencias eran inevitables. El período 1998-2002 se caracterizó por el deterioro gradual del Estado en cuanto al cumplimiento de las obligaciones de seguridad y salud. El incremento en la violencia y la sensación generalizada de temor en la población era notorio. Las consecuencias de la crisis eran inevitables, no solo en el campo de la economía, sino también en lo social e institucional. Los hechos dramáticos de diciembre de 2001 llevaron a una situación sanitaria crítica, con efectos que aún perduran.

72. Desde el inicio de la recesión, más del 50% de la población cayó bajo la línea de pobreza y más del 20% era indigente<sup>13</sup>. La cantidad de personas que cayeron bajo las líneas de pobreza y de indigencia en la última década se incrementó lentamente de 1998 a 2002. Los indicadores de pobreza e indigencia alcanzaron los niveles más altos de la historia de la Argentina, alcanzando en octubre el 54,3% y el 24,7%, respectivamente, de la población urbana. Un cuarto de la población no podía acceder a los alimentos básicos para garantizar su subsistencia. En octubre de 2002, tres de cada cuatro niños menores de 18 años se encontraban bajo la línea de pobreza, en tanto que el 42,7% eran indigentes. En el país, más de 2,7 millones de niños no recibían las calorías necesarias para realizar “actividad moderada”. La situación era aún más grave en las provincias.

73. En octubre de 2001, el índice de desempleo era del 18,3% y, seis meses más tarde, había alcanzado un 21,5%, lo que representaba más de 3 millones de personas, a lo cual había que agregar 2,5 millones de personas subempleadas. El subempleo alcanzó un pico del 21,5% en mayo de 2002. En junio de 2002, la Argentina era el país con el cuarto

---

<sup>13</sup> Ver Kliksberg I, párr. 73.

índice más alto de desempleo del mundo. Los salarios nominales cayeron significativamente en forma sostenida.

74. Las medidas adoptadas en ese momento por el Gobierno de la Argentina y las provincias resultaron necesarias ante la naturaleza esencial del servicio de agua y cloacas. Las condiciones de pobreza del área de la Concesión y el acceso necesario a agua potable y cloacas deben tomarse en consideración a la hora de evaluar la prestación del servicio por parte de AGBA. Las dificultades que enfrentaba la República Argentina se veían aún más agravadas en el área en que se encontraba la Concesión, una de las áreas más pobres de la Provincia de Buenos Aires. La recesión provocó graves daños sociales, que pusieron en riesgo los niveles de estabilidad más básica de la sociedad argentina.

75. Las Demandantes no discrepan con esta caracterización de las dificultades socioeconómicas existentes en el momento en que se adoptaron las medidas de emergencia. Aducen, no obstante, que cuando la provincia pesificó y congeló las tarifas de servicio en su territorio a principios de 2002, impactó en forma drástica e irreversible la ecuación económico-financiera de la Concesión de AGBA. Asimismo, en 2003, la Provincia modificó el Marco Regulatorio y, como resultado, AGBA debió enfrentar un escenario completamente distinto, que ya no le permitía satisfacer los parámetros comerciales básicos de la Concesión. Como resultado, la Concesionaria ya no estaba en posición de satisfacer adecuadamente las necesidades de los usuarios del servicio dentro del área de la Concesión.

### **III. El Marco Regulatorio**

76. La piedra angular del régimen jurídico aplicable a la Concesión es la Ley N.º 11.820 del 17 de julio de 1996, modificada por la Ley N.º 12.292 del 21 de abril de 1999 (CU-21, RA-62). Esta ley incluía, como Anexo I, el Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Públicos de Provisión de Agua Potable y Desagües Cloacales. El objetivo de la ley era regular “toda captación y potabilización, transporte, distribución y comercialización de agua potable, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales, incluyéndose también a aquellos afluentes industriales que el régimen vigente permita que se viertan al sistema cloacal” (Artículo 1-I). El Marco Regulatorio, sujeto a una excepción que no guarda relevancia en el caso que nos ocupa, cubría todo el territorio de la Provincia de Buenos Aires (Artículo 2-I). El objeto del marco era establecer los términos de referencia para estandarizar el suministro del servicio por parte de los distintos prestadores de la Provincia (Artículo 4-I). El Anexo II de la Ley N.º 11.820 establecía las Condiciones Particulares de Regulación para la Concesión de los Servicios Sanitarios de Jurisdicción Provincial. De conformidad con el Artículo 4-II, el servicio público sanitario debía ser prestado en “condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad y generalidad”. A tal fin, debía utilizarse el sistema de

concesiones de servicio público. De esta forma, la Ley N.º 11.820 abrió las puertas para el otorgamiento de una concesión de los servicios hasta entonces provistos por AGOSBA. Con el fin de atraer inversiones extranjeras, se adoptó un plazo de 30 años para la concesión (Artículo 3). Se garantizó a la concesionaria el derecho de exclusividad en la concesión, con una única excepción que disponía que los usuarios podían prestar servicios gestionados por ellos, sujeto a la autorización de la concesionaria (Artículo 3-II, lit. d).

77. La Ley N.º 11.820 nombró al *Organismo Regulador Bonaerense de Aguas y Saneamiento* (ORBAS, denominado también “Ente Regulador”) como Autoridad de Aplicación del Marco Regulatorio (Artículos 2 y 3-I) y autoridad a cargo de regular y fiscalizar a la concesionaria y los servicios prestados por ésta (Artículos 2 y 11-II). El ORBAS debía actuar en articulación con el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires (el “Concedente” o “Autoridad Concedente”) a través del Ministerio de Obras y Servicios Públicos (Artículo 2). Esta estructura se ratificó mediante el Decreto N.º 613/99 del 12 de marzo de 1999 (CU-38). Más adelante, el Decreto Provincial N.º 743/99 ordenó la fusión del ORBAS y la Autoridad de Aguas, creando un nuevo ente denominado *Organismo Regulador de Aguas Bonaerense* (ORAB).

78. El Contrato de Concesión se adjuntó como Anexo 13 al Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación (en adelante, el “Pliego”) aprobado por Decreto N.º 33/99 del 15 de enero de 1999<sup>14</sup>. Tal como surge de los Artículos 1.2 y 1.3 del Pliego, la Concesión se regiría por tres fuentes normativas: La Ley N.º 11.820, que disponía el Marco Regulatorio, el Pliego de Condiciones (incluidos los Anexos y Circulares correspondientes) y el Contrato de Concesión, adjunto al Pliego y firmado el 7 de diciembre de 1999. Dado que se encontraban estrechamente relacionados, estos tres documentos se consideran parte integral del Marco Regulatorio de la Concesión en el caso que nos ocupa. Asimismo, el Artículo 1.10 del Contrato de Concesión establecía un listado más sofisticado, y disponía el siguiente orden de prioridad: 1. El Marco Regulatorio, 2. El Pliego, 3. La Oferta, 4. El Contrato y su decreto aprobatorio, y 5. Las normas que dicte el Organismo Regulador. Toda referencia al Marco Regulatorio debe incluir el Anexo II de la Ley N.º 11.820, a la que se hace referencia en los Artículos 1.2 y 1.3 del Pliego. De conformidad con la Ley, la aplicación a estas fuentes de derecho se realizará “sin perjuicio” de la disposición que establece que “La Licitación se regirá en forma excluyente por la legislación argentina” (Artículo 1.3).

79. En sus Artículos 4-I y 5-I, el Marco Regulatorio establecía los objetivos generales para la regulación y la calidad del agua y los servicios sanitarios en la Provincia. La serie de objetivos cuantitativos y cualitativos que debía lograr una Concesionaria y que forman parte del Contrato de Concesión y de los planes aprobados por el ORBAS se incluyó en el Programa de Optimización y Expansión del Servicio (POES) (Artículo 2-II). El

---

<sup>14</sup> Se han presentado al Tribunal cuatro traducciones distintas al inglés (CU-37, Anexo 22 a Giacchino/Walck I, AR-28 y 60). El Tribunal utilizará el Anexo CU-37 en este Laudo.

servicio debe brindarse “en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad y generalidad” (Artículo. 4-II). El Concesionario “deberá extender, mantener y renovar cuando fuere necesario las redes externas conectadas y prestar el servicio en las condiciones establecidas en el Art. 4°-II, a todo inmueble habitado comprendido dentro de las Áreas Servidas y de Expansión de acuerdo con lo establecido en los respectivas POES”; lo que será obligatorio para el suministro de agua potable (Artículo 7-II). Mantenimiento significará que los activos de la concesión deberán mantenerse en buenas condiciones, lo cual deberá ser garantizado por la Concesionaria quien deberá realizar todas las renovaciones periódicas, disposiciones y adquisiciones que correspondan, considerando las innovaciones tecnológicas que fueran necesarias a tal fin (Artículo 45-II).

80. Los objetivos generales del ORBAS eran ejercer el poder de policía sobre los servicios sanitarios, garantizando el pleno cumplimiento de la Ley N.º 11.820 en cuanto a continuidad, seguridad y expansión del servicio y uso racional de los recursos, protegiendo la salud pública y el medio ambiente en todo el territorio de la Provincia (Artículo 19-I(a)). También le competía al ORBAS proponer al Poder Ejecutivo políticas y regímenes tarifarios, en resguardo de los intereses de la comunidad (Artículo 19-I(b)).

81. El ORBAS tenía la potestad de controlar y regular a la Concesionaria y los servicios prestados por ésta (Artículo 11-II). En tal sentido, debía asegurar la calidad de los servicios, la protección de los intereses de la comunidad, el control, la fiscalización y verificación del cumplimiento de las normas vigentes y del Contrato de Concesión (Artículo 13-II). En particular, debería cumplir y hacer cumplir las disposiciones del Contrato de Concesión (Artículo 13-II(a)), aprobar el POES (e), controlar que la Concesionaria cumpla con el POES aprobado y los planes de inversión, operación y mantenimiento propuestos por la Concesionaria (f), verificar si corresponde alguna revisión y ajuste tarifario (j) y presentar, según corresponda, al Poder Ejecutivo, los nuevos cuadros y precios tarifarios para su aprobación (k), imponer a la Concesionaria las sanciones establecidas en el Contrato de Concesión ante cualquier incumplimiento de sus obligaciones (n), controlar a la Concesionaria en cuanto al mantenimiento de las instalaciones utilizadas para la prestación del servicio (p), y, en general, realizar cualquier otro acto que resulte necesario para el cumplimiento de sus deberes y los objetivos del Marco Regulatorio, y disposiciones regulatorias y contractuales aplicables (u). ORBAS debía fijar en cada caso en particular los plazos requeridos para lograr los objetivos establecidos (Artículo 5-I(3)).

82. Para promover los objetivos que le fueron delegados, las misiones y funciones del ORBAS incluían la realización de estudios para predecir el comportamiento más probable de los requerimientos de servicio sanitarios en el mediano y largo plazo (Artículo 20-I(b)), asegurar un régimen tarifario razonable y equitativo (d), intervenir en diferendos y dirimir conflictos que se susciten por cuestiones de servicio (g), y, en general, realizar

todos los demás actos que sean necesarios para el cumplimiento de los objetivos que legalmente le han sido asignados, y de las normas reglamentarias y disposiciones contractuales aplicables (n).

83. La Ley N.º 11.820 disponía el nombramiento de un Operador Técnico(Artículo 14-II). Esta función se delegó a CABB.

84. La Ley contenía un listado con los deberes y facultades del Concesionario (Artículo 15-II), detallados en mucho mayor grado en el Contrato de Concesión. Conforme a la Ley, sin perjuicio de las obligaciones no mencionadas en la presente, la Concesionaria debía realizar todas las tareas necesarias para la adecuada prestación del servicio (inc. a), preparar planes de operación, mejoras y expansión de los servicios (inc. b), efectuar propuestas al ORBAS relativas al régimen tarifario (g), administrar y mantener los bienes afectados al servicio (h), cobrar las tarifas por los servicios prestados (m), y presentar anualmente al ORBAS un informe detallado de las actividades desarrolladas y las planificadas para el año y del cumplimiento de los POES (o).

85. De conformidad con las obligaciones de la Concesionaria, la Ley N.º 11.820 disponía en el Artículo 20-II que los Usuarios Reales (que residían dentro del Área Servida) tenían derecho a exigir a la Concesionaria la prestación de los servicios conforme a los niveles de calidad y continuidad establecidos en la presente y en el Contrato de Concesión y a reclamar ante el mismo si así no sucediera (inc. a), plantear un reclamo administrativo ante el ORBAS si el nivel de servicio fuera inferior al establecido (b) y denunciar al ORBAS cualquier conducta irregular u omisión por parte de la Concesionaria (i), ser informados con anticipación suficiente de los cortes de servicio programados (d), reclamar ante la Concesionaria cuando se compruebe que no cumple con los POES y metas fijadas (e). Los Usuarios Potenciales comprendidos en las Áreas de Expansión y Remanente (Artículo 19-II) tenían derecho a recibir información general acerca de los servicios provistos por la Concesionaria y de reclamar ante la Concesionaria en caso de incumplimiento de los POES y las metas fijadas (Artículo 21-II).

86. Ley N.º 11.820 contenía, en el Anexo II, un capítulo IV donde se establecían las reglas y requisitos fundamentales respecto de la calidad de servicio, y un capítulo VII sobre el sistema tarifario. Esta es una cuestión de preocupación y controversia entre las partes, y se analizará en mayor detalle en relación con los argumentos planteados respecto de supuestas violaciones del Marco Regulatorio (*infra*, Capítulo IV) y se analizarán también en mayor detalle en la medida en que se refieran a las características más sobresalientes de la Concesión y que afecten de alguna manera la consideración de los reclamos sometidos a la consideración de este Tribunal (*infra*, Capítulo V).

87. La prestación de los servicios debía desarrollarse en forma complementaria, de manera tal de evitar la instalación de sistemas cloacales sin la instalación de agua potable

y de prever que las obras de expansión a realizarse previeran la captación y el tratamiento correspondientes (Artículo 23-II). El informe anual presentado ante el ORBAS (Artículo 15-II, inc. o) deberá estar certificado por auditores financieros designados por el Concesionario y aceptados por el ORBAS (Artículo 25-II). El Artículo 26-II establecía los requisitos relativos a los niveles de servicio que debían alcanzarse y mantenerse, que luego se especificarían en mayor detalle en el Contrato de Concesión. Las definiciones de la Ley se refieren a cobertura de servicio, calidad de agua potable (según los estándares determinados luego en el Anexo A), presión del agua, continuidad del suministro e interrupción mínima del servicio, tratamiento y calidad de los desagües cloacales (regulado en mayor detalle en las normas del Anexo B). El Concesionario debía recibir y atender los reclamos de los usuarios. El incumplimiento de los niveles de servicio establecidos en el Artículo 26-II facultaba al ORBAS a aplicar las sanciones contempladas en el Contrato de Concesión. Los informes anuales a presentarse al ORBAS (Artículo 15-II, inc. o) tenían por objetivo principal presentar al Organismo el programa para alcanzar y mantener los niveles de servicio establecidos en el Contrato de Concesión de conformidad con las definiciones establecidas en el Artículo 26-II de la Ley (Artículo 23-II). En algunos casos excepcionales y por motivos prácticos no atribuibles al Concesionario, el ORBAS podrá fijar un plazo para la prestación de los servicios con niveles menores de calidad (Artículo 23-II *in fine*).

88. El cuadro tarifario debía satisfacer una serie de principios generales que debían identificarse y evaluarse para poder lograr un equilibrio. Esto fue motivo de debate desde los inicios mismos de la Concesión. Los principales requisitos del sistema, conforme al Artículo 28-II de la Ley, surgen del espíritu de procurar el uso racional y eficiente de los servicios y los recursos afectados a su prestación (inc. a), permitir un equilibrio constante entre la oferta y la demanda del suministro (b), promover los objetivos sanitarios y sociales que guardan relación directa con el servicio (c) y establecer los precios y tarifas que deberán reflejar costo económico de la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales incluyendo el margen de beneficio del Concesionario e incorporando los costos emergentes de los POES en lo correspondiente a infraestructura básica (d). La Ley también dispone la sustitución del sistema de servicio no medido de tarifa fija por el sistema medido (Artículo 28-II, inc. a, 29-II, 31-II, 33-II).

89. De conformidad con el Artículo 30-II, el Contrato de Concesión debía fijar los cuadros tarifarios y precios aplicables al servicio. Se realizaría una revisión ordinaria quinquenal a partir del segundo quinquenio, a fin de determinar la existencia de modificaciones en las metas o en las erogaciones de capital previstas en el POES. A su vez, las revisiones extraordinarias serían aquellas a realizarse ante cambios singulares en la incidencia porcentual de los costos en la tarifa, cambios sustanciales e imprevistos en las condiciones de prestación de los servicios o en las normas de calidad de agua potable o desagües cloacales, cambios justificados en la relación entre inversiones en activos y costos de operación del servicio o cuando se propusiera otro régimen que permitiera

lograr incrementos de eficiencia y que propiciara una mejor aplicación de los principios del cuadro tarifario. No obstante, la revisión no podía utilizarse como medio para penalizar al Concesionario por beneficios logrados por la operación del servicio, ni tampoco para compensar déficits derivados del riesgo empresario ni para convalidar ineficiencias en la prestación del servicio (Artículo 12.3.1).

90. El cobro del pago por el servicio era responsabilidad del Concesionario. Se contemplaba la posibilidad de ejecución de conformidad con la Ley, su Reglamentación y el Contrato de Concesión (Artículo 33-II, 37-II, inc. c). El pago del servicio previsto estaba a cargo del dueño o poseedor del inmueble (Artículo 37-II). Se dispusieron algunas exenciones y subsidios (ver Artículo 36-II). La Concesionaria estaba autorizada a interrumpir la prestación del servicio ante la mora del Usuario, de conformidad con las disposiciones del Artículo 34-II de la Ley. En particular, se exigía considerar la salud pública, una tolerancia mínima y una notificación por adelantado. Asimismo, se estableció que el ORBAS podía ordenar a la Concesionaria, “en casos imprevistos, extraordinarios y según decisión fundada, que suspenda transitoriamente el corte”.

91. La programación de los servicios a darse de alta y a ser provistos se regiría por lineamientos maestros establecidos en el POES. Esta cuestión se explica en detalle en el Contrato de Concesión, y se analizará en mayor profundidad ya que constituye una de las características más importantes de la Concesión y uno de los puntos materia de controversia entre las Partes en la especie (*infra*, Capítulo V). Conforme al Artículo 38-II de la Ley, el Contrato de Concesión debía establecer POES quinquenales para todo el plazo de la concesión. Los POES correspondientes del primer al quinto año eran obligatorios. El ORBAS debía aprobar los POES periódicamente al momento de su presentación como proyectos del Concesionario. Los proyectos debían indicar “los montos de inversión previstos, objetivos y metas a alcanzar en las condiciones fijadas en el Contrato de Concesión”. En el caso de que el ORBAS no aprobara dicho plan y la Concesionaria no aceptara los cambios propuestos, la controversia debía dirimirse según el mecanismo de resolución dispuesto en el capítulo XII.

92. El POES relativo a un período en particular aprobado por la Autoridad Reguladora era vinculante para la Concesionaria, y cualquier incumplimiento se consideraría falta grave (Artículo 39-II). No obstante, también se establecía la posibilidad de modificar los planes mediante resolución justificada del ORBAS que no alterara el equilibrio de la Concesión, a solicitud de la Concesionaria o del ORBAS, y siempre que mediaran motivos extraordinarios y debidamente justificados.

93. Las disposiciones de la Ley N.º 11.820 se implementaron y se modificaron con un sinnúmero de especificaciones en el Contrato de Concesión. Respecto de los servicios a ser establecidos, el Capítulo 3 del Contrato de Concesión contenía un largo listado de todas las tareas relativas a la prestación de los servicios de conformidad con las



condiciones establecidas en el Marco Regulatorio. Esta descripción del contenido de la Ley ofrece una reseña de las disposiciones esenciales del Contrato de Concesión y, de esta manera, brinda el marco necesario para analizar los argumentos de las Partes respecto de la ejecución del Contrato de Concesión, que contienen muchas referencias y explicaciones de las disposiciones del Contrato. Este análisis se incluye en los dos capítulos siguientes.

#### **IV. Argumentos de las Demandantes sobre las violaciones del Marco Regulatorio**

##### **A. Resumen**

94. Las Demandantes explican que AGBA y los inversores fueron víctimas de importantes violaciones del Marco Regulatorio en una etapa muy temprana de la Concesión, y que dichas violaciones rápidamente comenzaron a afectar la capacidad de la Concesionaria de obtener un retorno por los servicios prestados. Dichos incumplimientos obstaculizaron, e incluso le impidieron a AGBA cobrar los ingresos por el servicio prestado, y provocaron un incremento significativo de los costos de la Concesionaria.

95. Las Demandantes enumeran dichos incumplimientos de la siguiente manera: (1) A través de los errores del Registro de Catastro que se negaron a corregir, el Concedente y el Organismo Regulador privaron a AGBA del derecho a cobrar las tarifas previamente acordadas; (2) como resultado de las demoras en la construcción de las plantas UNIREC, se impidió a la Concesionaria expandir el servicio según lo programado y cobrar las tarifas que hubieran recibido de dichas obras de expansión; (3) a través de su interpretación del Marco Regulatorio completamente carente de sentido, incluido el Contrato, le negaron a AGBA el derecho de cobrar el cargo de conexión y los cargos de obra; (4) impusieron a la Concesionaria los costos de las cuentas en mora, incrementando al mismo tiempo el nivel de morosidad al evitar la implementación de medidas coactivas previstas en el marco legal y contractual; (5) al negarse a permitir los incrementos de coeficientes establecidos en el Contrato, sin contemplación por su conducta inconsistente en la evaluación del cumplimiento de los POES, el Concedente y el Organismo Regulador congelaron las tarifas de servicio; y (6), como resultado de su tolerancia por los actos ilegales o irregulares de terceros, le impidieron a la Concesionaria ejercer sus derechos. Las Demandantes fundan sus reclamos en los Informes de los Expertos Giacchino y Walck, que se citarán a continuación respecto de cada cuestión en particular.

96. Por tanto, las Demandantes aducen que al implementar las medidas descritas anteriormente o al no adoptar medida en otros casos en que debieron hacerlo, el Concedente y el Organismo Regulador violaron los pilares fundamentales en que se basaba la Concesión. Se le impidió a la Concesionaria cobrar las tarifas establecidas en

el Marco Regulatorio; en tanto que sus accionistas perdieron toda posibilidad de obtener una ganancia justa y razonable y sus inversiones se vieron mermadas, al igual que sus posibilidades de recuperarlas. Sin perjuicio de ello, la situación de la Concesionaria se vio aún más agravada por la adopción de las medidas de emergencia, que provocaron la pérdida de la inversión.

97. En este sentido, la Demandada observa que las Demandantes ofrecen una descripción de varios supuestos incumplimientos del contrato por parte de la Provincia y del ORAB, pero omitieron mencionar que el Tribunal del caso *Impregilo* determinó que esos incumplimientos no eran tales. Por el contrario, el Tribunal del caso *Impregilo* concluyó que “AGBA, durante el primer quinquenio, incumplió significativamente con las obligaciones de realizar inversiones y de alcanzar las metas de expansión de los servicios de agua potable y desagües cloacales”. La Demandada agrega, sujeto a los acontecimientos posteriores, que no solo hubo una inadecuada gestión de AGBA, sino que se produjeron muchos incumplimientos debido a la falta de inversiones.

98. La Demandada aduce asimismo que todos los reclamos planteados por las Demandantes se basan exclusivamente en el Contrato de Concesión. Estos reclamos llevaron a AGBA a iniciar acciones ante los tribunales internos, para reclamar por todos los actos administrativos que supuestamente la habían perjudicado y todas las decisiones más importantes de las autoridades de la Provincia de Buenos Aires relativas a la Concesión.

99. La Demandada entiende que las Demandantes intentan negar cualquier responsabilidad y ocultar la falta de inversión y su propia incapacidad de cobrar el servicio detrás de una estrategia de incumplimientos contractuales del Organismo Regulator y el Concedente, que culminaron en la suspensión de las inversiones contempladas en el POES. La Demandada señala que el Tribunal del caso *Impregilo* señaló que a poco tiempo de iniciada la Concesión hubo señales claras de que AGBA no cumpliría con sus obligaciones. La Demandada aduce asimismo que la correspondencia de esa época es muy esclarecedora en tal sentido: en su nota del 17 de mayo de 2001 (RA-183, CU-173), AGBA invocó la morosidad de los usuarios y la imposibilidad de obtener financiamiento para solicitar una revisión del contrato y suspender temporalmente las metas de expansión; no invocó alguno de los supuestos incumplimientos del contrato que hoy plantean las Demandantes. En sus notas del 17 de julio de 2001 (RA-192, CU-135) y 15 de agosto de 2001 (RA-193), AGBA reiteró la solicitud de renegociar el Contrato y suspender el POES, pero solo hizo referencia a la situación económica de la Provincia. La respuesta de la Provincia a través de las cartas de fecha 30 de mayo de 2001 (RA-184) y 23 de julio de 2002 (RA-185) fue que la cobrabilidad era un riesgo de negocio, y que era precisamente debido a las dificultades de financiamiento que la Provincia había convocado al sector privado para la prestación del servicio de agua y cloacas. La Demandada recuerda que sin perjuicio de las medidas adoptadas por la Provincia para

atender las inquietudes de AGBA, la Concesionaria persistió en su comportamiento deficiente y de incumplimiento. La Demandada responde a los argumentos de las Demandadas en detalle en sus escritos, basándose en gran medida en los dos Informes sobre Cuestiones Técnicas presentados por el Experto Molinari, que no se analizarán en detalle abajo.

100. El Tribunal entiende que la cuestión se puede clasificar en una serie de controversias que generaron una vasta correspondencia entre el ORAB y AGBA, tal como se explica en detalle en los escritos de AGBA del 13 de septiembre de 2001 (CU-210), del 27 de diciembre de 2001 (CU-175), 28 de junio de 2002 (CU-104, 118), 13 de enero de 2004 (CU-184) y en la respuesta del ORAB mediante la Resolución N.º 25/03 del 17 de septiembre de 2003 (CU-69) y en la carta del 23 de julio de 2002 de la Subsecretaría de Obras Públicas (RA-185). Antes de analizar los fundamentos de estos argumentos, es necesario aclarar el alcance legal de la controversia.

#### B. El alcance de la controversia

101. El Tribunal desea dejar en claro desde el principio que, en la medida de lo posible, evitará asimilar las posiciones de las Partes en el caso que nos ocupa a Conclusiones del Tribunal del caso *Impregilo*. Si bien es cierto que el caso *Impregilo* concierne a AGBA y a la Concesión, este Tribunal debe formarse su propio juicio independiente. Los hechos, las pruebas y argumentos jurídicos planteados ante el Tribunal del caso *Impregilo* no fueron los mismos que los presentados en este caso.

102. Las Demandantes plantean sus argumentos en el Memorial de Demanda bajo el encabezado “Incumplimientos del Marco Regulatorio por parte del Concedente y el Organismo Regulador”<sup>15</sup>. No hay ningún argumento o enunciado respecto de los derechos y obligaciones establecidos en el TBI. De igual modo, las conclusiones respecto de las numerosas violaciones analizadas se refieren a “los incumplimientos del Marco Regulatorio”<sup>16</sup> y no a una violación de las disposiciones del TBI. El principal objetivo de esta presentación es identificar una serie de actos y omisiones por parte del Concedente y/o el Organismo Regulador, que “provocaron la quiebra de las bases más esenciales de la Concesión”<sup>17</sup>. Independientemente de cuán fundamentales resulten estos incumplimientos en la opinión de las Demandantes, no se los caracteriza como violaciones del TBI, ni individualmente ni en su conjunto.

103. Ello se ve confirmado por el hecho de que la mayoría de los argumentos planteados respecto de violaciones del Marco Regulatorio no incluyen un análisis de los daños provocados por ellas. Los ingresos de los que AGBA se vio privada según las

---

<sup>15</sup> Memorial de Demanda, antes del párr. 171.

<sup>16</sup> *Ibid.*, subtítulo antes del párr. 316, seguido por los párrs. 316-318.

<sup>17</sup> *Ibid.*, párr. 318.

Demandantes generalmente no se especifican, y simplemente se les caracteriza de “significativos”. En cuanto al laudo *Impregilo*, las Demandantes aducen que no fue tan claro como lo plantea la Demandada, y que consideran que el incumplimiento en la entrega de las plantas UNIREC constituye un hecho relevante.

104. Las Demandantes plantean una serie de supuestas violaciones del Contrato de Concesión como la base de una supuesta violación del estándar de trato justo y equitativo y la prohibición de adoptar medidas discriminatorias e injustificadas consagrados en el TBI. No obstante, cabe destacar que las Demandantes han manifestado que no presentaron al Tribunal ningún reclamo asociado a controversias exclusivamente contractuales, y esta limitación debe ser respetada<sup>18</sup>.

105. Por consiguiente, si el Tribunal analiza los argumentos de las Demandantes respecto de violaciones del Marco Regulatorio, es exclusivamente ante la posibilidad de efectos indirectos de algunos de estos argumentos a la hora de analizar supuestas violaciones de las disposiciones del TBI y, en particular, del estándar de trato justo y equitativo. Esto significa que el Tribunal no se erigirá en juez llamado a discernir controversias contractuales. Simplemente tomará en consideración dichas controversias y los supuestos actos y omisiones únicamente en la medida en que pudieran afectar el análisis de los argumentos relativos a las disposiciones del TBI.

106. No obstante ello, las Demandantes, al plantear sus argumentos respecto de incumplimientos del Contrato de Concesión y en respuesta a la reacción de la Demandada de que se trata exclusivamente de cuestiones contractuales, no parecen estar dispuestas a aceptar que dichas violaciones no constituyen violaciones del TBI de manera prácticamente automática. En efecto, las Demandantes aducen que el Concedente y el Organismo Regulador cometieron violaciones sustanciales del Marco Regulatorio, y asimismo alegan que dichas violaciones tuvieron un impacto negativo en la Concesión, desde sus inicios. Y arriban a la siguiente conclusión:

“Tales infracciones, aparte de constituir incumplimientos contractuales, implicaban incumplimientos al Marco Regulatorio bajo el que habían invertido los Demandantes. *Por tanto*, suponían infracción a la obligación de trato justo y equitativo consagrada en el APPRI Hispano-Argentino”<sup>19</sup>. (Énfasis añadido.)

Sin embargo, de ello no se desprende que una supuesta violación del Marco Regulatorio (incluso si se probara satisfactoriamente) constituya una violación del TBI.

107. Las Demandantes citan la opinión concurrente y disidente del Juez Brower en el caso *Impregilo*. Plantean que para él, el incumplimiento de la Provincia en la entrega de

---

<sup>18</sup> Ver Decisión sobre Jurisdicción, párrs. 221-223, 236-238, 251-254.

<sup>19</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 219.

las plantas UNIREC; su interferencia con la capacidad de AGBA de cobrar los cargos de obra, la demora deliberada de la Provincia y la negativa a reconocer a AGBA el derecho de suspender el servicio a los clientes en mora debieron considerarse formas de trato injusto e inequitativo de la Demandante conforme al TBI. En su conjunto, estos elementos reflejan un “patrón de conducta” configurado mediante cargas legislativas y regulatorias irrazonables, todos ellos actos que trascienden los límites de meras “violaciones al contrato” y que constituyen, en efecto, una interferencia sustancial e indebida con la inversión de la demandante. No obstante, el Tribunal de *Impregilo* no estaba convencido de que se hayan producido dichas violaciones. Claramente, esto no nos permite concluir que existiera un “patrón de conducta” que, igualmente, no es un instituto con significancia jurídica relevante a los efectos del estándar de trato justo y equitativo.

108. En resumidas cuentas, el análisis jurídico de los argumentos de las Demandantes se puede circunscribir en tres círculos. El primer círculo refiere al contenido y la interpretación de las disposiciones del Marco Regulatorio. El segundo se refiere al margen de interpretación y la medida en que el poder regulatorio del Concedente y el Organismo Regulador contemplaban las decisiones que quizá el Concesionario no previó tras una lectura literal del marco regulatorio, si bien debió preverlas como ejercicio de la competencia de dichas autoridades conforme al Contrato y a la Ley Argentina. El tercer círculo quedaría para aquellos argumentos que, si bien se presentan como controversias contractuales, adquieren relevancia cuando se analiza en mayor profundidad el alcance de las garantías consagradas en el TBI. La cuestión que debe determinar este Tribunal a la luz de los argumentos de las Demandantes sobre violaciones del Marco Regulatorio es si alguna de estas supuestas violaciones queda comprendida en el tercer círculo.

### C. Análisis de los argumentos de las Demandantes

#### 1. *Coefficiente de zonificación*

109. Las Demandantes explican que, antes de la privatización del servicio de aguas, se aplicaban ciertos subsidios a algunos usuarios, en la forma de coeficientes que tenían por efecto reducir el valor de las facturas. El Contrato de Concesión no disponía que AGBA debiera aplicar dichos subsidios. Al emitir sus primeras facturas, AGBA no aplicó los Coeficientes de Zonificación. El ORAB dictó la Resolución N.º 3/00 del 24 de enero de 2000 (CU-39) mediante la cual se le ordenaba a AGBA restituir la aplicación de dichos coeficientes, amparándose en el Anexo Ñ del Contrato, que disponía que las tarifas no podrían exceder la tarifa máxima aplicada en la última facturación previa a la Toma de Posesión. Según la interpretación del ORAB de esta disposición, la tarifa quedaba asociada a la facturación, a pesar de que el coeficiente aplicado no formara parte de las reglas aplicables a las tarifas. El ORAB rechazó el recurso interpuesto por AGBA mediante la Resolución N.º 80/00 de octubre de 2000 (CU-40).

110. La Demandada explica que poco tiempo después de la entrada en vigencia del Contrato de Concesión, AGBA emitió facturas sin analizar adecuadamente el régimen tarifario establecido en el Anexo Ñ del Contrato. El Concesionario entendió que el Contrato no disponía que AGBA debiera aplicar los subsidios vigentes al momento de la Toma de Posesión, y que, por tanto, ya no resultaba necesario aplicar coeficientes que tenían por efecto reducir el valor de las facturas correspondientes. Mediante la Resolución ORAB N.º 3/00, AGBA ordenó refacturar a aquellos usuarios cuyas facturas habían registrado una variación en los precios al compararlas con la última factura emitida por AGOSBA previo a la Toma de Posesión, para dar así cumplimiento a las disposiciones del Artículo 4a-1 del Anexo Ñ.

111. El Tribunal observa que esta cuestión es puramente de naturaleza contractual, y que las Demandantes no han planteado lo contrario. Mediante la Resolución N.º 3/00 se le indicó a AGBA que no se apartara del Artículo 36-II de la Ley N.º 11.820 que le ordenaba a la Concesionaria respetar los subsidios vigentes al momento de la celebración del Contrato de Concesión (inc. a). El mismo principio se consagra en el Artículo 4a-1 del Anexo Ñ en referencia a las tarifas aplicables antes y después de la Toma de Posesión. Asimismo, las Demandantes no contemplan el efecto de discontinuar la aplicación del coeficiente de zonificación en su valuación de daños, aceptando que cualquier daño resultante del coeficiente se vio mitigado cuando el ORAB permitió la recategorización de usuarios en 2002. Además de tratarse de una cuestión exclusivamente contractual, esto torna la cuestión irrelevante.

## 2. *Salarios por vacaciones devengadas con anterioridad a la Toma de Posesión*

112. Las Demandantes explican que conforme al Pliego, AGBA se hizo cargo del personal empleado por la anterior concesionaria (AGOSBA). Ese personal tenía sueldos devengados por días de vacaciones por un período previo a la Toma de Posesión de AGBA que debieron ser pagados por AGBA, y cuyo reembolso AGBA le exigió a AGOSBA, notificando al ORAB, por un total de ARS 96.570,75. Esta suma por vacaciones reclamada por AGBA correspondía al período en que AGOSBA estaba a cargo del servicio, pero por vacaciones gozadas efectivamente con posterioridad a la Toma de Posesión. AGOSBA denegó el pago mediante Resolución N.º 18/02 del 29 de enero de 2002 (CU-46), y el recurso de AGBA (CU-47) no produjo resultados (Resolución N.º 237/03 de diciembre de 2003, CU-48).

113. La Demandada plantea que las normas laborales aplicables al sector disponían que el tiempo de vacaciones no puede sustituirse por un pago de dinero y debe gozarse en tiempo y forma. El goce de las vacaciones pagadas en forma de salario era obligatorio y no se podía sustituir por un pago en dinero. Como no había ningún beneficio de recuperación del pago de vacaciones, no correspondía ningún reclamo contra AGOSBA.

La Demandada cita el Artículo 15.2.1 del Contrato de Concesión que establecía que el Concesionario asume todos los compromisos relativos a los empleados impuestos por la ley y las normas aplicables, además de los convenios colectivos. Si la Concesionaria hacía caso omiso de las leyes y normas aplicables, no tenía derecho a reclamar a AGBA las sumas pagadas erróneamente.

114. El Tribunal observa que esta cuestión es puramente de naturaleza contractual, y que las Demandantes no han planteado lo contrario. El Artículo 14-II de la Ley N.º 11.820 dispone lo siguiente: “También incorporará a los empleados permanente y temporarios, que se desempeñan en la A.G.O.S.B.A. al momento de la firma del contrato de concesión y que no formen parte del ORBAS: Dicha incorporación se hará bajo el régimen laboral que se rige por la convención colectiva del trabajo para los trabajadores del A.G.O.S.B.A.”. El mismo principio se consagra en el Artículo 15.2.1 del Contrato de Concesión. Las Demandantes no han demostrado que en ese entonces las vacaciones se pudieran sustituir por un pago en dinero, y que AGBA había liquidado obligaciones originadas antes de la Toma de Posesión y, por tanto, tuviera derecho a un reembolso conforme al Artículo 15.2.2 del Contrato de Concesión. Por tanto, el reclamo se basa en cuestiones inciertas relativas al contrato, y no guardan relación alguna con una posible violación del TBI.

### 3. *Determinación y aplicación de tarifas por parte de AGBA*

115. Las Demandantes aducen que surgieron varios obstáculos a la aplicación de las tarifas correctas por parte de AGBA en diversas ocasiones, y en distintas circunstancias. Explican que, al momento de la Toma de Posesión, la facturación se realizaba basándose en el servicio no medido, y la idea era reemplazar ese régimen gradualmente a medida que se instalara el servicio medido. El régimen tarifario estaba establecido en el Anexo Ñ al Contrato y las Circulares N.º 27A, 44A y 58A (CU-49-51), basado en las siguientes normas: (a) La tarifa aplicable debía determinarse en función de datos de catastro. (b) Se crearon seis categorías, en función del valor de cada inmueble, y a cada categoría se le asignó un volumen bimestral de agua potable y un precio por metro cúbico. (c) Para aquellos inmuebles que no contaran con una valuación catastral, la Concesionaria debía realizar una valuación *ad hoc*. (d) La tarifa no podía exceder a la tarifa aplicada en la última facturación previa a la Toma de Posesión de AGBA, salvo que existieran cambios más recientes en la construcción. (e) Durante la licitación, se distribuyó a los oferentes una copia de los registros de catastro y otra de la base de datos utilizada por AGOSBA para la facturación. (f) La tarifa por el servicio de cloacas siguió el mismo criterio, pero se calculó aplicando un coeficiente a los valores del servicio de distribución de agua potable; este coeficiente era del 0,5%, y luego se incrementaba un 0,1 cada año del período entre 2000 y 2004. En síntesis, el sistema tarifario exigía categorizar a los usuarios a los fines del régimen tarifario según una valuación correcta de cada inmueble. A tal fin, se necesitaba un análisis actualizado de las construcciones existentes en cada inmueble, incluidas las mejoras realizadas por los propietarios desde la última valuación.

116. La explicación de la Demandada es similar, salvo por la aclaración de que AGBA debía implementar gradualmente un régimen tarifario de servicio medido. El régimen tarifario del servicio determinado por las categorías asociadas al tamaño de las construcciones de cada inmueble era un régimen de transición, aplicable solo durante el período en que el servicio medido aún no se había implementado.

117. Las Demandantes aducen que según la Ley N.º 12.397 (CU-52), la base de datos del Registro de Catastro Provincial de 1958 se había actualizado a 1999. La Provincia utilizó las actualizaciones de la valuación de los terrenos de los inmuebles para el año 2000 y de allí en adelante. Las Demandantes señalan que las nuevas valuaciones detectaron aproximadamente 120.000 mejoras en las propiedades, que la Provincia utilizó para corregir la base de datos del impuesto inmobiliario. Las Demandantes aducen que esa información nunca se transmitió a AGBA. De esta manera, se le negó a AGBA toda posibilidad de aplicar la tarifa correspondiente a dichas valuaciones, es decir, se le impidió aplicar una tarifa más alta a aquellos usuarios de mayores ingresos que habían efectuado mejoras en sus propiedades.

118. Las Demandantes explican asimismo que la nueva valuación aprobada por la Ley Provincial N.º 12397 se aprobó como ley el 30 de diciembre de 1999, con anterioridad a la Toma de Posesión, de modo que constituía una situación preexistente. Por consiguiente, de conformidad con el Contrato de Concesión (Artículo 4a-1 del Anexo Ñ), AGBA debía utilizar la valuación actualizada a los fines de la facturación. El 26 de febrero de 2001 (CU-53, RA-87) y el 10 de abril de 2001 (CU-54, RA-89) AGBA pidió autorización para utilizar la valuación actualizada de los terrenos utilizada para la aplicación del impuesto inmobiliario a partir del año 2000, como se hacía para la aplicación del impuesto de conformidad con la Resolución ORAB N.º 15/00 del 17 de marzo de 2000. Dicha solicitud fue denegada por el ORAB.

119. Otra discrepancia se mencionó en una Nota presentada por AGBA el 19 de febrero de 2002 al ORAB (RA-90) y reiterada el 23 de abril de 2002 (RA-260), donde se explicaba que AGBA había encontrado 15.500 usuarios preexistentes que no estaban categorizados correctamente. AGBA solicitó la rectificación correspondiente. Estos usuarios se habían incluido en las valuaciones de inmuebles provistas durante la licitación, y representaban una porción significativa de los usuarios registrados en la base de datos de AGOSBA, de 80.200 clientes.

120. ORAB solicitó mayor información el 28 de junio de 2002 (RA-91) y decidió luego, mediante Resolución N.º 74/02 del 12 de diciembre de 2002 (CU-55, RA-92) que AGBA debía conciliar los registros de facturación recibidos de AGOSBA con los suministrados por la Circular N.º 58(A) y asignar a los usuarios del área de la Concesión la categoría que les correspondiera según la valuación fiscal de las propiedades en los



casos enumerados en el Anexo adjunto a dicha resolución. Las Demandantes admiten que esto permitió regularizar un número significativo de usuarios. Sin embargo, dicho anexo no incluía 2000 usuarios categorizados incorrectamente, ni tampoco reflejaba los inmuebles registrados como terrenos baldíos donde en realidad existían construcciones.

121. Las Demandantes aducen que esta Resolución constituía un apartamiento sustancial de las disposiciones del Contrato. En efecto, disponía un régimen tarifario distinto para los usuarios enumerados en el Anexo, donde cada tarifa era determinada individualmente por el Organismo Regulador, tal como se disponía expresamente en dicha Resolución. AGBA jamás conoció el criterio de valuación aplicado por el ORAB. Esto comportaba una aplicación incorrecta del Artículo 4a-1 del Anexo Ñ del Contrato, que disponía que la tarifa a aplicar no podía exceder la tarifa aplicada en la última facturación previa a la Toma de Posesión, salvo que se hubieran realizado mejoras en la propiedad. Los casos en los que se aplicó la Resolución eran aquellos casos valuados incorrectamente en los registros de catastro e inconsistentes con la base de datos de usuarios de AGOSBA. AGBA jamás quiso aplicar a estos inmuebles una tarifa distinta de la establecida en el Anexo Ñ. Lo único que pretendió fue clasificar estos inmuebles en la categoría correcta. Por ello, cuando se modificó la facturación, no se produjo ningún cambio en el régimen tarifario aplicable. En todo caso, el ajuste debió haber estado cubierto por la disposición que establecía la excepción de “mejoras” de la cláusula citada. Los daños sufridos por AGBA se agravaron cuando el ORAB le ordenó a la Concesionaria que elaborara un plan de negocios que resolviera, entre otras cuestiones, la situación de los usuarios temporariamente excluidos “debido a la falta de ingresos verificada”. El plan fue aprobado el 13 de marzo de 2003 mediante la Resolución N.º 5/03 (CU-56). Dichos usuarios se excluyeron bajo la responsabilidad de las autoridades públicas, y no de la Concesionaria.

122. La Demandada confirma que en febrero de 2001, AGBA solicitó autorización para recategorizar los inmuebles registrados como baldíos en los que se habían realizado construcciones según las nuevas valuaciones de inmuebles llevadas a cabo en el año 2000 por el Registro de Catastro Provincial de conformidad con la Resolución N.º 15/00. En febrero de 2002, AGBA solicitó al ORAB la recategorización del ORAB de 15.200 usuarios y que informara si se había ajustado la valuación fiscal. El ORAB admitió la solicitud de AGBA y aceptó que AGBA había presentado la información necesaria. No se estaba demorando una solución, como alegan las Demandantes.

123. En diciembre de 2002, el ORAB dictó la Resolución N.º 74/02 donde se respondía a todos y cada uno de los reclamos presentados por AGBA. Esta Resolución le permitió a la Concesionaria no solo reconciliar el registro de la Circular N.º 58A con la base de datos de facturación provista por AGOSBA, sino también calcular los montos que le correspondían a AGBA desde enero de 2000 a diciembre de 2002. Desde el comienzo, las medidas adoptadas por el Organismo Regulador apuntaron a regular el correcto

funcionamiento de la Concesión. También permitieron incluir como nuevos usuarios facturables aquellos que contaban con inmuebles conectados al servicio pero a quienes nunca se les había facturado. Por consiguiente, el ORAB le permitió a AGBA cumplir con las metas establecidas en el POES para el primer quinquenio.

124. Al momento de la licitación, se entregó a los oferentes circulares informativas, entre ellas, la Comunicación N.º 16, que hacía referencia a “servicios no registrados” y un desglose de los servicios de AGOSBA. Este documento incluía un plan digital y un listado de los servicios no registrados, que indicaban que las cifras incluidas eran solo estimativas (RA-251).

125. La Demandada recuerda asimismo que el Tribunal del caso *Impregilo* no concluyó que las supuestas discrepancias entre las bases de datos entregadas y la ulterior corrección de los errores pudiera interpretarse como uso indebido del poder público.

126. El Tribunal observa que esta cuestión es puramente de naturaleza contractual, y que las Demandantes no han planteado lo contrario. Las Demandantes aducen que sus “fundadas previsiones” respecto de las tarifas a ser cobradas por el servicio se vieron negativamente afectadas por el actuar del Concedente y del Organismo Regulador, “contrario a los principios tarifarios del Marco Regulatorio”<sup>20</sup>. No alegan que ello signifique que se les sometió a un trato injusto o inequitativo que viole el estándar del TBI.

127. El Tribunal señala que la mayoría de las discrepancias en la categorización de los usuarios tienen un impacto limitado en el funcionamiento general del régimen tarifario y los ingresos obtenidos de la facturación. Asimismo, si bien las Demandantes no abordan esta cuestión, la Demandada llama la atención sobre hecho de que las correcciones solicitadas por AGBA eran relevantes únicamente a los fines del sistema no medido que AGBA debía reemplazar. Las Demandantes admiten que la Resolución N.º 74/02 les permitió reducir la cantidad de usuarios categorizados incorrectamente de 12.500 a 2.000, y le permitió asimismo registrar usuarios que recibían el servicio sin que se les facturara. Incluso si hubo un apartamiento de las disposiciones contractuales respecto de los usuarios enumerados en el Anexo a dicha Resolución, ello se explica por el hecho de que la valuación realizada a fines impositivos no se podía convertir simplemente en las categorías de usuarios definidas en el Anexo Ñ a los fines de determinar las tarifas aplicables. Por consiguiente, AGBA debía elaborar un plan de negocios, que fue preparado y luego aprobado por la Resolución N.º 5/03. En síntesis, si bien parecería ser que algunos de los desvíos se produjeron en la categorización adecuada de los usuarios, parece poco probable que se haya violado el Contrato de Concesión. El método

---

<sup>20</sup> Memorial de Demanda, párr. 202.

cooperativo con el que ambas entidades – AGBA y el ORAB – manejaron esta cuestión no parece reflejar una controversia grave.

128. Es cierto, tal como lo explican las Demandantes, que tras la aprobación del Plan de Negocios en marzo de 2003, los usuarios presentaron reclamos ante el ORAB que llevaron al Organismo a aprobar la Resolución N.º 20/03 el 15 de septiembre de 2003 (CU-61), ordenando una auditoría de la implementación del Plan de Negocios de AGBA y suspendiendo al mismo tiempo la aplicación de la Resolución N.º 74/02 respecto de cualquier usuario que hubiera presentado un reclamo. Para las Demandantes, esto significaba que la mera presentación de un reclamo le impedía a la Concesionaria facturarle al usuario que había presentado el reclamo, de acuerdo a lo establecido en el marco contractual. Esto no es enteramente correcto. AGBA tenía derecho a cobrarles a estos usuarios pagos parciales en cuenta, equivalentes al monto de la última factura pagada, de conformidad con el Artículo 28 del Anexo Ñ, tal como se explica en la Resolución N.º 20/03. Por este motivo, y ante la falta de cualquier prueba del impacto que puede haber tenido la Resolución N.º 20/03 en la facturación a los usuarios categorizados, el Tribunal debe concluir que la suspensión de la Resolución N.º 74/02 puede haber tenido un mínimo impacto en la aplicación de las tarifas de AGBA.

129. Asimismo, el Tribunal señala que las Demandantes no han ofrecido una valuación cuantificada del daño que alegan haber sufrido. La única excepción es la suma de ARS 7.720.323 calculada por AGBA (nota del 15 de julio de 2005, CU-58) y por el ORAB (mediante la nota enviada al Subsecretario de Servicios Públicos de la Provincia del 14 de abril de 2003, CU-57). Esto representa la suma que se le impidió a AGBA facturar a los usuarios, porque el ORAB limitó los cargos retroactivos a los últimos seis meses, tal como se indica en los casos resueltos mediante Resolución N.º 25/05 del 27 de septiembre de 2005. Las Demandantes explican que esto se hizo cuando los usuarios reclamaron por la facturación, aunque no negaron que se les había prestado el servicio. En este sentido, el ORAB citó el Artículo 31 del Anexo Ñ del Contrato de Concesión. Las Demandantes consideraron que esta disposición no resultaba aplicable. El Tribunal señala que si bien esta disposición resulta aplicable a aquellos usuarios conectados ilegalmente al servicio sin recibir factura, existen motivos que indican que se aplicó también a casos de usuarios a los que no se les facturó correctamente, al menos por analogía.

130. Las Demandantes admiten que la Provincia no había reconocido ninguna obligación de pagar la suma de ARS 7.720.323 y que el Subsecretario de Servicios Públicos manifestó que esta cuestión se tomaría en consideración en la renegociación del contrato. Esto indica que se reconoció que la cuestión constituía una controversia puramente contractual sobre una suma determinada de común acuerdo. La Demandada señala que AGBA aún podría presentar acciones para ejecutar este reclamo. Por tanto, la mera existencia de esta controversia sobre un supuesto derecho al pago de una suma de dinero no constituye un tratamiento injusto o inequitativo conforme al TBI. Las

Demandantes no han alegado lo contrario. Esta conclusión no se ve afectada por el hecho de que esta suma se haya admitido como parte de un acuerdo resultante por la renegociación del Contrato tras las medidas de emergencias adoptadas a principios de 2002.

#### 4. *Incumplimiento en la entrega de las plantas UNIREC*

131. La Circular N.º 30(A) (CU-63, RA-270) establecía que la Unidad de Coordinación del Proyecto Río Reconquista (UNIREC) debía construir tres plantas de tratamiento cloacal. Debían construirse dos plantas en Las Catonas (Municipio de Moreno) y en Ferrari (Municipalidad de Merlo) dentro del Área de la Concesión, mientras que la tercera se encontraba fuera de esa área (Hurlingham). Asimismo, la Planta existente en Bella Vista (Municipio de San Miguel) fue seleccionada para un proyecto de expansión. Las cuatro plantas fueron objeto de una licitación distinta de aquella en la que participaron los accionistas de AGBA. Las tres plantas del área de Concesión de AGBA se denominaron plantas UNIREC. La Circular trazaba una distinción entre la etapa de diseño y construcción (programada para 20 meses) y la etapa de operación y mantenimiento (24 meses).

132. Las Demandantes explican que los oferentes confiaron en estos compromisos. Los planes de expansión se elaboraron asumiendo la disponibilidad de las plantas de tratamiento de efluentes. Las Demandantes aducen que, dado que el proceso de licitación se había iniciado en junio de 1999, las plantas debían entrar en funcionamiento en el primer trimestre del año 2001. Desde entonces, debían funcionar durante un período de 24 meses sin costo alguno para AGBA, de conformidad con lo establecido en la Circular N.º 30(A).

133. No existe controversia de que las obras de las dos nuevas plantas (Catonas y Ferrari) no habían siquiera comenzado durante el tiempo en que AGBA estuvo a cargo de la Concesión.

134. Las Demandantes aducen que cuando se evidenció la increíble demora en la construcción de las plantas UNIREC, los planes de expansión de AGBA se vieron gravemente afectados, al igual que las expectativas de los ingresos que se obtendrían de la expansión de la red, que dependía del funcionamiento de dichas plantas. Las demoras afectaron la construcción de redes de cloacas de AGBA y la correspondiente ampliación del servicio. La demora en la ampliación de la Planta de Bella Vista comprendía la ampliación de una situación insostenible de descarga irregular de efluentes cloacales.

135. Asimismo, las Demandantes explican que el 17 de agosto de 2000, AGBA solicitó al ORAB que le brindara información actualizada del proceso de las plantas UNIREC y discutir la cuestión (CU-64, RA-232). Ocho meses más tarde, cuando se suponía que las

plantas ya debían estar en funcionamiento, el ORAB le solicitó a AGBA por nota del 17 de abril de 2001 que le informara acerca de la obra de reacondicionamiento y puesta en marcha de la Planta de Bella Vista, como si ello fuera obligación de la Concesionaria (CU-65). AGBA respondió el 2 de mayo de 2001 que esta planta debía haber estado en funcionamiento antes de la intimación del ORAB a la Concesionaria (CU-66). Como única respuesta, el ORAB le remitió a AGBA la información recibida del Presidente de UNIREC el 10 de julio de 2001 (CU-67), donde se indicaba que ante la situación económica y financiera de ese momento, a la Provincia no le resultaba posible dar inicio a las obras.

136. Las Demandantes interpretan que, de esta forma, el Presidente de UNIREC reconoció que la situación de las plantas era responsabilidad de dicha unidad, y que todo el proceso había sufrido demoras sustanciales y se había detenido debido a la imposibilidad de obtener financiamiento, como resultado de la situación económico-financiera de la Provincia. De las respuestas del ORAB, en particular la nota del 12 de noviembre de 2001 (RA-239), parecía inferirse que la intención del Organismo era que la Concesionaria asumiera la responsabilidad de la ejecución de las obras por su cuenta y cargo. Sin embargo, AGBA no podía realizar obras que eran objeto de una licitación en curso. AGBA jamás tomó posesión de la Planta de Bella Vista. El 23 de octubre de 2003, el ORAB acusó a AGBA de no haber cumplido con las disposiciones establecidas en el Contrato respecto de dicha planta, mediante la Resolución N.º 32/03 del 23 de octubre de 2003 (CU-68, RA-198, 214), basada a su vez en la Resolución N.º 25/03 del 17 de septiembre de 2003 (CU-69).

137. AGBA interpuso un recurso contra la Resolución N.º 32/03 (CU-72, RA-199) y presentó una propuesta técnica para el reacondicionamiento de la planta. El 25 de marzo de 2004, el Organismo solicitó que se vaciaran las instalaciones existentes en la Planta de Bella Vista a fin de verificar en qué estado se encontraban (CU-73). El 15 de septiembre de 2005, el Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA), el nuevo Organismo sucesor del ORAB, le informó a AGBA que las obras de rehabilitación y expansión a realizarse en la Planta de Bella Vista comenzarían el 20 de septiembre de 2005 (CU-74). Las Demandantes señalan que, en efecto, las obras aún no habían comenzado al momento de la rescisión del Contrato de Concesión.

138. Las Demandantes observan asimismo que, a solicitud del Ministerio de Infraestructura Vivienda y Servicios Públicos (Resolución N.º 84/06 del 10 de marzo de 2006, CU-75), OCABA publicó un informe de fecha 21 de abril de 2006 (CU-76), donde se indicaba que la planta de tratamiento de desagües cloacales de San Miguel era prácticamente inexistente, sin mención alguna del hecho de que esta planta no funcionaba desde antes de la Toma de Posesión por parte de AGBA y que la UNIREC era la responsable por las obras a realizarse allí. OCABA también señalaba que la planta formaba parte del listado de bienes presentado por AGBA al tomar posesión de la

Concesión. Citaba un inventario, pero dicho documento no formaba parte del expediente. El Decreto N.º 1666/06, que dispuso la rescisión de la Concesión, se limitó a reiterar lo mismo. Un mes después de ese Decreto, el OCABA finalmente resolvió sobre el recurso de AGBA contra la Resolución N.º 32/03 (Resolución N.º 44/06 del 8 de agosto de 2006, CU-77).

139. Las Demandantes aducen que el Concedente no solo incumplió con los compromisos asumidos en virtud de la Circular N.º 30(A), que exigían que se pusieran las plantas en servicio activo en la fecha establecida, sino que, además, intentó responsabilizar a AGBA por esos incumplimientos, citando el estado de la Planta de Bella Vista entre los motivos de la rescisión. Las Demandantes aducen asimismo que la Demandada reduce la discusión de las plantas UNIREC a la Planta de Bella Vista, pero esta planta era solo una de las plantas a cargo de la UNIREC de conformidad con la Circular N.º 30(A). El funcionamiento de las plantas UNIREC le habría permitido a AGBA atender a 378.000 usuarios adicionales con la red de cloacas (98.000 en Ferrari, 200.000 en Las Catonas, y 80.000 en Bella Vista), más 300.000 usuarios no conectados a la red, a quienes se les atendía a través de camiones cisterna que a su vez descargaban los efluentes en las plantas. Las Demandantes citan la declaración del Testigo Quijada, que explica que AGBA debió interrumpir las obras en proyectos para llevar los efluentes a las plantas purificadoras y desarrollar nuevos proyectos en otras áreas de la Concesión, lo que le provocó una pérdida de tiempo, dado que cualquier proyecto de este tipo necesita al menos cinco meses para poder implementarse<sup>21</sup>.

140. La Demandada admite que mientras se encontraba pendiente el proceso de licitación, AGBA propuso varias medidas para poner en funcionamiento la Planta de Bella Vista. La Autoridad Regulatoria entendió que las medidas propuestas por AGBA podrían mejorar las condiciones existentes y, por tal motivo, solicitó a la UNIREC que transfiriera provisionalmente la propiedad y el control de la Planta de Bella Vista a la Concesionaria, a fin de que AGBA pudiera comenzar las obras en esa planta (nota del 14 de agosto de 2001, RA-235). En respuesta, la UNIREC informó que las instalaciones de la Planta de Bella Vista jamás le habían sido transferidas y que no tenía ningún registro de dichas instalaciones (nota del 11 de septiembre de 2001, RA-236). Por consiguiente, el ORAB le informó a AGBA que la planta no se encontraba bajo el control de la UNIREC sino bajo su control, dado que había sido transferida a la Concesionaria al momento de la Toma de Posesión junto con todos los bienes identificados en el Capítulo 7 del Contrato de Concesión e incluidos en el inventario contemplado en el Artículo 6.4.1 del Contrato. Por consiguiente, como la planta se encontraba bajo el control de AGOSBA, debió haber sido transferida a la Concesionaria.

---

<sup>21</sup> Ver Quijada I, párrs. 287-294, II, párrs. 48-62; TR-S, Día 2, págs. 339/14-342/6.

141. La Demandada señala que dado que la Provincia había declarado la emergencia pública, el contrato con la UNIREC para la construcción de las plantas no se podía ejecutar. Bank of Japan no garantizaba el desembolso de los fondos de conformidad con el acuerdo de préstamo, y este fue el motivo por el cual se suspendió la ejecución del contrato. Esto llevó a la Provincia a decidir otorgar la solicitud de la Concesionaria para poder implementar medidas a los fines de mejorar las condiciones de la Planta de Bella Vista (nota del ORAB del 28 de septiembre de 2000, RA-233). En su nota del 13 de diciembre de 2001, AGBA negó haber realizado obras de reacondicionamiento en la planta, y manifestó que simplemente había limpiado las estructuras de acceso para mejorar el flujo de las redes de recolección para prevenir desbordes (RA-197). El 8 de julio de 2003, después de haber realizado una inspección de la planta, el ORAB dictó la Resolución N.º 32/03 del 23 de octubre de 2003 (RA-198, 214, CU-68), declarando que la Concesionaria había incumplido las obligaciones asumidas en materia de efluentes de la planta de tratamiento, y que eso la hacía pasible de una multa. AGBA interpuso recurso contra dicha Resolución aduciendo que la Planta no se encontraba bajo su control (RA-199, CU-72). El ORAB le recordó a AGBA que la planta de tratamiento de efluentes le había sido transferida de conformidad con el Artículo 43-II de la Ley N.º 11.820, ya que era uno de los activos de AGOSBA, y la obligación de UNIREC de realizar las obras de expansión no modificaba esa condición.

142. El Tribunal observa que el punto focal del debate de las Partes se refiere a la situación de la Planta de Bella Vista. En tal sentido, el Tribunal señala que debe abordar una cuestión preliminar respecto de una supuesta transferencia de titularidad de la Planta. La Demandada afirma que la planta se había transferido a AGBA junto con todos los demás bienes al momento de la Toma de Posesión. Cita, en tal sentido, la Circular N.º 73(A) que excluía de dicha transferencia la residencia de la persona a cargo de la Planta. Dicha Circular no ha sido presentada al Tribunal, y no puede constituir prueba de la transferencia de la planta a AGBA. La referencia de la Demandada al capítulo 7 del Contrato de Concesión y la cita del Artículo 43-II de la Ley N.º 11.820 tampoco contribuyen a la Posición de la Demandada, ya que estas fuentes no identifican cada uno de los bienes destinados al servicio de la concesión. El Artículo 7.2 del Contrato parece apuntar en la dirección contraria, ya que establece que, a la Toma de Posesión, se transferirá a la Concesionaria la posesión de todos los bienes asignados al Servicio titularidad de la Provincia y de AGOSBA. Dicho “Servicio” comprende cualquier obra necesaria a los fines de la prestación del servicio, incluido el mantenimiento y las obras de reacondicionamiento y expansión (Artículo 1.4). En lo que respecta a la Planta de Bella Vista, la Circular N.º 30(A) delegaba estas actividades en la UNIREC, de lo que se desprende que esta planta no estaba comprendida en el alcance del servicio de AGBA, y, por tanto, no se le transfirió la posesión y la titularidad.

143. El Tribunal no puede determinar si el inventario elaborado por AGBA al momento de la Toma de Posesión hacía referencia a la delegación de la Planta de Bella Vista a

AGBA, ya que dicho documento no ha sido presentado al Tribunal. La Demandada hace referencia a una nota enviada por AGBA al ORAB de fecha 22 de junio de 2001 (RA-238), que, sin embargo, no contiene dicho inventario. La nota no es más que una nota que acompaña la documentación, que podría haberse adjuntado, pero que no ha sido presentada al Tribunal. La referencia de la Demandada al Anexo L del Contrato tampoco aporta nada en tal sentido, dado que no se ha presentado el contenido de dicho Anexo, ni el texto de la Circular N.º 73(A) a la cual hace referencia. Una transferencia a AGBA parece muy poco probable, cuando se analiza la cuestión a la luz de la cláusula final de la Circular N.º 30(A) que disponía que las plantas se transferirían a la Concesionaria al finalizarse el proyecto a cargo exclusivo de la UNIREC, y no hasta entonces<sup>22</sup>. Aparentemente, en ese momento el ORAB no consideraba que la planta se hubiera transferido a AGBA, ya que el 16 de agosto de 2001 (RA-235) le escribió al Presidente de la UNIREC consultando “si puede transferirse específicamente la planta depuradora de Bella Vista al Concesionario”.

144. Por otra parte, la posición de las Demandantes de que la UNIREC estaba a cargo de las plantas no necesariamente implica que se hubiera transferido la titularidad a dicha entidad. Cuando el ORAB le consultó a la UNIREC acerca de la posibilidad de autorizar una transferencia a AGBA a los fines del reacondicionamiento de la planta, la UNIREC le respondió al Organismo por nota del 11 de septiembre de 2001 que la Planta de Bella Vista no había sido transferida a la UNIREC y que la UNIREC no registraba ninguna titularidad en tal sentido. Esto parecería ser correcto, especialmente si consideramos que la UNIREC no preveía ninguna obra. La Demandada aduce asimismo que, dada la situación de emergencia, el contrato de obra no se había podido firmar. Por consiguiente, ante la falta de pruebas de una transferencia de la Planta de Bella Vista a la UNIREC o a AGBA, la titularidad de dicha planta le correspondía al ORAB de conformidad con lo establecido en el Artículo 29-I de la Ley N.º 11.820 que disponía que el ORBAS tendría la titularidad de todos los bienes propiedad de AGOSBA para el cumplimiento de las metas de servicio. La propuesta de AGBA de reacondicionar la Planta de Bella Vista sin duda guardaba relación a las obras que debían hacerse conforme a la Concesión en el barrio donde se encontraba la planta o en otras áreas, pero no estaba comprendido en el alcance del Contrato de Concesión porque no se ha probado que se encontrara entre los bienes transferidos a la Concesionaria.

145. El Tribunal señala que no existe controversia respecto de que las plantas Ferrari y Catonas no se habían construido en los municipios de Merlo y Moreno, respectivamente. Surge de las pruebas presentadas a este Tribunal que la expansión de la Planta de Bella

---

<sup>22</sup> Cabe señalar que la Resolución N.º 7/01 del ORAB, de fecha 31 de enero de 2001 aprobó la propuesta de AGBA para el Primer Plan Quinquenal POES, y allí se indica, respecto de las instalaciones de San Miguel, incluido Bella Vista, que “su remodelación y ampliación está prevista por la UNIREC” (pág. 32). Podemos suponer que el ORAB habría negado este enunciado si la planta de Bella Vista se hubiera transferido efectivamente a AGBA.



Vista también había quedado bajo la responsabilidad de la Provincia, ante la imposibilidad de comenzar las obras inicialmente previstas para la UNIREC. La ejecución de esta obra se había acordado contractualmente conforme a la Circular N.º 30(A) que formaba parte del Pliego y, por tanto, del Contrato de Concesión. Los argumentos de las Partes no permiten concluir que existieran otros motivos que hayan impedido la ejecución de estas obras a excepción de que la Provincia no logró obtener el financiamiento necesario. Esto constituye un incumplimiento contractual grave, que requiere un análisis más exhaustivo. También se analizarán las posiciones de las Partes respecto del destino de la Planta de Bella Vista en relación con la decisión de rescindir la Concesión, donde se hace referencia al supuesto incumplimiento de AGBA de reacondicionar la planta.

146. El Tribunal entiende que esta es una controversia puramente contractual, y las Demandantes no plantean lo contrario. Es cierto que no cabe duda de que este incumplimiento de un compromiso contractual constituye un incumplimiento del contrato pero, como tal, el incumplimiento de la Provincia no constituye una violación de ninguna de las garantías consagradas en el TBI. Como ya lo hemos manifestado, la cuestión que requiere mayor consideración es la supuesta consecuencia de este incumplimiento sobre el funcionamiento general y la expansión de la red, que podría ser de tal magnitud que los inversores podrían estar en posición de plantear una reclamación por haber recibido un trato injusto o inequitativo que conculcaría el TBI. Sin embargo, de inmediato surgen dudas al analizar la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001 (CU-173, RA-183) donde la Concesionaria plantea que se habían interrumpido recientemente las obras de expansión debido a la baja cobrabilidad y, por tanto, solicitaba que se suspendieran temporalmente las metas de expansión. Si las obras de expansión se suspendieron como resultado de la incapacidad de obtener los ingresos necesarios, la falta de las plantas UNIREC no puede esgrimirse como la causa de la imposibilidad de llevar a cabo las obras de expansión.

##### 5. *La prohibición de aplicar el cargo de conexión y el cargo de obra*

147. El primer argumento de las Demandantes en este sentido se refiere a la prohibición a AGBA de cobrar el cargo de obra. Explican que poco después de la Toma de Posesión, AGBA dio inicio a las obras en las zonas con servicio deficiente y en donde solo había cañerías enterradas y en desuso. AGBA identificó esas cañerías no operativas para integrarlas a la red y acondicionarlas para la prestación del servicio. Estas obras de expansión de servicio estaban contempladas en el POES, y debían realizarse en los distritos de La Guardia y Sarmiento, Primavera y Grand Bourg.

148. En respuesta a la nota del ORAB del 10 de julio de 2001 (CU-78), AGBA había explicado al ORAB en su nota del 20 de julio de 2001 que había aplicado un cargo de obra solo en algunos Municipios, y que estaba en su derecho (CU-79). El ORAB le ordenó a AGBA que suspendiera la facturación de ese cargo (CU-80, RA-98) y solicitó

información adicional (CU-81). AGBA presentó la información solicitada y manifestó que el ORAB no tenía la facultad de suspender la facturación de la Concesionaria mediante nota del 22 de agosto de 2001 (CU-82). Tras un breve intercambio (CU-83-86, RA-99), el Organismo aprobó la Resolución N.º 14/02 del 12 de febrero de 2002, ordenándole a AGBA que se abstuviera de emitir facturas que incluyeran el cargo de obra (CU-87, RA-95). La Resolución no se expedía acerca de la aplicabilidad o inaplicabilidad del cargo de obra, y simplemente mencionaba que AGBA no había presentado la información solicitada.

149. Mucho tiempo después, el 6 de agosto de 2003, el ORAB envió otra solicitud de información (CU-88) a la cual AGBA respondió nuevamente (CU-89). El 28 de noviembre de 2003, el ORAB desestimó el recurso planteado por la Concesionaria contra la Resolución N.º 14/02 (CU-90, RA-100). Por otra parte, esta nueva Resolución N.º 33/03 expone los fundamentos para desestimar el recurso, indicando que la Concesionaria había omitido presentar la información solicitada aunque, por otra parte, reconocía que el ORAB contaba con dicha información. Para ese entonces, AGBA ya había sumado 15.000 usuarios en los municipios afectados por la suspensión de la facturación.

150. Las Demandantes alegan que, al momento de la rescisión del Contrato, la suspensión de la facturación del cargo de obra aún no se había dejado sin efecto, y el ORAB jamás había entregado el análisis que debía realizar de la información presentada por AGBA. AGBA apeló judicialmente la última Resolución del ORAB. El poder cobrar el cargo de obra resultaba esencial para financiar las obras de expansión contempladas en el POES. El ORAB le impidió a AGBA cobrar dichos cargos, a pesar de no tener la autoridad de hacerlo. El cargo de obra se refería a las instalaciones inexistentes o que estaban en completo estado de desuso. El Concedente estaba decidido a no permitirle a AGBA cobrar los cargos a los que tenía derecho, que ascendían a ARS 963.160 por obras realizadas en 2002.

151. La Demandada señala el hecho de que las áreas en las cuales AGBA deseaba facturar ese cargo de obra en realidad tenían redes de agua y cloacas, ya que la Provincia las había instalado antes de la Toma de Posesión. Por tanto no era razonable permitir el cobro de un cargo de obra, que era un monto a pagarse como participación en los costos de financiamiento de la “expansión de la red domiciliaria construida por el Concesionario”, de conformidad con el Artículo 10 del Anexo Ñ al Contrato. Los argumentos de las Demandantes se refieren a esta disposición y constituyen una típica controversia contractual, incapaz de generar responsabilidad conforme al TBI.

152. La Demandada explica que, a inicios de 2001, el ORAB comenzó a recibir reclamos de usuarios porque se les había aplicado el cargo de obra a pesar de vivir en áreas en las que las redes de agua y cloacas habían sido construidas por la Provincia antes

de la Toma de Posesión. Era una suma alta: ARS 150 por agua y ARS 250 por cloacas, mucho más que el cargo mensual de ARS 6. La Municipalidad de José C. Paz reclamó porque se les estaba facturando el cargo por obra a los usuarios en un área en la que el 90% de las obras habían sido ejecutadas por AGOSBA. El ORAB le solicitó a AGBA que presentara información detallada sobre las obras ejecutadas. Como única respuesta, AGBA se limitó a presentar una copia de la nota enviada a la Concesionaria por el Presidente de la Comisión de Usuarios y Consumidores del Senado de la Provincia de Buenos Aires y la respuesta a dicha nota (RA-97). Dado que esta información era insuficiente, el Organismo Regulador determinó que hasta tanto se recibiera y se analizara la información solicitada, AGBA no podía cobrar el cargo de obra (RA-98). A pesar de que AGBA presentó varias notas ofreciendo mayores explicaciones al ORAB, jamás presentó la documentación solicitada. En febrero de 2002, el Área Técnica del ORAB determinó que gran parte de las obras que AGBA puso en funcionamiento habían sido construidas por la Provincia (RA-99). Mediante Resolución N.º 14/02, el ORAB le ordenó a AGBA dejar de emitir facturas aplicando el cargo de obra a los usuarios que residían en los barrios en cuestión.

153. El recurso de AGBA se rechazó mediante Resolución N.º 33/03. El ORAB no objetó el derecho de AGBA a cobrar el cargo de obra al realizar obras de expansión de conformidad con el Artículo 10 del Anexo Ñ del Contrato de Concesión. Nuevamente le solicitó a AGBA que presentara información respecto de la existencia de inversiones y obras relativas a la expansión de las redes. La Demandada señala que el ORAB entendió que no se trataba de conexiones nuevas, sino preexistentes. La Empresa jamás presentó información que demostrara que la aplicación del cargo de obra era correcta. En febrero de 2004, AGBA presentó un reclamo contra las Resoluciones N.º 14/02 y N.º 33/03 (RA-101). AGBA jamás negó el derecho de cobrar el cargo de obra, pero las obras realizadas debían ser verificadas por el ORAB a fin de determinar si AGBA efectivamente tenía derecho a cobrarla. El derecho a cobrar el cargo jamás se prohibió, sino que se suspendió hasta tanto la Concesionaria presentara la información necesaria a fin de permitir verificar si correspondía aplicar el cargo.

154. El Tribunal señala que esta es una controversia puramente contractual, y las Demandantes no han planteado lo contrario. El cargo de obra es una suma que deben pagar los usuarios cuando se los conecta al servicio para el “financiamiento de los costos de la expansión de la red domiciliaria construida por el Concesionario” (Artículo 10 del Anexo Ñ al Contrato de Concesión). La controversia se reduce a la interpretación de los términos “expansión de la red” en casos en los que un porcentaje sustancial de tales obras se había ejecutado con anterioridad a la Toma de Posesión. La Testigo Cinti manifestó que AGBA les había cobrado el cargo de obra a muchos usuarios por obras preexistentes<sup>23</sup>. Asimismo, la controversia también se refiere a la información solicitada

---

<sup>23</sup> Cinti I, párrs. 63-67, II, párr. 43; TR-S, Día 3, pág. 766/9-20.

a AGBA para obtener la aprobación del ORAB para la facturación del cargo de obra. El Tribunal entiende que las disposiciones del Anexo Ñ no tienen la claridad necesaria para permitirle analizar adecuadamente esta cuestión. Entiende también que la insistencia de AGBA para facturar el cargo de obra no fue fundamentada por información detallada sobre las obras realizadas, tal como se lo había solicitado el ORAB<sup>24</sup>. En todo caso, estas cuestiones son totalmente irrelevantes a la controversia planteada ante este Tribunal, ya que no guardan relación alguna con un incumplimiento del TBI.

155. En cuanto al segundo argumento, referido al cargo de conexión, las Demandantes explican que, a la fecha de la Toma de Posesión, el servicio provisto en algunos barrios tenía deficiencias graves, ya que la condición de las conexiones existentes era muy deficiente, y no alcanzaba el estándar técnico mínimo. La infraestructura representaba un riesgo sanitario sustancial para los usuarios. AGBA había verificado la situación unos pocos días después de tomar posesión de la Concesión y puso en marcha una restauración de las instalaciones básicas existentes. También efectuó un relevamiento de los distintos activos que integraban dichas redes, que no habían sido autorizadas y respecto de las cuales AGOSBA no había suministrado ningún dato que le pudiera permitir a AGBA facturar a los usuarios.

156. La Resolución N.º 44/00 del 14 de junio de 2000 (CU-93) disponía que AGBA debía acatar la prohibición del ORAB de facturar el cargo de conexión en determinados barrios. En efecto, en varias comunidades, AGBA era la única facultada a facturar a los usuarios y cobrar por la prestación de los servicios de conformidad con el Anexo Ñ del Contrato de Concesión, sin incluir el cargo de conexión. El ORAB consideró que en las comunidades enumeradas en el listado puesto a disposición de los oferentes, el servicio ya era prestado por AGOSBA; lo que significa que debían ser parte del área servida. El ORAB actuó de manera reprobable ya que no solo objetó la facturación del cargo de conexión después de que AGBA ya había ejecutado gran parte de las obras, a pesar de que se le había notificado de la intención y los planes de la Concesionaria. Al plantearse dichas objeciones, los usuarios ya se consideraban usuarios servidos, pero no se les podía facturar desde la Toma de Posesión en adelante porque AGBA les había informado que sus conexiones debían rehacerse y finalizarse. Mediante la Resolución N.º 51/01 del 17 de octubre de 2001 (RA-94), el ORAB rechazó el recurso interpuesto por AGBA contra la Resolución N.º 44/00, argumentando que AGOSBA ya había prestado el servicio sin

---

<sup>24</sup> El testigo Cerruti I, párrs. 84-102, reclama detenidamente por los pedidos del ORAB exigiendo cantidades de datos injustificadas, pero no le ofrece al Tribunal ninguna información que le permita identificar el contenido y el alcance de estos pedidos. El Testigo se excede en el rol que le compete al concluir que el objetivo de los pedidos del ORAB era “perseguir fines políticos forzando a AGBA a abstenerse de facturar el Cargo de Obra, cuando estaba legítimamente facultada para hacerlo” (párr. 103). Por un lado, el Testigo no tiene el conocimiento suficiente para conocer los “fines políticos” del ORAB y, por el otro, tampoco es un experto para determinar lo que AGBA “estaba legítimamente facultada” a hacer.

cargo, y que por tal motivo esos usuarios no estaban incluidos en la base de datos de la Concesionaria.

157. Sin embargo, las Demandantes alegan que esta postura parece contradictoria, ya que el Organismo había incluido estas conexiones en las obras de expansión del servicio al aprobar el informe de avance del POES correspondiente al primer año de la concesión. En cuanto a las obras de la época de AGOSBA, se encontraban en tan mal estado que era necesario instalar nuevas conexiones y reacondicionar las conexiones existentes porque se encontraban en estado deficiente. AGBA debió incurrir en muchos gastos por este motivo. El Organismo Regulador había determinado el valor de dichas obras como obras de expansión en el análisis del POES correspondiente al primer año. Los daños causados por la prohibición de cobrar tales cargos ascendieron a \$ 3.362.000 para el año 2000.

158. La Demandada alega que la Concesionaria estaba autorizada a cobrar el “cargo de conexión” a los usuarios cada vez que se instalaba una nueva conexión residencial, de conformidad con el Anexo Ñ del Artículo 11. Las Demandantes alegan de forma infundada que el ORAB le prohibió a AGBA cobrar dicho cargo de conexión. Cuando AGBA le informó al ORAB que comenzaría a cobrar ese cargo a los usuarios a los que AGOSBA les había brindado el servicio sin que se les facturara, la solicitud fue rechazada por el ORAB, que le recordó a AGBA que solo podía cobrar ese cargo a aquellos usuarios a los que se les realizara una conexión residencial. Durante la licitación, se informó a los oferentes del número de usuarios que no se habían incluido en la base de datos de usuario de AGOSBA, pero a quienes se les prestaba servicio de todas maneras. La Circular Informativa N.º 16 contiene un listado con la cantidad de conexiones (RA-251). Sin embargo, AGBA aduce que el servicio prestado por AGOSBA era deficiente en cuanto a cantidad y calidad del flujo de agua, y que fue este el motivo por el cual nunca se los incluyó en la base de datos de usuarios.

159. La Demandada niega la afirmación de las Demandantes de que AGBA podía considerar a estos usuarios como nuevas conexiones a los fines del POES. Estas conexiones no se pueden considerar “nuevas” porque ya existían al momento de la toma de posesión del servicio. Solo se podía facturar el cargo de conexión a un usuario después de instalar una nueva conexión residencial.

160. El Tribunal señala que esta es una controversia puramente contractual y que las Demandantes no han planteado lo contrario. El cargo de conexión es un cargo que debe pagar el usuario al ser conectado a la red (Artículo 11 del Anexo Ñ del Contrato de Concesión). La controversia se refiere a la interpretación del término “conexión” en aquellos casos en que el servicio era prestado antes de la Toma de Posesión, pero era necesario restablecer la conexión después de que la prestación del servicio pasó a manos de AGBA. El Tribunal entiende que las disposiciones del Anexo Ñ no tienen la claridad deseada que le permita analizar adecuadamente estas cuestiones. Si bien la posición del

ORAB parece rígida en este sentido al no admitir que si una conexión estaba en muy malas condiciones debe rehacerse por completo, también cabría argumentar que los usuarios incluidos como tales en la base de datos califican como usuarios conectados previo a la Toma de Posesión, de modo que AGBA no podría cobrarles el cargo de conexión. Independientemente de ello, no cabe duda de que estas cuestiones son completamente irrelevantes para la controversia sometida ante este Tribunal, ya que no guardan relación alguna con ninguna violación del TBI.

161. El Tribunal también desea señalar que, como explicará en el próximo capítulo, cuando se otorgó la aprobación del informe del POES correspondiente al primer año, se incluyeron muchas obras como obras de expansión del servicio cuando en realidad no lo son. La decisión del ORAB en este sentido tenía como único fin justificar la aprobación del informe por una reclasificación de cierta parte de las obras, por ejemplo, la determinación de cargos de obra y de conexión, que habrían tenido un impacto directo sobre las facturas de los usuarios, respecto de lo cual no se podía utilizar el POES como referencia.

#### 6. *Obstáculos a la implementación del mecanismo de cobro*

162. Las Demandantes explican que las tarifas eran la única fuente de ingresos para la Concesionaria, de modo que era importante para AGBA aplicar todos los medios e instrumentos aprobados en el Marco Regulatorio para exigir el cumplimiento de las obligaciones de pago de los usuarios. Resultaba esencial implementar un proceso eficiente de facturación y cobranzas, al igual que controles de pago y medios efectivos para responder ante los usuarios morosos o renuentes al pago. Las Demandantes habían invertido confiando en que contarían con instrumentos efectivos para garantizar los altos índices de cobrabilidad establecidos en el Marco Regulatorio.

163. AGBA se vio forzada a lidiar con la política relajada y permisiva aplicada por la Provincia en el período previo a la Toma de Posesión. Los usuarios preexistentes son aquellos a quienes se prestaba el servicio y que figuraban en la base de datos comercial de AGOSBA y, por tanto, recibían una facturación por el servicio. Los usuarios restantes recibían algún tipo de servicio de AGOSBA, sin que se les facturara tal servicio. Resultaba necesario implementar una política para concientizar a los usuarios de la necesidad de pagar por los servicios que recibían.

164. Las Demandantes alegan que las reiteradas interferencias del Organismo Regulatorio provocaron repetidos fracasos de los intentos legítimos de la Concesionaria de cobrar las facturas. En efecto, el Organismo defendía a los usuarios morosos, para la frustración de los usuarios que pagan a término, lo que afectaba aún más los índices de cobrabilidad de los usuarios preexistentes. Las medidas del ORAB tendientes a obstaculizar la implementación de mecanismos de cobranzas, incluyeron, entre otras: (a)

prohibición de interrumpir el servicio, (b) prohibición de iniciar procedimientos de ejecución, (c) prohibición de cobrar a los usuarios morosos el reembolso de ciertos esfuerzos privados de cobranzas; e (d) interferencia con la gestión de cuentas morosas.

165. El primer argumento de las Demandantes en este sentido se refiere a la prohibición de AGBA de cortar el servicio a los usuarios que no pagaran sus facturas. El artículo 15-II de la Ley N.º 11.820 faculta a la Concesionaria a cortar el servicio ante la falta de pago de conformidad con el Artículo 34-II, que establece: “El Concesionario estará facultado para proceder al corte del servicio por atrasos en el pago de las facturas correspondientes, sin perjuicio de los cargos por mora e intereses que correspondieran”. El Artículo 29 del Anexo Ñ consagra el mismo derecho. Se establece una excepción, que le permite al Organismo Regulador suspender el corte del servicio pero solo “transitoriamente” y “en casos imprevistos y extraordinarios”.

166. A través de una acción de amparo, un usuario de la Municipalidad de Moreno logró que se dictara una medida cautelar declarando que el corte de servicio por falta de pago era inconstitucional. AGBA presentó una apelación en contra de dicha medida, que se admitió en parte, pero no respecto de la suspensión del corte de servicio a la actora. AGBA solicitó a las autoridades que intercedieran (notas del 30 de julio de 2001, CU-94, y del 24 de octubre de 2001, CU-95). Lo hizo mediante nota del 11 de enero de 2002 (CU-96) cuando el Tribunal extendió la medida cautelar a todos los residentes del Municipio de Moreno (orden del 27 de diciembre de 2001). El juez de paz dictó sentencia el 21 de agosto de 2002, concluyendo que no estaba permitido cortar el servicio en el Municipio de Moreno (CU-97). La Cámara de Apelaciones ratificó la decisión del tribunal inferior el 17 de octubre de 2002 y la inconstitucionalidad del Artículo 34-II de la Ley N.º 11.820 (CU-98).

167. Mediante la Resolución N.º 56/02 del 27 de agosto de 2002 (CU-102, RA-204), se ordenó a AGBA y ABSA suspender cualquier notificación en relación con el corte del servicio a (1) usuarios de la categoría 1 de servicio no medido en condiciones de pobreza o indigencia mientras persistiera la emergencia económica, y (2) a los jubilados en las categorías 1 y 2 de servicio no medido. En su Resolución, el Organismo Regulador hacía referencia a la emergencia económica, a pesar de que el ORAB no tenía la potestad de modificar los derechos de la Concesionaria consagrados en el Marco Regulatorio. AGBA no recibió ninguna contraprestación para compensar las pérdidas sufridas como resultado de esta medida. Además, la Provincia impuso una carga adicional a la Empresa al declarar la obligación de determinar qué usuarios correspondían a la categoría de pobreza. Pero AGBA no tenía manera de cumplir con esta obligación. Como resultado de ello, la prohibición de la interrupción de servicio se extendió a todos los usuarios de la Categoría 1, independientemente de su situación económica y social (tal como lo reconoce el ORAB en la nota del 18 de marzo de 2004, CU-105), y a todos los jubilados de las categorías 1 y 2. Las Demandantes alegan que no se puede invocar el Marco Regulatorio para justificar

una medida contraria a dicho Marco. La autoridad de la Provincia se define en el Marco Regulatorio, y el principio de riesgo empresario de la Concesionaria no puede justificar la Resolución de la Provincia.

168. El recurso de AGBA contra la Resolución N.º 56/02 fue rechazado (Solicitud del 20 de septiembre de 2002, CU-103; Resolución N.º 45/03, CU-111). El 27 de agosto de 2003, AGBA le escribió al ORAB indicándole que su Resolución agravaba el patrón de “falta de pago” en perjuicio de AGBA, provocándole pérdidas por USD 26.179.281,26 por las cuales solicitaba compensación del Concedente (CU-106). El ORAB respondió el 18 de septiembre de 2003 (CU-107) que la cuestión estaba comprendida entre los riesgos de la empresa y que el suministro de agua era esencial para la vida de las personas; rechazó la solicitud de AGBA nuevamente el 9 de octubre de 2003 (CU-109). El 29 de septiembre de 2003, AGBA recibió una respuesta del Ministro de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos rechazando sus solicitudes (Resolución N.º 636/03, CU-100).

169. Más adelante, el Nuevo Marco Regulatorio, adoptado mediante el Decreto N.º 878/03 del 9 de junio de 2003 (CU-125, RA-175), prohibió el corte del servicio y creó la obligación de un “abastecimiento mínimo vital” que debía garantizarse a todos los usuarios en mora afectados por un “corte del servicio”. Esto significaba que el corte debía reemplazarse por una reducción del flujo de agua, lo que generaba una nueva discriminación entre los usuarios morosos sujetos a una reducción del flujo de agua y los usuarios morosos que podían seguir gozando del servicio a pesar de no pagarlo.

170. Las Demandantes afirman que las medidas adoptadas por el Organismo Regulador y el Concedente tuvieron como resultado directo un incremento en los índices de morosidad. Se garantizó a los usuarios que recibirían el servicio a pesar de que no pagaran sus facturas, aunque sería un servicio mínimo, y se les garantizó que no sufrirían ninguna interrupción del servicio. Esto tuvo un impacto negativo sobre los ingresos de AGBA.

171. La Demandada aduce que la decisión del Juez de Paz de Moreno que declaró la inconstitucionalidad de la segunda parte del Artículo 34 de la Ley N.º 11.820 tuvo por efecto que varias municipalidades decidieran seguir el ejemplo. Esto se prolongó cuando la Cámara de Apelaciones del Municipio de Mercedes ratificó esa decisión. El 29 de septiembre de 2003, el Ministerio de Infraestructura Vivienda y Servicios Públicos de la Provincia rechazó la solicitud de AGBA de intervenir (CU-100).

172. La Demandada agrega que la Resolución N.º 56/02 era una medida temporaria destinada a durar mientras persistiera la emergencia económica, y que no tenía por objeto alentar a los usuarios a endeudarse, y menos aún comprometer los ingresos de AGBA.



173. La Demandada alega que las restricciones al corte de servicio se aplicaron prácticamente en todas las jurisdicciones de la República Argentina. El corte de servicio, en el contexto de la crisis, habría sido perjudicial para AGBA y no habría contribuido en lo absoluto a mejorar el índice de cobrabilidad, que ya era bajo en 2000 e inicios de 2001. La suspensión de los cortes de servicio también se debían a que AGBA siempre había demostrado una falta de compromiso que afectaba directamente el derecho al agua garantizado a toda la población, y forzaba al Estado a tomar medidas para evitar la violación de derechos fundamentales tan básicos como el derecho de acceso al agua.

174. La Demandada recuerda que se le explicó a AGBA por qué se le había solicitado que no persistiera en los cortes de servicio. Ello se debía fundamentalmente a la situación económica del momento, y a una serie de reclamos presentados por los usuarios. Las Demandantes insisten que el corte de servicio habría tenido por efecto alentar a los usuarios morosos a pagar sus facturas. Este argumento no es correcto, porque ello solo habría agravado los problemas de cobrabilidad.

175. La Demandada señala asimismo que AGBA no creía en los beneficios de cortar el servicio cuando manifestó, en su nota del 17 de mayo de 2001, antes de la declaración de la emergencia, que dado que esto afectaba a un 50% de los usuarios morosos “no resultaría prudente ejercitar estos derechos en forma generalizada, esto es, más allá de llevar a cabo cortes en forma selectiva y puntual” (RA-183, CU-173). La Concesionaria misma admitió en esta nota que no resultaba recomendable aplicar medidas tales como un corte generalizado. En la Memoria y Estados Contables de 2005, AGBA enumeró una larga serie de nuevos métodos para el cobro prejudicial y personalizado para algunos clientes y para el cobro extrajudicial de otros (página 5). La Empresa también comenzó a trabajar en mejorar las herramientas existentes para todos los tipos de cobranza a los fines de facilitar y acelerar estas actividades (RA-269, CU-32).

176. El Tribunal señala que esta es una controversia puramente contractual y que las Demandantes no han planteado lo contrario. Las Demandantes no pueden negar que su supuesto derecho al corte de servicio a los usuarios morosos no era absoluto. AGBA sabía que el ORAB tenía la facultad de emitir órdenes, y que uno de los objetivos más importantes del organismo era proteger la salud pública y el medio ambiente en el territorio de la Provincia de Buenos Aires (Artículo 19-I(a) de la Ley N.º 11820). El Contrato de Concesión facultaba al ORAB a ordenarle a la Concesionaria suspender el corte de servicio (Anexo H, Art. 60); también lo facultaba a ordenarle a la Concesionaria suspender transitoriamente el corte en supuestos imprevistos o extraordinarios (Artículo 62, inc. f). En su Resolución N.º 56/02 (CU-102, RA-204), el ORAB sostuvo con vehemencia que había actuado buscando el logro de “la universalidad del servicio público sanitario, consagrándolo como un derecho de todos los habitantes de la provincia y en resguardo de los derechos constitucionalmente adquiridos” y que el Organismo debía garantizar la protección de “los usuarios carenciados”. Por el contrario, las Demandantes

invocan la falta de ingresos y ven esta Resolución simplemente como una medida provocada por la emergencia. Sin duda esto no refleja adecuadamente el panorama de ese momento, cuando un número considerable de los usuarios de la categoría 1 ya no estaban en condiciones de pagar el servicio de agua y cloacas que formaba parte del soporte que necesitaban para su salud y su vida.

177. Asimismo, si bien las Demandantes comprensiblemente insisten en la aplicación de las disposiciones del Marco Regulatorio, deben admitir que no tenían derecho a invocar una disposición que había sido declarada inconstitucional, y que la misión del ORAB era garantizar que dicha disposición ya no se aplicara. La ley N.º 11.820 ya no contenía el Artículo 34-II desde el momento en que dicha disposición se declaró inconstitucional. Cuando el Marco Regulatorio declaró que la Ley N.º 11.820 era aplicable a la Concesión, no incluía una disposición de la Ley que no era aplicable por inconstitucional. Se podría interpretar la situación de otra manera y calificar la declaración de inconstitucionalidad como modificación de la Ley No. 11.820, incluida en la definición de Contrato de Concesión de esa Ley (Artículo 1.2).

178. Incluso si admitiéramos que el ORAB sobrestimó la gravedad de la presión que podía ejercer la Concesionaria amenazando a los usuarios en mora con un corte de servicio, los argumentos de las Demandantes deben ponderarse tomando en cuenta la posición de AGBA de que insistir con el corte del servicio frente a los usuarios en mora no era una medida eficiente en muchos casos en particular, y que no era una política recomendable para aplicar a gran escala. A la luz del grave problema provocado por la alta tasa de incobrabilidad, una estrategia de corte de servicio a los usuarios con cuentas impagas ciertamente no constituía una medida con grandes posibilidades de éxito. En tal sentido, los argumentos de las Demandantes parecen excesivos y desproporcionados cuando se les compara con el escenario más amplio de una Concesionaria incapaz de resolver la amenaza que le representaba la gran cantidad de cuentas impagas. En todo caso, esta cuestión es una controversia contractual y las Demandantes no han alegado lo contrario.

179. El segundo argumento de las Demandantes en relación con la renuencia de los usuarios a pagar sus facturas se refiere a la prohibición a AGBA de iniciar procesos de ejecución para poder cobrar las facturas. El 20 de abril de 2005, el ORAB dictó la Resolución N.º 07/05 (CU-112) mediante la cual se exigía a la Concesionaria que probara, antes de iniciar un proceso de ejecución, que había cumplido con las obligaciones y los deberes establecidos en el Artículo 3 de la Ley N.º 13.302. Esta disposición implementaba una suspensión de 180 días de las ejecuciones del hogar de un deudor en casos de baja valuación fiscal, y una suspensión de 1 año si el deudor era desempleado. El Organismo quería aplicar dicha disposición, que tenía por objeto proteger el derecho a la vivienda, al servicio provisto por la Concesionaria. Como resultado, se le impedía a AGBA iniciar procesos de ejecución por los plazos de 180 días y un año en el caso de clientes

desempleados. Esto no se ajustaba al Artículo 33-II de la Ley N.º 11.820 que establecía que la Concesionaria podría recurrir al cobro judicial a través de un proceso de ejecución. Asimismo, la norma invertía la carga de la prueba exigiéndole a AGBA que probara que los clientes efectivamente tenían empleo. AGBA recurrió esta Resolución el 5 de mayo de 2005 y solicitó que se suspendieran sus efectos (CU-113). Jamás se resolvió sobre el recurso, y la Resolución se mantuvo vigente hasta después de terminado el Contrato de Concesión. Como resultado, ello alentó al no pago del servicio provisto.

180. La Demandada explica que la Ley Provincial N.º 13302 (RA-205) se aprobó con el fin de proteger a los usuarios que vivían en su única vivienda familiar (de un valor de hasta 90.000 pesos) y a aquellos usuarios que se encontraran desempleados al momento de la aprobación de la ley el 27 de enero de 2005. La Ley Provincial N.º 13302 se aplicaba a cualquier servicio público, y suspendía todas las ejecuciones. Los legisladores quisieron proteger a los propietarios de una única vivienda familiar de la supuesta negativa al reembolso de los gastos de cobranza. El ORAB tenía la obligación de intervenir en todas las cuestiones respecto de la actividad de las prestadoras de servicios de agua y cloacas. Esto incluía la protección de los usuarios sujetos a la Ley N.º 13302. En los estados contables de AGBA del año 2005 se hace referencia a este procedimiento.

181. El Tribunal señala que esta es una controversia puramente contractual y las Demandantes no han planteado lo contrario. La Ley N.º 13.302 no se aplicó hasta el 27 de enero de 2005 y, por tanto, no tuvo grandes consecuencias para el funcionamiento de la Concesión. De conformidad con el Contrato de Concesión, se puede plantear si el ORAB podía ordenarle a AGBA que procediera con las medidas de ejecución de conformidad con el Nuevo Marco Regulatorio establecido mediante el Decreto N.º 878/03, de conformidad con la Resolución N.º 07/05. Esta cuestión es de muy poca relevancia. Podría pensarse que las nuevas normas se pueden considerar una modificación o un complemento de la Ley N.º 11.820, según lo establecido en el Artículo 1.2 del Contrato. La cuestión parecería irrelevante, dado que el contenido de esta disposición es similar al contenido del Artículo 33-II de la Ley N.º 11.820. En todo caso, esto no guarda relación alguna con una supuesta violación del TBI.

182. En su tercer argumento respecto del cobro de facturas, las Demandantes hacen referencia a los Artículos 26 y 30 del Anexo Ñ al Contrato de Concesión y el Artículo 42 del Reglamento del Usuario (RA-102) como fuente del derecho de AGBA de recuperar los gastos en los que incurriera como resultado del cobro privado de las cuentas en mora, y de cobrar intereses financieros e intereses por mora. Esta obligación de pagar costos adicionales también constituía un incentivo para que los usuarios pagaran sus facturas en tiempo y forma. El 7 de enero de 2002, AGBA le solicitó autorización al ORAB para facturar estos cargos a los usuarios en mora (CU-115). Esta solicitud parecía particularmente apropiada ante el incremento sustancial en la cantidad de incobrables.

183. El 31 de octubre de 2002, el ORAB negó la solicitud de AGBA (Resolución N.º 63/02, CU-116, RA-206), sosteniendo que los esfuerzos privados de cobranza se encuadran dentro de los gastos generales de servicio que la Concesionaria debió contemplar a la hora de preparar su oferta. Sin embargo, las disposiciones antedichas del Contrato autorizaban la facturación individualizada de dichos costos, previa autorización del Organismo Regulador. El ORAB invocó el Artículo 1 del Anexo Ñ, conforme al cual los usuarios no debían pagar ningún otro monto “que los resultantes de la aplicación del Régimen Tarifario por hechos relacionados con la disponibilidad y la provisión del Servicio”. El Régimen Tarifario no cubría ningún costo respecto del incumplimiento de los usuarios de las obligaciones de pagar el servicio que se les presta.

184. En la opinión de las Demandantes, este es otro factor que contribuyó al incremento de cuentas incobrables y alentó la “cultura del no pago”.

185. La Demandada explica que el Organismo Regulador tomó esta decisión porque estaba a cargo de ejercer el poder de policía sobre los servicios sanitarios. El Artículo 12 del Contrato de Concesión dispone que no se podrá modificar dicho contrato a fin de compensar a la Concesionaria por déficits asociados a su riesgo empresario.

186. El Artículo 1 del Anexo Ñ dispone que los usuarios no deberán pagar a la Concesionaria ningún monto, a excepción de aquellos que resulten de la aplicación del régimen tarifario en relación con la disponibilidad y prestación del servicio. Ello significa que los usuarios no tenían por qué pagar ningún monto que no estuviera contemplado en el Anexo Ñ del Contrato o los que resultaran de una revisión tarifaria realizada conforme al procedimiento establecido en el Capítulo 12. Por tanto, era imposible que el ORAB admitiera la solicitud de AGBA, dado que el cargo propuesto se deriva del principio del riesgo empresario.

187. La Demandada señala asimismo que el régimen tarifario disponía la tasa de intereses aplicable a los pagos fuera de término que es una sanción impuesta a los usuarios por la falta de pago de sus facturas (Anexo Ñ, Art. 26). Esto significa que el incumplimiento de la obligación principal del usuario se sanciona con la tasa de interés aplicable a los casos de mora en el pago. Asimismo, el Artículo 30 del Anexo Ñ no resulta aplicable a la solicitud de AGBA, ya que se refiere a obras que deben realizar los usuarios. También se le informó a AGBA que su solicitud conforme al Artículo 42 del Reglamento del Usuario fue rechazada porque la cobranza a los usuarios formaba parte del servicio que debía proveer la Concesionaria y, por tanto, parte de su riesgo empresario. En tal sentido, se informó a los oferentes de los porcentajes de cobrabilidad del servicio y los costos en que incurriría para mejorar el índice de cobrabilidad.

188. El Tribunal señala que esta es una controversia meramente contractual, y que las Demandantes no han planteado lo contrario. El pago fuera de término por parte de los

usuarios debe compensarse con intereses, de conformidad con el Artículo 26 del Anexo Ñ. Además de eso, las Demandantes no hacen referencia a una norma que disponga que el régimen tarifario también incluiría costos asociados al cobro de facturas. En todo caso, este tema no guarda relación alguna con una supuesta violación del TBI.

189. Como sustento de su cuarto argumento respecto del cobro de facturas, las Demandantes reclaman que el Organismo Regulador también trató de controlar la redacción utilizada por la Concesionaria en sus intimaciones a los usuarios en mora. El 17 de noviembre de 2003, AGBA recibió una nota del ORAB en donde le indicaba que la Concesionaria debía prestar atención a la redacción de sus comunicaciones debido a la ansiedad e insatisfacción que generan, particularmente entre los sectores de menores ingresos. Las Demandantes alegan que esta nota se basó exclusivamente en la posición política del Organismo Regulador, e interfería con el accionar legítimo del Concesionario. El ORAB le impidió a la Concesionaria utilizar los mecanismos que le otorgaba el Marco Regulatorio para garantizar el cobro de sus facturas. Los actos del ORAB redujeron los ingresos de AGBA y, además de ello, provocaron un incremento de las facturas incobrables. De esta forma se le impidió a la Concesionaria ejercer uno de sus derechos fundamentales, a saber, el derecho de cobrar los montos adeudados por los servicios provistos.

190. La Demandada niega que el Concedente y el Organismo Regulador hayan interferido con la gestión de cuentas en mora al prohibirle a AGBA que utilizara una cierta redacción en sus avisos a los usuarios. La intención del ORAB era ayudar a AGBA y evitar la insatisfacción de la población. Jamás tuvo la intención de limitar su derecho al cobro de facturas en mora. Su intención era la de cooperar y no generar una mayor insatisfacción entre los usuarios debido a la gravedad de la crisis que se sufría en ese momento. Las Demandantes aducen que se les impidió ejercer su derecho a cobrar el pago sin ningún fundamento.

191. El Tribunal observa que se trata de una controversia puramente contractual y que las Demandantes no han planteado lo contrario. AGBA tuvo un cierto progreso en el trato de los usuarios que no deseaban pagar sus facturas, por ejemplo, modificando los términos de las intimaciones de pago. AGBA no ha demostrado por qué una recomendación de este tipo de las autoridades podría haberles impedido mejorar el índice de cobrabilidad. Muy por el contrario, el planteamiento de este reclamo ante este Tribunal y alegar (implícitamente) una supuesta violación del TBI es simplemente frívolo.

#### 7. *Prohibición de considerar los cambios en la carga tributaria*

192. Las Demandantes explican que el Artículo 9.4 del Contrato establecía que todo nuevo impuesto, la sustitución de impuestos o la modificación las alícuotas correspondientes a partir del plazo para la presentación de la oferta económica deberían

considerarse con relación a su incidencia sobre los valores tarifarios y precios del servicio, con excepción del impuesto a las ganancias y el impuesto al valor agregado. En el Artículo 9.2 se enumeraban todos los impuestos nacionales o provinciales que podían afectar a la Concesionaria en relación con el cálculo de la tarifa, y el impuesto a las ganancias y el impuesto al valor agregado eran las únicas dos excepciones. Por consiguiente, la oferta económica se basaba en una determinada carga tributaria, sujeta a esas dos excepciones, que se trasladaría a las tarifas. El objeto era garantizar la ecuación económico-financiera del Contrato.

193. Las Demandantes aducen que la Autoridad Regulatoria impidió la aplicación de ese artículo, ya que prohibió que se trasladaran determinados incrementos en las alícuotas de los impuestos a los que se encontraba sujeta la Concesionaria. Se introdujeron modificaciones que incrementaron la carga tributaria de la Concesionaria y que hicieron que fuera mayor de lo que podrían esperar los oferentes y URBASER.

194. La primera cuestión a la que hacen referencia las Demandantes se refiere al Decreto No. 176/99 del 30 de diciembre de 1999 que dejó sin efecto una reducción de los aportes patronales a la seguridad social que se había implementado anteriormente. Asimismo, las Demandantes señalan que el Decreto N.º 814/01 del 1 de julio de 2001 (RA-208) incrementó los aportes patronales al sistema de seguridad social. Por su parte, la Demandada alega que el impacto de estos dos decretos fue intrascendente, y que las Demandantes no han ofrecido explicación alguna en contrario.

195. Las Demandantes agregan a su listado de modificaciones críticas la Ley N.º 25.413 del 26 de marzo de 2001 (RA-209), modificada por la Ley N.º 25.453 (RA-267), que impuso un nuevo gravamen a los créditos y débitos en las cuentas corrientes y operaciones similares, cuya alícuota se incrementaría con el tiempo de la mano de la crisis que procuraba paliar. La Demandada responde que en este caso las Demandantes tampoco han ofrecido pruebas que corroboren su afirmación. No han refutado específicamente el argumento de la Demandada de que el impacto del gravamen sobre los créditos y débitos bancarios era de alrededor del 0,6%.

196. Por último, las Demandantes reclaman por el aumento del impuesto provincial a los Ingresos Brutos mediante la Ley N.º 12.727 del 21 de julio de 2001, que declaró la emergencia pública en la Provincia con el efecto de que, para AGBA la alícuota del impuesto a los ingresos brutos ascendió del 3,5% al 4,55% de su facturación; y este incremento se mantuvo vigente. Las Demandantes enfatizan que estos cambios en la carga tributaria evidenciaban una necesidad de aplicar el mecanismo de ajuste de tarifas establecido en el Artículo 9.4 del Contrato. Alegan que AGBA notificó a la Autoridad Regulatoria de tal necesidad mediante sus notas de fecha 11 de junio (CU-117) y 28 de junio de 2002 (CU-104, 118), y del 29 de agosto de 2003 (CU-119). Además, AGBA

planteó esta cuestión durante el proceso de renegociación. No obstante, jamás recibió respuesta, y nunca recibió ningún tipo de compensación por las pérdidas sufridas.

197. La Demandada señala que la Concesionaria no solicitó una revisión tarifaria. Las Demandantes deben admitir que las notas que citan no contenían tal solicitud. Por el contrario, simplemente constituían un reclamo respecto de los efectos perjudiciales de estos cargos e impuestos sobre los ingresos de la Concesionaria. Sin embargo, estos reclamos apuntaban a una discusión con el Concedente para revisar el Contrato y renegociarlo, pero no apuntaba a una petición de ajustar el Contrato de conformidad con los términos y condiciones allí establecidos.

198. En cuanto al incremento en la alícuota del impuesto a los ingresos brutos, esta modificación se realizó en respuesta a una situación de emergencia en la Provincia que luego se extendió al resto del territorio. La cuestión se planteó en el proceso de renegociación que se inició a partir de ese momento. El Contrato de Concesión disponía la realización de revisiones tarifarias cuando la Concesionaria o el Organismo Regulador alegaran un incremento o una reducción en los índices de costos de la Concesión que superaran el 3% (Artículo 12.3.5.1). Ninguna de las variaciones tributarias invocadas por las Demandantes excede el 3%. La modificación de estos gravámenes e impuestos no alcanzó el nivel mínimo del 3% hasta que se declaró la Emergencia Pública Nacional, lo cual explicaría porque AGBA no solicitó una revisión tarifaria en función de ellos hasta 2002. Desde el inicio de la crisis en 1998 hasta 2001, el índice de precios al consumidor se redujo en promedio un 3,1%, lo cual indudablemente debió haber reducido los costos de AGBA, compensando así las variaciones en los gravámenes. Este factor también se habría tomado en consideración en una revisión tarifaria. Como el impacto no era lo suficientemente importante, AGBA no solicitó la revisión, porque no tenía fundamentos para hacerlo. Los expertos de valuación de las Demandantes no presentaron ningún cálculo de la incidencia real de los cambios tributarios.

199. La Demandada agrega que la nota de AGBA en este sentido fue enviada al ORAB en 2002, es decir, luego de la aprobación de la legislación de Emergencia y en medio del proceso de renegociación, que importaba la revisión de todos los costos e impuestos. Asimismo, el quiebre de la ecuación económico-financiera se produjo antes del agravamiento de la crisis de 2002 y fue provocado por la mala gestión de AGBA, tal como surge de la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001, en la cual AGBA hace referencia a problemas graves de cobrabilidad y jamás hace mención al impacto de los nuevos impuestos o gravámenes. Las Demandantes no aclaran si los reclamos se presentaron en alguna oportunidad anterior al 2002. Esto es trascendente, porque el año en que se inició el proceso de renegociación AGBA tenía la oportunidad de incluir este punto para poder determinar su posición. AGBA debió haberlo hecho al presentar su propuesta en junio de 2004. Por tal motivo, los reclamos de las Demandantes en este sentido son infundados y deben desestimarse.

200. El Tribunal señala que esta controversia es puramente contractual y las Demandantes no han planteado lo contrario. Si bien la mayoría de los incrementos y los impuestos tuvieron un impacto mínimo, podría decirse que el aumento en el impuesto a los ingresos brutos fue de una importancia un poco mayor. No obstante ello, las Demandantes exageran al plantear que se modificó significativamente la ecuación económico-financiera del Contrato, ya que el Artículo 12.3.5.1 del Contrato establece que dicha discusión debe plantearse solo ante un incremento superior al 3%. Las Demandantes tampoco consideraron adecuadamente que el Artículo 12.3.5 abría la posibilidad de una revisión tarifaria solo ante una modificación en los índices de costos y que no incluía el impuesto a las ganancias (Artículo 9.2); y el impuesto a las ganancias y el impuesto al valor agregado no constituían fundamentos de revisión extraordinaria (Artículo 12.3.6.1, inc. b). Los oferentes y AGBA lo sabían. Asimismo, las Demandantes no son coherentes al invocar esta supuesta pérdida como fundamento específico para la revisión del cuadro tarifario. Cabe destacar, asimismo, que el ORAB respondió a la consulta de AGBA mediante la Resolución N.º 25/03 del 17 de septiembre de 2003 (CU-69), indicando que la cuestión de la variación de costos debía analizarse en la renegociación correspondiente del contrato. En este contexto, las Demandantes alegan que AGBA pudo haber planteado la cuestión pero que cuando lo hizo no fue en el marco del Contrato de Concesión que aún resultaba aplicable. Se planteó ante la modificación o transformación de la Concesión en función de las nuevas circunstancias. De todos modos, esta cuestión no guarda relación alguna con una supuesta violación del TBI.

#### 8. *La implementación del sistema medido*

201. Las Demandantes explican que el Artículo 29-II de la Ley N.º 11.820 dispone que el sistema tarifario propiciará un régimen que tienda a la medición del consumo y que la Concesionaria deberá proceder con la transición de un régimen de precio fijo a un régimen de medición. Asimismo, el Artículo 29-II también dispone que “El régimen tarifario de consumo medido será de aplicación obligatoria en todas las obras de expansión.”<sup>25</sup>. Hasta tanto no se implementase el sistema medido, sería de aplicación el régimen tarifario por tasa.

202. En igual sentido, el Artículo 2.2.1 del Anexo F del Contrato de Concesión exigía el cumplimiento de determinados porcentajes dentro de algunos límites, a saber el 40% del sistema medido de las conexiones existentes para el Año 5, el 70% para el Año 10, y el 100% para el Año 15. Hasta tanto se hubiera implementado el sistema medido, el sistema de tasa fija se regiría por el Artículo 4a-1 del Anexo Ñ, que establecía seis

---

<sup>25</sup> La versión en inglés de este artículo dispone que “The metered consumption tariff system shall mandatorily apply to all expansion work.” Esta disposición aparece correctamente citada en el Memorial de Demanda de las Demandantes (párr. 282). Sin embargo, la versión en inglés de la Ley N.º 11.820 presentada por las Demandantes (CU-21) no incluye esta oración en el Artículo 29-II. Ambas versiones de la Ley presentadas en español por las Partes (CU-21, RA-62) contienen la versión original de la misma oración como se cita en la parte de arriba.



categorías de inmuebles, y disponía que cada categoría pagaría el mismo precio, independientemente de su consumo real. Estas eran las normas básicas en las que se basaron los inversores a la hora de presentar sus ofertas. También tomaban en consideración los subsidios cruzados que resultaban de las distintas categorías de inmuebles. Este subsidio cruzado se regula en el Artículo 28-II de la Ley N.º 11.820 como “Principio General”.

203. No obstante, el ORAB interfirió con ese equilibrio al exigirle a AGBA instalar medidores de diferente manera. La Resolución N.º 85/00, que aprobó el Reglamento del Usuario (CU-114, RA-102), en su Artículo 23 imponía a la Concesionaria la obligación de que se instalaran medidores a solicitud de los usuarios, y disponía que correspondería al Organismo Regulador determinar el precio a pagar por tal instalación. Esto alteró el “Principio General” previamente establecido, y se fijó un precio por medidor que era inferior a los costos reales. De este modo, el régimen generó un incentivo para solicitar la instalación de medidores a aquellos usuarios que se habían encuadrado en las categorías más altas, ya que de ese modo pagarían menos por el servicio. Ello distorsionó el sistema de subsidios cruzados. De esta forma, los usuarios de la categoría 5, que pagaban 5.63 veces más que los usuarios de la categoría 1 tuvieron un incentivo para volcarse al sistema medido que los usuarios de las categorías más bajas no tenían. Ello acabó con la compensación que permitía neutralizar la tarifa inferior que pagaban los usuarios de las categorías más bajas.

204. Las Demandantes aducen que dentro de los plazos establecidos en el Contrato, la Concesionaria tenía la facultad de determinar el ritmo de la migración. Dado que el plan quinquenal era elaborado por la Concesionaria, era AGBA quien estaba a cargo de determinar la implementación del sistema de micromedición. Las disposiciones del Reglamento del Usuario exigían a la Concesionaria instalar medidores a cualquier usuario que lo solicitara; ello modificaba el sistema de implementación de los medidores y alteraba el equilibrio. De esta forma, el ORAB le impidió a AGBA decidir qué categorías de usuario se migrarían primero, interfiriendo así con los derechos de la Concesionaria consagrados en el Reglamento del Usuario. Si bien la Resolución N.º 85/00, disponía que los costos de medidor y de la instalación correrían por cuenta del usuario que lo solicitara, el ORAB fijó un precio uniforme de ARS 86.- IVA incluido, por unidad (Resolución N.º 49/01 del 3 de octubre de 2011, CU-122), es decir, un 35% de los costos reales, que según AGBA eran de ARS 213,44 más IVA por medidor (nota del 9 de octubre de 2001, CU-121). Ello llevó a los clientes de las categorías más altas a solicitar su transferencia al sistema medido antes de lo previsto. Además, el precio oficial de los medidores se pesificó en menos de tres meses, cuando se pesificaron las tarifas<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> El Testigo Cerruti, en Cerruti I, párr. 218, explica que la Resolución N.º 49/01 del 3 de octubre de 2001 “impuso unilateralmente” un “precio oficial” y hace referencia asimismo a una Nota N.º 251/01/VE de AGBA. No menciona que la Resolución señala que AGBA había sido invitada a presentar su propuesta, y que el precio finalmente adoptado fue el precio sugerido por AZURIX. También se equivoca en la referencia

205. AGBA planteó la nulidad del Artículo 23 del Reglamento del Usuario (nota del 11 de diciembre de 2000, CU-123). El ORAB no respondió, y se limitó a mencionar la objeción al ordenarle a ABA que aprobara las solicitudes de ciertos usuarios para que les instalaran medidores (Resolución N.º 23/03 del 17 de septiembre de 2003, CU-124). Para ese entonces, el Concedente ya había aprobado el Nuevo Marco Regulatorio (Decreto N.º 878/03 del 9 de junio de 2003, Artículo 52, CU-125), que disponía que el servicio medido ya no era una meta absoluta y estaba sujeto a plazos a ser determinados en la nueva norma, lo que jamás sucedió hasta la rescisión de la Concesión de AGBA en julio de 2006.

206. Las Demandantes admiten que AGBA instaló un solo medidor. Sin embargo, alegan que la implementación del sistema medido formaba parte de un plan global que se vio sustancialmente afectado por la emergencia y las medidas tomadas a partir de ésta. No cabía esperar que AGBA siguiera ejecutando el Plan Quinquenal como si nada hubiera pasado.

207. La Demandada señala que el Anexo F al Contrato disponía la instalación completa de medidores para el fin de la Concesión, y que se debían alcanzar determinados porcentajes para ciertos períodos. En los primeros 5 años, debían instalarse medidores en el 40% de las conexiones. El Contrato también disponía la instalación progresiva de un régimen tarifario adecuado para el uso de micromedidores.

208. Por Resolución N.º 85/00 del 21 de noviembre de 2000 se aprobó el Reglamento del Consumidor del Servicio, que debía regir la instalación de medidores (RA-102). Las Demandantes alegan que la aprobación de esta Resolución alteró el equilibrio ya que forzó a AGBA a instalar medidores de una forma distinta a la dispuesta en el Marco Regulatorio. Sin embargo, el Organismo Regulador no modificó el Contrato unilateralmente, sino que simplemente reguló la cuestión de conformidad con el Artículo 29-II de la Ley N.º 11.820 y el Contrato de Concesión. La Demandada señala asimismo que el Artículo 14 del Anexo Ñ del Contrato dispone que el POES deberá determinar los plazos en los cuales la Concesionaria debe implementar el sistema de consumo medido de agua potable. En la medida en que los medidores no se instalaran dentro de los plazos previstos, la Concesionaria solo podría facturar a los usuarios el consumo mínimo establecido en el Artículo 4a-2 del Anexo Ñ al Contrato.

209. A la Demandada no le resulta convincente la objeción de las Demandantes frente a la decisión de permitir a los usuarios solicitar la instalación de medidor, que tuvo por efecto perturbador el sistema de servicios cruzados establecido en el Contrato. En efecto, esto jamás sucedió porque AGBA instaló un solo medidor, y quedaron 60 solicitudes pendientes.

---

de la nota de AGBA del 9 de septiembre de 2001 (previa a la Resolución), ya que la nota identificada con el número que él cita en realidad es del 9 de octubre de 2001 (posterior a la Resolución).

210. La Demandada registra el reclamo de las Demandantes acerca del “precio oficial” de ARS 71,01 más IVA por la instalación esperada de medidores, mientras que la Concesionaria propuso un precio de ARS 231,44. El Área Técnica del ORAB analizó la propuesta de AGBA y consideró los valores de mercado y las obras necesarias para instalar los medidores. En función de ello, el Organismo Regulador consideró apropiado moderar los valores propuestos.

211. En la Memoria Anual y Estados Contables de 2004 (CU-31) y 2005 (CU-31, RA-269), AGBA determinó que la colocación de medidores provocó un incremento en la facturación. Esto significa que en ese momento se descubrieron los beneficios del consumo medido, lo cual demuestra la racionalidad de las obligaciones contractuales, pero también dice mucho respecto de la calidad de la gestión de AGBA.

212. El Tribunal señala que esta es una controversia meramente contractual, y las Demandantes no han planteado lo contrario. Las Demandantes no han demostrado por qué motivo el ORAB no estaba facultado a darles prioridad a los usuarios que solicitaran la instalación de medidores. Puede ser que ello hubiera tenido por efecto corregir el sistema de subsidios cruzados entre las distintas categorías del sistema no medido. No obstante, las Demandantes omiten considerar que este sistema estaba destinado a ser reemplazado por el sistema de servicio medido, cuanto antes mejor, de modo tal que dichas categorías dejarían de aplicarse. Asimismo, el bajo número de medidores efectivamente instalados o solicitados tuvo un mínimo efecto sobre dichos subsidios cruzados. Las Demandantes también omiten considerar que AGBA no ofrece sustento a sus argumentos, al enfatizar los beneficios de la medición de consumo en sus Estados Contables.

213. Las Demandantes reclaman el precio adoptado por el ORAB para los medidores y su instalación, pero omiten presentar al Tribunal información útil acerca de la evaluación de los factores de costo relevantes. La crítica de las Demandantes debe analizarse en función del hecho de que la propuesta de AGBA del 9 de octubre de 2001 se presentó una semana después de que el ORAB había decidido la cuestión mediante la Resolución N.º 49/01 del 3 de octubre de 2001, donde se señala que AGBA no respondió a la solicitud a pesar de las invitaciones enviadas a la Empresa. En efecto, el ORAB había invitado a AZURIX y a AGBA a presentar sus propuestas con el fin de adoptar un precio uniforme en ambas áreas de concesión para beneficio de los usuarios.

214. Por último, el Tribunal señala que AGBA instaló un solo medidor, en tanto que el POES preveía la incorporación de miles de medidores al sistema, de modo tal que el efecto sobre el precio promedio de un medidor debe considerarse con más detenimiento de lo que lo han hecho las Demandantes ante este Tribunal. Además, las Demandantes tampoco explicaron que el Artículo 23.1 del Reglamento del Usuario aprobado por la N.º 85/00 (CU-114) disponía la instalación de medidores a solicitud de los usuarios solo

respecto de aquellos a los que no se les prestara servicio a través de las instalaciones objeto del POES actual, ya que en este último caso no se cobraría ningún cargo adicional a los usuarios (Artículo 23.1.1). La Resolución N.º 21/04 del 8 de julio de 2004 (RA-273) que le ordena a AGBA cumplir con las solicitudes de algunos usuarios de instalación de medidores contiene no más de 30 propiedades. Por todo lo expuesto, resulta frívolo presentar una reclamación en tal sentido ante el Tribunal alegando un supuesto incumplimiento del TBI.

215. El Tribunal se abstendrá de seguir considerando en el próximo Capítulo el requisito establecido en el Artículo 29-II de la Ley N.º 11.820 de instalar medidores obligatoriamente en todas las obras de expansión. Dado que surge como un hecho que se instaló un solo medidor, ello significa que no se realizó ninguna obra de expansión, o bien que las obras de expansión realizadas no se completaron mediante la instalación de los medidores requeridos.

#### 9. *Coefficientes de agua y cloacas*

216. Las Demandantes explican que conforme al régimen tarifario de la Concesión, los servicios de cloacas debían facturarse como un porcentaje del valor cobrado por el servicio de distribución de agua potable, según lo establecido en los incisos (b) y (c) del Artículo 4 del Anexo Ñ al Contrato. Comenzando con un porcentaje del 0,5 del valor establecido para el servicio de agua no medido, el Contrato establecía un período de transición durante el cual dicho porcentaje se incrementaría a 0,6 en 2000, 0,7 en 2001, 0,8 en 2002, y 0,9 en 2003, para llegar a 1,0 en 2004, siempre que la Concesionaria cumpliera con las metas establecidas en el POES (Artículo 4-c). Al mismo tiempo, el coeficiente general para el Servicio de Agua y Cloacas se fijó en 1,6 para 2000, 1,7 en 2001, 1,8 in 2002, 1,9 in 2003 y 2,0 en 2004 (Art. 4-b).

217. Las Demandantes alegan que la aprobación del POES para el primer año se postergó sin ningún motivo. Explican que el 11 de septiembre de 2001, AGBA solicitó la aplicación del coeficiente de 0,7 para el servicio de cloacas y 1,7 para el servicio de agua y cloacas a partir de marzo de 2001 (CU-127, RA-297). El 17 de octubre de 2001, el ORAB rechazó la solicitud (Resolución N.º 52/01, CU-128), alegando que AGBA no había cumplido con las metas de expansión y reacondicionamiento de las cañerías en el período 2000-2001, citando un informe técnico que indicaba que la Concesionaria había hecho grandes esfuerzos en tal sentido pero que las metas establecidas no se habían cumplido completamente. La Resolución del ORAB no hacía mención a la opinión emitida por su Departamento Técnico el 27 de agosto de 2001 (RA-104), donde se admitía “un nivel de cumplimiento del POES aceptable durante el primer año de la Concesión”, y se explicaba asimismo que los incumplimientos parciales de las metas anuales de conexiones de cloacas no eran atribuibles a AGBA sino que se habían debido

a la imposibilidad técnica de contar con las plantas de tratamiento cloacal el primer año de la Concesión.

218. Cuando el ORAB finalmente aprobó el Informe de Avance de AGBA del año 2000 el 5 de diciembre de 2002 (Resolución N.º 69/02, CU-129), aprobó también el incremento del coeficiente de cloacas mediante Resolución N.º 02/03 del 7 de enero de 2003 (RA-115). No obstante, en esa oportunidad no aprobó el incremento correspondiente a marzo de 2001 (0,7), sino el anterior (0,6). Por tanto, en el año 2003 el ORAB se expidió sobre un coeficiente que según el Contrato debía aplicarse en 2000. Hasta febrero de 2003, AGBA debió aplicar el coeficiente original de 0,5, a pesar de que el contrato establecía un coeficiente de 0,8 para 2003.

219. AGBA notificó al ORAB su intención de facturar retroactivamente a los clientes el coeficiente aprobado (0,6) desde marzo de 2001 (nota del 25 de julio de 2003, CU-131, RA-116). El Organismo negó la facturación retroactiva (Resolución N.º 34/03 del 28 de noviembre de 2003, CU-132, RA-117). Adujo que AGBA era responsable por la presentación tardía de la información de progreso sobre el POES, sin considerar el hecho de que el 27 de agosto de 2001 su Departamento Técnico había determinado que el nivel de cumplimiento del POES en el primer año era aceptable (RA-104). El recurso interpuesto por AGBA contra esta Resolución de fecha 16 de diciembre de 2003 fue rechazado por el ORAB mediante Resolución N.º 20/05 del 15 de junio de 2005 (CU-133). El 23 de noviembre de 2005, AGBA presentó una demanda judicial que aún se encuentra pendiente de resolución (RA-119).

220. En cuanto a los coeficientes para 2002, las Demandantes aducen que debieron haberlo aplicado desde marzo de ese año. Sin embargo, el coeficiente jamás fue aprobado por el Organismo Regulador, que alegó que no se había cumplido el POES correspondiente al año dos. Esto no es correcto, porque este POES se suspendió debido a las circunstancias extraordinarias, tales como la emergencia, y debido a motivos atribuibles a la Provincia, tales como el incumplimiento en la entrega de las plantas UNIREC. Por consiguiente, la negativa a aprobar el incremento de los coeficientes del año 2002, que persistió durante todo el plazo de la Concesión, es enteramente injustificada.

221. El coeficiente de cloacas establecido en el Contrato para el año 2002 era 0,8. Dado que el coeficiente aprobado para 2001 era de 0,6, AGBA solicitó un incremento a 0,7 para 2002 (y de 0,7 para el servicio de agua y cloacas). Cuando se dictó la resolución del ORAB sobre el POES 2001 el 7 de enero de 2003 (Resolución N.º 77/02, CU-137) y se suspendieron los plazos de los POES, AGBA solicitó el aumento del coeficiente de cloacas correspondiente a 2002 (nota del 25 de julio de 2003, CU-134, RA-122). El ORAB negó la solicitud, alegando que no se habían cumplido las metas establecidas para el segundo año (nota del 30 de septiembre de 2003, CU-138, RA-123). De esta forma, se

le impidió a AGBA aplicar un incremento en el coeficiente que estaba establecido en el Contrato, lo que se sumaba a sus tarifas pesificadas y a un Nuevo Marco Regulatorio que había alterado sustancialmente las reglas de juego de la Concesión.

222. En síntesis, recién en marzo de 2003 se le permitió a AGBA aplicar un coeficiente que debió haberse aplicado en 2000 (0,6). Esta situación permaneció sin cambios hasta el final de la Concesión, ya que el ORAB no aprobó ningún otro aumento de los coeficientes. Para ese entonces, la tarifa del servicio de cloacas correspondiente a la categoría 1 (50% de la Concesión) era USD 1,17 por mes, en tanto que la aplicación del coeficiente habría dado USD 6,08 por mes, diferencia esta que no incluiría el ajuste por inflación contemplado en el Contrato y no reflejaría los efectos de la pesificación de enero de 2002, que provocó una caída de más de dos tercios en el valor de las tarifas.

223. La Demandada señala que la Concesionaria podía aplicar un coeficiente de agua y cloacas anualmente y a partir del segundo año de la concesión “siempre que se encuentren cumplidas la totalidad de las metas de expansión” (Anexo Ñ, Art. 4-b y c). En agosto de 2001, el Área Técnica consideró que si bien no se habían cumplido todas las metas establecidas en el POES, se había excedido la cantidad de nuevas conexiones exigidas en el Contrato. Se habían realizado un 60% de las conexiones de cloacas requeridas. El Área Técnica por tanto determinó que el nivel de cumplimiento del POES para el primer año de la Concesión resultaba aceptable (RA-104). En octubre de 2001, el Área Técnica determinó que a pesar de la aprobación del POES para el primer año, no se habían cumplido las metas establecidas en el Contrato de Concesión ni las metas previstas en el POES, y no se había alcanzado el porcentaje mínimo establecido en el párrafo 4 del Anexo Ñ (RA-105).

224. La Demandada también rechaza la afirmación de las Demandantes de que el ORAB demoró la aprobación del coeficiente de cloacas para el período 2000-2001. La demora supuestamente injustificada se debe a las propias demoras de AGBA. Para solicitar la aprobación de las metas establecidas en el POES por parte del Organismo Regulador, la Concesionaria debía presentar toda la información necesaria a tal fin. La Concesionaria presentó el Informe Anual de Avance del POES correspondiente al primer año de la Concesión (2000) en julio de 2001 (Nota de AGBA del 17 de julio de 2001, RA-192). El 11 de septiembre de 2001, cuando este Informe aún no había sido aprobado por el ORAB, AGBA solicitó la aprobación del coeficiente previsto para 2001 para los servicios de agua y cloacas. La solicitud fue rechazada por Resolución N.º 52/01 del 17 de octubre de 2001, porque la Concesionaria no había cumplido plenamente con los compromisos asumidos en el POES (CU-128). Una vez que se aprobaron las metas establecidas para el primer año de la Concesión mediante la Resolución N.º 69/02 el 5 de diciembre de 2002 (CU-129), se autorizó el incremento del coeficiente para el servicio de cloacas por Resolución N.º 02/03 del 3 de enero de 2003 (RA-115). AGBA era la única

responsable por la demora en la aprobación de las solicitudes de aplicación del coeficiente de cloacas.

225. Una vez aplicado dicho coeficiente en julio de 2003, AGBA solicitó la aplicación retroactiva de la Resolución ORAB N.º 02/03. El ORAB rechazó esta solicitud el 28 de noviembre de 2003 por Resolución N.º 34/03 (RA-117), argumentando que la demora en la aprobación de las metas para el primer año se debía únicamente a que AGBA no había presentado la información solicitada. AGBA presentó un recurso administrativo en contra de esta decisión que fue desestimado en julio de 2005.

226. AGBA basó su solicitud de aplicar el coeficiente de cloacas para 2002 en la Resolución N.º 77/02. La solicitud fue rechazada por el ORAB mediante nota del 30 de septiembre de 2003 (RA-123, CU-138) porque la Concesionaria no había alcanzado las metas establecidas en el POES para 2001. Esta posición fue ratificada por la Resolución N.º 38/03 del 28 de noviembre de 2003 (RA-124) y se basó en el hecho de que (i) la suspensión del POES había sido solicitada por AGBA, y (ii) se fundó en la imposibilidad de alcanzar las metas del POES debido a motivos atribuibles a AGBA. La empresa recurrió la Resolución (RA-125). Desde mayo de 2001, la Concesionaria solicitó reiteradamente la renegociación del Contrato y la suspensión del POES. Esta neutralización era temporaria y no anulaba los compromisos de AGBA, que no se cumplieron respecto del segundo año.

227. El Tribunal observa que esta es una controversia puramente contractual y las Demandantes no han planteado lo contrario. La posición básica de las Demandantes es que la aprobación del POES correspondiente al año uno y la suspensión del POES para el año dos no se fundaban en ningún supuesto incumplimiento de AGBA de las metas establecidas en el POES y, por tanto, debían aplicarse los respectivos coeficientes que permitían un incremento en la facturación de servicios de agua y/o cloacas. Las Demandantes insisten en la aceptación de los dos POES por parte del ORAB, pero no le dan la importancia suficiente a las disposiciones del Contrato de Concesión aplicables al reclamo de AGBA respecto del aumento de estos porcentajes. En tal sentido, respecto del incremento del coeficiente de los servicios de cloacas, el Artículo 4(c) del Anexo Ñ establece que se aplicará “siempre que se encuentren cumplidas la totalidad de las metas de expansión de las redes de Agua Potable y Desagües Cloacales (Artículo 2.1 del Anexo F – POES – del Contrato), de renovación y reacondicionamiento de las cañerías de Agua Potable y Desagües Cloacales (Artículo 2.3 del Anexo F – POES – del Contrato), correspondientes al período anual anterior a que se refiere el incremento”. El Contrato contenía otra disposición similar (Artículo 4-b) aplicable al coeficiente de servicios de agua y cloacas. Ninguna de estas disposiciones hace referencia al informe POES de un año en particular o a la aprobación de dicho informe. Estas normas se refieren directamente al cumplimiento de la cantidad mínima de conexiones que debían realizarse para la expansión de la red de agua potable y la expansión de la red de cloacas. Las cifras

correspondientes se establecen en el Artículo 2.1 del Anexo F del Contrato, bajo el encabezado “expansión del servicio”. Estas disposiciones no dicen nada respecto a la aprobación del POES o la consecuencia de una negativa a aprobar el POES, que son cuestiones reguladas en otras disposiciones del Contrato de Concesión. Por tanto, existen motivos de peso que respaldan posición del ORAB en el sentido de que el incremento de dichos coeficientes solo se autorizaría ante el cumplimiento de los parámetros específicos fijados en las metas de expansión de las redes de agua potable y desagües cloacales. Las Demandantes no alegan haber alcanzado dichas metas, cuestión que se analizará en mayor detalle en el próximo Capítulo. Las Demandantes también invocan el incumplimiento en la entrega de las plantas UNIREC y la emergencia, pero sin esgrimir ningún argumento respecto del impacto de estos hechos sobre la cuestión específica de la supuesta aplicabilidad de estos coeficientes de facturación. Las Demandantes también deben aceptar que los incisos (b) y (c) del Artículo 4 del Anexo Ñ que citan el sustento de la facturación retroactiva del incremento en el coeficiente aplicable al servicio de desagües cloacales no dice nada respecto de esta cuestión, que por tanto queda librada a la decisión de la autoridad Regulatoria. En todo caso, los reclamos de las Demandantes del beneficio de aplicar los coeficientes de facturación establecidos en los Artículos 4 (b) y (c) no son más que cuestiones que exigen de la interpretación del Contrato, y no guardan relación alguna con ninguna supuesta violación del TBI.

#### *10. La exclusividad de AGBA en el área de la Concesión*

228. Las Demandantes explican que la Ley N.º 11.820 y el Artículo 1.6 del Contrato de Concesión otorgaban a la Concesionaria el derecho exclusivo a prestar servicios dentro del área de la Concesión. El Artículo 5.6 del Contrato establecía que las factibilidades otorgadas por AGOSBA debían ser aprobadas por la Concesionaria en cumplimiento de las normas aplicables a la Concesión. El Artículo 3-II de la Ley N.º 11.820 preveía una excepción, ya que permitía la participación de terceros en la construcción de obras, sujeto a la previa aprobación de la Concesionaria y la aprobación técnica de las obras, en todos los casos. Al momento de la finalización, dichas obras se transferirían a la Concesionaria. Ello significa que conforme al Marco Regulatorio, la Concesionaria tenía el derecho exclusivo de brindar el servicio y construir las obras requeridas a tal fin.

229. El 12 de junio de 2003, previo a la aprobación del Nuevo Marco Regulatorio, el Gobierno Nacional y la Provincia de Buenos Aires celebraron un “Acuerdo Marco” mediante el cual decidieron realizar las obras clasificadas como “obras públicas” en el Contrato de AGBA (CU-139). El objetivo previsto era desarrollar las obras en las que la Concesionaria no había avanzado lo suficiente, incluida la construcción de las ex plantas UNIREC, pero también obras comprendidas en el alcance de la Concesión de AGBA. Asimismo, mediante la Resolución N.º 2/06 del 19 de enero de 2006 (CU-143), el Organismo aprobó la participación de la Provincia para brindar soluciones a la situación



de riesgo sanitario en el Municipio de José C. Paz, donde fue necesaria la intervención de la Provincia para reemplazar al proveedor actual.

230. Las Demandantes se quejan de que, a través de estos acuerdos, el Gobierno Nacional y la Provincia se dividieron entre ellos ciertos derechos que le correspondían a AGBA. Estas obras debían adjudicarse mediante una licitación hasta que la Provincia ordenó la rescisión del Contrato de AGBA. Por ejemplo, a la empresa que ganó la licitación para la construcción de las cañerías cloacales maestras y estaciones de bombeo en Merlo – Buenos Aires se le adjudicó un contrato por USD 52.969.860 (CU-142).

231. Al aprobar los actos del Concedente, el ORAB violó los derechos de exclusividad que le habían sido otorgados a AGBA. El OCABA justificó el accionar de la Provincia con fundamento en el Artículo 21-III del Decreto N.º 878/03, que ratificaba el Nuevo Marco Regulatorio, que disponía que se llevara a cabo un proceso de renegociación que la concesionaria jamás encaró responsablemente y que nunca produjo resultados. AGBA presentó un recurso contra la Resolución OCABA N.º 2/06 el 3 de febrero de 2006, que fue rechazado por Resolución OCABA N.º 32/06 del 27 de julio de 2006 (CU-144), cuando la decisión de rescindir el Contrato ya estaba tomada y había sido notificada a la Concesionaria mediante Decreto N.º 1666/06. En cuanto al proceso de renegociación, las propuestas de AGBA notuvieron como consecuencia el de estar felizmente de acuerdo con la destrucción de su exclusividad. Es incorrecto sostener, como lo hace la Demandada, que AGBA había perdido todo interés en su posición de concesionaria con exclusividad en el área en función de la nota del 17 de mayo de 2001. La nota no contenía ningún anuncio en tal sentido.

232. La Demandada recuerda que uno de los objetivos principales de la Concesión era ampliar la prestación del servicio y, a cambio, facturarles un cargo a los usuarios a los que se les brindaran nuevas conexiones de agua y cloacas. En tal sentido, la exclusividad tenía sentido, ya que iba de la mano con la expansión del servicio y la inversión en la ejecución de las obras a tal fin. Sin embargo, AGBA hizo muy pocas inversiones en la Concesión durante los primeros dos años, y al momento de su nota del 17 de mayo de 2001 había perdido todo interés en invertir en el Servicio.

233. La Demandada alega que la posición de las Demandantes no es compatible con la conducta de AGBA cuando se vio ante proyectos con terceros para la ejecución de obras en el área. Las Demandantes hacen referencia a la supuesta destrucción de su exclusividad en relación con las obras a ser financiadas por el Banco Mundial, pero no mencionan que AGBA había sido invitada a las reuniones conjuntas relativas a tales proyectos (Nota del 29 de enero de 2004, CU-140, 141) y que había autorizado tales obras y acordado los detalles mediante nota del 28 de junio de 2004 (CU-141). Asimismo, estas obras, en la medida en que se encontraban dentro del área de la Concesión, eran obras

que no había realizado AGBA y que resultaba necesario priorizar de acuerdo a las necesidades de la población.

234. La Demandada también alega que, durante la renegociación, AGBA solicitó que el Gobierno Provincial estuviera a cargo de prácticamente todas las obras. En su propuesta de junio de 2004<sup>27</sup>, AGBA solicitó que las obras de expansión fueran realizadas por la Provincia, que la Provincia estuviera a cargo de las plantas de Bella Vista y Alem, que las inversiones requirieran reducir los niveles de nitratos y, que la recuperación de bienes de la Concesionaria se limitara al 25% de su valor técnico. Fue AGBA quien solicitó que el Gobierno Provincial realizara la mayor parte de las inversiones a través de un fideicomiso, y que esto se hiciera de conformidad con el Nuevo Marco Regulatorio. Hoy cuesta entender por qué las Demandantes insisten en la exclusividad a la que AGBA estaba dispuesta a renunciar cuando propuso que la Provincia se hiciera cargo de las inversiones que ésta debía realizar.

235. El Tribunal señala que esta es una controversia puramente contractual, y que las Demandantes no han planteado lo contrario. La exclusividad inicial de AGBA en la Concesión ciertamente constituye un principio fundamental. Este derecho comporta el compromiso de AGBA de cumplir cabalmente con todas las tareas que le competen como Concesionaria. Sin adentrarnos a analizar el fin y el contenido específicos de la nota del 17 de mayo de 2001, que fue sucedida de otras, esta nota demuestra que AGBA no tenía deseos o quizá siquiera la capacidad de lograr las metas generales de la Concesión sin la ayuda de la Provincia, que requirió en ese momento, a través de un proceso que permitiera reconsiderar los términos de la Concesión. Todas las partes involucradas deben haber interpretado en ese momento que AGBA ya no insistiría en la exclusividad como un factor clave en la estrategia de la Concesionaria. A la luz de estos hechos, la posición de las Demandantes demuestra la existencia de una controversia, pero no demuestra en ningún momento qué reclamo se plantea en tal sentido conforme al Contrato de Concesión. Cualquier reclamo contractual resultaría irrelevante dado que en su nota a la Provincia del 28 de junio de 2004, AGBA acordó que era necesario preparar un plan de obras, tal como lo explica el Testigo Facchinetti.<sup>28</sup> Ante el Tribunal, el Testigo Facchinetti confirmó que se elaboró un acuerdo y que AGBA lo firmó, a solicitud de la Provincia, para no perder una porción del financiamiento del Banco Mundial y como gesto de buena fe en el contexto de una renegociación.<sup>29</sup> El Testigo agregó que no creía que este acuerdo violara la exclusividad otorgada bajo el Marco Regulatorio original, especialmente porque se ponía a AGBA a cargo de la ejecución y la gestión de los proyectos.<sup>30</sup> En todo caso, la posición de las Demandantes no guarda relación alguna con un supuesto incumplimiento del TBI.

---

<sup>27</sup> Anexo H001 a Seillant I.

<sup>28</sup> Facchinetti I, párr. 24.

<sup>29</sup> TR-S, Día 2, págs. 447/19-449/4, 450/1-3.

<sup>30</sup> TR-S, Día 2, pág. 449/6-20.

## 11. *La inacción del Organismo Regulador y del Concedente*

236. Las Demandantes reclaman asimismo que el Concedente y el ORAB violaron el Marco Regulatorio al no cumplir sus obligaciones para con la Concesionaria. Un ejemplo de dicha inacción fue la negativa de apoyar a la Concesionaria cuando sufrió la interferencia de la Municipalidad de Merlo, que adoptó una posición hostil frente a la operación de la Concesión por parte de AGBA y lanzó una campaña de multas por supuestas pérdidas de agua en espacios públicos.

237. De igual manera, el ORAB se mantuvo pasivo ante ciertos actos de vandalismo contra las instalaciones de la Concesión. Frente a estas situaciones, AGBA adoptó medidas costosas por su cuenta y cargo. Las Demandantes señalan que la Concesionaria repetidamente buscó la participación del ORAB alegando que esos actos de vandalismo afectaban los bienes provinciales afectados a la prestación del servicio público. La única respuesta del ORAB fue transmitir la cuestión a otros entes, sin efecto alguno, y notificarle a la Concesionaria que adoptara las medidas de seguridad necesarias en sus instalaciones. Asimismo, las autoridades locales remitieron las quejas de los usuarios a la Concesionaria, responsabilizándola indirectamente.

238. El Tribunal señala que varias secciones del Análisis Regulatorio del Informe Halcrow, elaborado en 2001 en nombre del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en el marco del análisis de una solicitud de préstamo de AGBA (CU-209) indican que la situación era distinta. Se señala, tal como señalan las Demandantes, que “organizationally and logistically ORAB has not yet settled down to the quasi stand-alone entity suggested by the Regulatory Law” (“desde el punto de vista organizativo y logístico, el ORAB aún no se ha constituido como el ente independiente que sugiere el Marco Regulatorio.” – pág. 3). Se agregan una serie de comentarios positivos a este llamado a la precaución:

“Those Directors and staff are qualified in specific technical competencies and have experience, some highly detailed, of the assets involved in service provision and of administrative management systems used by the former province wide public provider.” (p. 2)

“ORAB’s duties are set out in the Regulatory law and there is no reason to believe that the staff would be unable to understand and interpret the regulatory requirements therein.” (p. 2)

“The Regulator is entirely independent of AGBA and of AGBA’s customers in financial terms.” (p. 5)

“In their day to day activity, ORAB officials are demonstrating a proactive attitude as they exercise control of technical and customer related issues.” (p. 8)

“Los directores y el personal cuentan con ciertos conocimientos técnicos específicos y tienen experiencia, algunos de ellos vasta experiencia, sobre los bienes afectados a la prestación del servicio y los sistemas administrativos utilizados por la prestadora pública provincial anteriormente a cargo del servicio”. (pág. 2)

“Las obligaciones del ORAB están establecidas en el Marco Regulatorio y no existen motivos que sugieran que el personal no estaría en condiciones de comprender e interpretar los requisitos regulatorios allí establecidos”. (pág. 2)

“El Organismo Regulator es completamente independiente de AGBA y de los clientes de AGBA, desde el punto de vista financiero”. (pág. 5)

“En sus operaciones diarias, los funcionarios del ORAB están demostrando una actitud proactiva al ejercer control de las cuestiones técnicas y relacionadas con los usuarios”. (pág. 8) (Traducción del Tribunal)

239. El Tribunal señala que la posición de las Demandantes es contradictoria respecto de las conclusiones de ese Informe. De ser así, los argumentos de las Demandantes no se sustentan en absoluto en las pruebas presentadas y no aportan claridad sobre la naturaleza de los reclamos planteados en este sentido. Plantear que un reclamo contractual infundado podría revelar un supuesto incumplimiento del TBI es simplemente frívolo.

#### D. Conclusión

240. El Tribunal concluye en que en muchos casos las Demandantes reclaman por incumplimientos del Marco Regulatorio sin señalar si constituyen una supuesta violación del TBI y, de ser así, por qué constituyen tal violación.

241. Si bien algunos son argumentos de hecho y las Demandantes no las plantean como reclamos en sí mismos, todos los reclamos planteados por las Demandantes ante este Tribunal se basan exclusivamente en controversias contractuales. El Tribunal volverá a analizar algunas de estas cuestiones, por ejemplo, el destino de las plantas de la UNIREC, detalles respecto del cumplimiento del POES y los fundamentos invocados por la Provincia en su Decreto N.º 1666/06 sobre la rescisión en la medida en que surjan en el marco de los supuestos incumplimientos del TBI.

#### V. **Las características principales de la Concesión de AGBA**

242. Los puntos de mayor controversia en este caso en relación con la operación de la Concesión son los siguientes: (A) la naturaleza y la extensión de las obras efectivamente realizadas por AGBA en las redes de servicio de agua potable y cloacas, (B) las dificultades para obtener un nivel de cobranza suficiente de las facturas a los usuarios, (C) el cumplimiento de las metas establecidas en el POES, (D) las inversiones requeridas

y efectivamente realizadas en apoyo de la Concesión, y (E) el equilibrio contractual y el riesgo empresarial.

A. Categorías de obras

1. *Distinciones básicas*

243. Las obras que debían ejecutarse en la Concesión no se limitaban a un tendido de cañerías e instalación de bombas, conexiones residenciales y desagües cloacales adecuados. Considerando la situación con la que se encontraron los oferentes en la etapa inicial y durante la ejecución de la Concesión por parte de AGBA, podemos distinguir tres categorías de obras según la naturaleza operativa y su impacto financiero sobre el Concesionario.

244. En una primera categoría deben mencionarse los usuarios considerados ilegales porque estaban conectados a la red y utilizaban sus servicios, pero no se les facturaba y, por tanto, jamás pagaban.

245. En una segunda categoría podemos incluir los usuarios que no recibían ningún servicio de agua o cloacas, pero que contaban con las conexiones necesarias o que estaban ubicados cerca de dichas conexiones, generalmente, cañerías y bombas que necesitaban ser reacondicionadas y reactivadas al fin de incorporar esos nuevos usuarios al sistema. La obra necesaria para los usuarios de esta categoría consistía en reacondicionar las redes existentes que habían sufrido con el paso del tiempo y que necesitaban reparaciones a fin de permitir la prestación de servicios a sectores de la población que no estaban conectados a las redes de agua y cloacas.

246. Por último, en una tercera categoría podemos incluir todas las obras caracterizadas como “expansiones” que, en pocas palabras, significa la ejecución de obras en distritos y/o territorios en donde no se prestaba el servicio debido a la falta de cualquier equipo que permitiera la prestación de servicios de agua y cloacas.

247. Debemos presuponer que, en líneas generales, los costos de las obras realizadas en cada una de estas categorías sube de una categoría a la otra, comenzando con la categoría 1 y finalizando con la categoría 3. Por tal motivo, el compromiso financiero del inversor era distinto, de menor importancia en la categoría 1 y cada vez mayor respecto de las demás categorías, llegando a la más alta al considerar las obras de expansión en distritos donde jamás se había prestado, mediante una instalación de servicios de agua y cloacas. Las Partes han manifestado opiniones divergentes respecto de la naturaleza de las obras comprometidas por AGBA, con el efecto de la brecha correspondiente en las que debía evaluarse el monto de inversiones necesarias para la Concesión. Por

consiguiente, es necesario aclarar en primer lugar la naturaleza de las obras que AGBA se había comprometido a ejecutar y las obras que efectivamente se completaron.

## 2. *Conexión de usuarios ilegales*

248. Las Demandantes aducen que en los dos primeros años de la Concesión, AGBA duplicó la cantidad de usuarios servidos. Cuando se le adjudicó a AGBA la Concesión de la Región B, su población de aproximadamente 1,7 millones de habitantes estaba compuesta por habitantes de bajos ingresos. A la fecha de la Toma de Posesión, solo el 13% de los habitantes tenía agua y el 12% tenía cloacas. Para fines del año 2000, AGBA había ampliado la red agregando 50.000 usuarios, informando un total de 158.000. Para fines de 2001, AGBA había ampliado la red con la inclusión de 31.000 usuarios adicionales (tal como lo reconoció el ORAB en la Resolución N.º 77/02 del 30 de diciembre de 2002, CU-137, RA-121). De esta forma se sumaron 83.800 nuevas conexiones en los primeros dos años del plazo de la Concesión, frente a las 66.500 conexiones nuevas que exigía el POES.

249. Las Demandantes no plantearon específicamente en sus escritos que varias de esas nuevas conexiones se referían a usuarios que se beneficiaban ilegalmente de obras preexistentes que AGBA se había comprometido a regularizar al inicio del plazo de la Concesión. La posición de las Demandantes en este sentido es que esta actividad se enmarcaba en la obra de AGBA de establecer conexiones lícitas a la red de una serie de usuarios y hogares aún no conectados y esas incorporaciones fueron consideradas obras de expansión por el ORAB en relación con el primer año del POES.

250. En tal sentido, en su nota del 17 de mayo de 2001 (CU-173, RA-123), AGBA informaba que además de los 80.000 usuarios incorporados originalmente, había sumado otros 80.000 usuarios que no figuraban en la base de datos de clientes de AGOSBA. AGBA reclamó porque las tasas de incobrabilidad de las facturas por la prestación de servicio a estos usuarios (acostumbrados a no pagar) habían alcanzado un nivel del 70% o incluso del 80% en algunos barrios. AGBA informó en la nota al Ministro de Obras y Servicios Públicos, que esta situación afectaba la capacidad de la Concesionaria de realizar las inversiones requeridas conforme al plan de expansión.

251. La Demandada rechaza la caracterización de las obras de las Demandantes y discrepa en la magnitud de las obras necesarias para incorporar a estos usuarios, así como también en la inclusión adecuada en las estadísticas relevantes de los logros de AGBA, en tanto que no existe ninguna verdadera controversia respecto de la existencia de esta categoría de usuarios y la cantidad.

252. La Demandada señala que existe una diferencia significativa entre la cobertura de servicios de agua potable y servicios cloacales que alegan las Demandantes y los niveles

de cobertura previamente registrados. Esta diferencia se debía, básicamente, a la cantidad de usuarios con conexiones preexistentes. Estos serían los 80.000 usuarios a los que AGBA hace referencia en su nota de 2001.

253. La Demandada alega que cuando las Demandantes afirman que, al momento de la toma de posesión, el 13% de los habitantes contaban con servicio de agua y el 12% tenía servicios cloacales, esta afirmación es capciosa, ya que el nivel de cobertura de aguas era del 35% y el nivel de cobertura de cloacas era del 13%. La Demandada explica que la diferencia entre el primer porcentaje y el segundo radica en el hecho de que, al momento del proceso de licitación, AGOSBA ya había ejecutado y pagado varias obras. En algunos casos, lo único que debía hacer la Concesionaria en estas obras era activar las conexiones preexistentes mientras que en otros debía regularizar la situación de los usuarios que ilegalmente se beneficiaban de estas obras preexistentes. En este último caso, los usuarios ya recibían el servicio cuando AGBA tomó posesión del área. Por tanto, cuando la Concesionaria hace referencia a estos “nuevos usuarios” en su nota de mayo de 2001, su incorporación no se efectuó como resultado de las obras de expansión, ya que prácticamente no se habían hecho inversiones en relación con estos usuarios.

254. La Demandada también recuerda que la Comisión de Privatización de AGOSBA había señalado, en su Comunicación de Información N.º 16 del 16 de abril de 1999 (RA-251) que la diferencia entre las conexiones de agua potable y de cloacas facturadas a diciembre de 1998, por un lado, y las conexiones instaladas, por el otro, era de 83.474 conexiones en el caso de agua potable y de 15.522, en el caso de conexiones de cloacas. La información relevante se encontraba adjunta y a disposición de los oferentes en el *data room* (RA-298, 299)<sup>31</sup>. La primera cifra refleja la diferencia entre las conexiones de agua facturadas y las instaladas; se asemeja a los 80.000 usuarios no incluidos en la base de datos de AGOSBA a los que AGBA hace referencia en su nota.

255. El *Schroders Information Memorandum* de 1998 (de aquí en adelante “Informe Schroders”) señala un nivel de cobertura de la red de agua potable del 35% y un nivel de cobertura de desagües cloacales del 13%, CU-10). La Demandada aduce que los oferentes deben haber tenido conocimiento de la existencia de estos usuarios que tenían conexiones preexistentes. En efecto, en el Plan de Negocios original del Consorcio de junio de 1999 (también conocido por su nombre abreviado, *AGBA's Business Plan 1999*, RA-265<sup>32</sup>) se indica un nivel de cobertura de agua potable del 13,2%, y un nivel de cobertura de desagües cloacales del 12,0% para el año 1999. Dado que, en su Plan de Negocios, las Demandantes indican niveles de cobertura inferiores a los indicados en el Informe Schroders, las Demandantes, en calidad de Oferentes, debieron haberse informado de la incorporación de usuarios que no figuraban en la base de datos de AGOSBA.

---

<sup>31</sup> Ver también Testigo Cinti, TR-S, Día 3, págs. 759/4-22, 821/8-822/18; Cinti I, párr. 57.

<sup>32</sup> También se adjunta la nota de AGBA del 28 de junio de 2002 dirigida al Gobernador de la Provincia (CU-104, 118).

256. El Tribunal señala que no existe controversia entre la cantidad aproximada de 80.000 usuarios conectados a la red y que aprovecharon el servicio sin recibir facturación de AGOSBA ni ser incluidos en su base de datos de clientes. Dicha información se puso a disposición de los oferentes a través de la comunicación citada previamente de la Comisión de Privatización de AGOSBA<sup>33</sup>.

257. La controversia radica en la inclusión de esta cantidad de usuarios incorporados dentro de las obras realizadas por AGBA en el marco del POES para el primer año, y en el contenido y la naturaleza de la aprobación del informe de AGBA de su cumplimiento del POES y la decisión de suspender el POES para el año dos. Estas cuestiones se analizarán en detalle a continuación.

### 3. *Reacondicionamiento de conexiones existentes*

258. Las Demandantes alegan asimismo que, al hacerse cargo del servicio, AGBA encontró la red de la Concesión y, en general, las instalaciones de la Concesión, en condiciones deplorables, incluso peores que las que cabía esperar en función de los documentos disponibles y las revelaciones realizadas durante el proceso de licitación. Inglese Consultores S.A., que fue designado Auditor Técnico de la Concesión en 2002-2005, tenía experiencia y estaba al tanto de las condiciones imperantes, porque ya habían sido contratada como asesora previo a la licitación. Ella confirmó que la activación de muchas de las conexiones requería inversiones superiores a las que los oferentes podían calcular en función de la información disponible. Las obras ejecutadas y pagadas por la Concesionaria permitían conectar y prestar el servicio a muchos hogares. Este fue el motivo por el cual el ORAB las incluyó entre las obras de expansión, al determinar que se habían alcanzado las metas del POES para el año 1.

259. La Demandada alega que AGBA tendió a posponer la ejecución de verdaderas obras de expansión y que, por el contrario, durante el año 2000 y 2001 simplemente activó conexiones preexistentes, lo cual era una manera de realizar inversiones por debajo de los montos requeridos para realizar una verdadera expansión del servicio. El Experto Molinari explica que el 91% de las conexiones de agua potable realizadas en el primer año de la Concesión (2000) son solo reacondicionamientos de las redes existentes. Éstas, representan el 71% en los dos primeros años (2000-2001). Si se toma como referencia el primer quinquenio, 117.639 (41,1%) de las 286.272 conexiones realizadas son producto del reacondicionamiento de conexiones existentes. En lo que respecta a desagües cloacales, las cifras son 62%, 35% y 11,4%.<sup>34</sup> Esto demuestra que AGBA estaba aprovechando las redes existentes, correspondientes a inversiones ya realizadas por terceros antes de la Toma de Posesión por parte de la Concesionaria.

---

<sup>33</sup> El Testigo Cerruti confirmó en la audiencia que los miembros del consorcio de AGBA estaban al tanto de la comunicación No. 16; TR-S, Día 1, págs. 257/1-18, 258/6-9.

<sup>34</sup> Molinari I, párr. 133b.



260. La Demandada manifiesta que la intención de AGBA era no realizar verdaderas inversiones durante los primeros cinco años, sino concentrarse en activar las conexiones preexistentes. El Plan de Negocios de AGBA 1999 muestra que la expansión de los servicios de agua y desagües cloacales durante los primeros años corresponde fundamentalmente a conexiones preexistentes. El Plan de Negocios de AGBA de noviembre de 2001 señala que la verdadera expansión no comenzaría hasta después de 2005, ya que todos los servicios prestados con anterioridad a esa fecha correspondían a la activación de conexiones preexistentes y densificación (RA-211).

261. En esta oportunidad, el Tribunal también observa que la controversia no radica realmente en la necesidad de AGBA de reacondicionar las conexiones preexistentes. Se ha explicado al Tribunal que esta obra de restaurar conexiones viejas o la necesidad de reacondicionamientos en muchos casos requería obras de magnitud e incluso el reemplazo completo de todas las cañerías y bombas, o activos similares. Al explicar sucintamente lo que había escrito en sus declaraciones, el Testigo Quijade manifestó al Tribunal en la audiencia que se habían utilizado insumos inadecuados en el tendido subterráneo y que, por tal motivo, AGBA debía retirar los caños, revisarlos, y ver si el material utilizado era apto para tolerar el desgaste y uso normal. En la mayoría de los casos, el material no ofrecía las garantías necesarias para funcionar correctamente. En algunos casos faltaban válvulas y elementos de aislación. Todas estas obras eran subterráneas, de modo tal que no eran visibles y no había forma de haberlo previsto durante la licitación.<sup>35</sup> Estos problemas generan costos y exigen financiamiento que no se puede subestimar. No obstante, como observación general, cabe plantear que la renovación no exigiría el mismo financiamiento que una obra de expansión a ejecutarse desde el principio. También es por ello que en los planes de negocio de AGBA y en el POES se hizo una distinción entre estas distintas cuestiones, ya que difieren en la naturaleza y en la magnitud de las obras necesarias y, por consiguiente, en las inversiones necesarias a tal fin.

262. El Tribunal ha señalado que una de las cuestiones en disputa se refiere a la magnitud y el alcance de las obras de reacondicionamiento a ser realizadas bajo la dirección de AGBA. Para las Demandantes, la red y las instalaciones se encontraban en un estado peor que el esperado en función de los documentos disponibles y los relevamientos realizados durante el proceso de licitación. Señalan también el Artículo 6.4.1 del Contrato, que otorgaba a AGBA un plazo de 12 meses desde la Toma de Posesión para realizar un inventario detallado<sup>36</sup>. La Demandada considera que se habría contado con más información al respecto si los Oferentes hubieran realizado un mejor proceso de debida diligencia. Asimismo, la Demandada afirma que las Demandantes aceptaron la Concesión en el estado en que se encontraba, asumiendo el correspondiente

---

<sup>35</sup> TR-S, Día 2, págs. 337/15-339/13, 360/13-361/12.

<sup>36</sup> Ver Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 14, donde no se toma en cuenta que un inventario de los bienes difiere de una evaluación realizada en el marco de un proceso de debida diligencia.

riesgo empresario, tal como surge de los Artículos 1.5.2 y 2.4 del Pliego de Condiciones. Si bien las Partes han planteado argumentos contrapuestos en este sentido, no existe una verdadera disputa respecto del alcance y los costos de las obras de reacondicionamiento. La disputa se refiere al alcance y los costos de dichas obras comparados a las obras consideradas obras de expansión, que indudablemente exigían inversiones mayores que el reacondicionamiento de las condiciones existentes.

263. El Tribunal también señala que si bien ciertamente entiende que es difícil realizar un estudio de debida diligencia de una red mayormente subterránea, no obstante ello, un contratista experimentado debería poder obtener una evaluación confiable de la situación realizando un estudio mediante la recolección de muestras y la realización de las pruebas adecuadas. En tal sentido, el Testigo Quijada explicó al Tribunal en la audiencia que la revelación técnica realizada durante la licitación no podía cubrir 180 km de cañerías<sup>37</sup>. Él visitó las primeras cinco plantas de tratamiento de efluentes cloacales pero las vio desde afuera, y también inspeccionó los pozos de agua<sup>38</sup>. Al preguntársele si había realizado algún análisis, respondió: “No hacía falta meterse dentro para ver lo que había. Porque se veía claramente lo que era aquello”<sup>39</sup>. También comunicó su evaluación de las capacidades técnicas que estaba analizado a los fines de inversión, manifestando que la condición era: “Mala, mala”<sup>40</sup>. En relación al informe de debida diligencia presentado a los inversores<sup>41</sup>, el Testigo manifestó: “Pues que el problema era importante y que había que hacer mucha inversión”<sup>42</sup>. A la luz de esta afirmación, el Tribunal entiende que los Oferentes estaban en condiciones de estimar la magnitud de las obras a realizar y que la mala calidad de la red existente no fue ninguna sorpresa tras la adjudicación de la Concesión. El Tribunal no concuerda con el Ingeniero Ingles, quien declaró ante el Tribunal que la realización de una investigación que permitiera determinar la verdadera condición de las instalaciones solo sería posible después de 1 a 3 años<sup>43</sup>.

264. La cuestión que queda por analizar en mayor detalle es qué podía considerarse una obra de expansión en el momento crítico de los primeros años de la Concesión. Las

---

<sup>37</sup> TR-S, Día 2, pág. 377/12-14.

<sup>38</sup> TR-S, Día 2, págs. 379/21-380/13.

<sup>39</sup> TR-S, Día 2, págs. 380/22-381/2. Luego agrega, en referencia a sus 30 años de experiencia en efluentes cloacales: “yo ya llevaba 30 años trabajando en el campo de las aguas residuales y hay al final pocas cosas que se escapan”; TR-S, Día 2, pág. 386/1-3..

<sup>40</sup> TR-S, Día 2, pág. 381/8.

<sup>41</sup> El Testigo no recuerda si fue él quien lo escribió; TR-S, Día 2, pág. 385/4-12. Este documento no fue presentado al Tribunal, ni ningún otro informe de debida diligencia provisto al Consorcio oferente.

<sup>42</sup> TR-S, Día 2, pág. 381/12-13.

<sup>43</sup> Ver TR-S, Día 4, págs. 1097/1-1098/1, 1136/12-1138/13, 1145/18-1146/15, 1152/21-1154/2. El Experto hizo referencia a su experiencia con la concesión de *Aguas Argentinas*. No tenía conocimiento de la situación porque no asumió el cargo como Auditor Técnico de la Concesión de AGBA hasta febrero de 2002. El Ingeniero señaló que la red, tal como se encontraba a la Toma de Posesión, no contaba con la mayoría de las conexiones y sistemas necesarios para la provisión y regulación de agua, o las válvulas y conexiones necesarias en el sistema de cloacas. Su activación requería inversiones que excedían por mucho las estimadas por los Oferentes, que solo habían considerado algunos ajustes de puesta en marcha como se necesitarían para redes correctamente construidas e inspeccionadas. Ver Ingles I, párr. 32d.

Demandantes alegan que al aprobar el POES para el año uno y suspenderlo para el año dos, el ORAB consideró las obras de reacondicionamiento y mantenimiento como obras de expansión. La Demandada, por su parte, contienda que las obras de expansión exigían el cumplimiento conforme a sus características específicas, incluida una inversión de magnitud mucho mayor que el financiamiento requerido a los fines del mero reacondicionamiento, y que fuera efectivamente provista por los inversores. Esta cuestión se analizará en mayor detalle a continuación.

#### 4. *Obras de expansión*

265. Esta cuestión, altamente contenciosa, se puede dividir en tres subcategorías: (a) la definición y los componentes de las obras de expansión, (b) las obras de expansión efectivamente comprometidas por AGBA, y (c) las obras consideradas como obras de expansión a los fines del POES. A partir de este momento nos concentraremos en las dos primeras cuestiones, de naturaleza esencialmente fácticas. Asimismo, si bien es necesario analizar estos temas respecto de toda la extensión geográfica de la Región B, también se analizarán particularmente respecto de los distritos donde se encontraban ubicadas las plantas UNIREC.

##### a. Las respectivas posiciones de las Partes

266. La posición de las Demandantes es que estas dos primeras cuestiones no resultan relevantes a la luz de las decisiones tomadas por el ORAB. Señalan que la Demandada alegó que muchas de las obras realizadas por AGBA no eran en realidad actividades de expansión del servicio, sino actividades de mantenimiento de la red existente. Las Demandantes, por su parte, alegan que el Organismo Regulador caracterizó dichas obras como obras de expansión al aprobar el POES correspondiente al año uno (2001) y al suspender el POES correspondiente al año dos (2002). Las Demandantes señalan que el reacondicionamiento de una gran proporción de conexiones no operativas exigía una cantidad de obras considerable. Dichas obras ejecutadas y pagadas por la Concesionaria permitieron conectar y prestar el servicio a muchos hogares. Fue por ello que el ORAB consideró estas obras como obras de expansión. En síntesis, la posición de las Demandantes es que al haberse decidido de esta manera, no tiene sentido replantear esta cuestión. Más explícitamente, las Demandantes aducen lo siguiente:

“En suma, AGBA cumplió con las metas de expansión del POES del primer año, las del segundo fueron neutralizadas y las del tercero y siguientes se hicieron inalcanzables a causa de la ruptura de la ecuación económico-financiera del Contrato de AGBA, que resultó agravada por la emergencia económica y la pesificación. Por tanto, no hubo incumplimiento imputable a AGBA de las metas de expansión”<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 310.

267. La Demandada no niega que el ORAB haya aprobado el POES para el año uno (2001) y suspendido el POES para el año dos (2002).

268. Mediante una nota de fecha 17 de mayo de 2001 (CU-173, RA-183), AGBA informó que se habían interrumpido las obras de expansión y que solicitaba la suspensión temporaria de las metas contractuales de expansión, indicando asimismo que no realizaría las inversiones necesarias. En efecto, la Concesionaria se había apartado de su Plan de Negocios, concentrándose en la activación de las conexiones previas y posponiendo las verdaderas inversiones, fundamentalmente la expansión de servicio. Hechos posteriores confirman que AGBA no tenía intenciones de invertir en la expansión del servicio. El Plan de Negocios de noviembre de 2001 (RA-211) plantea la no realización de obras genuinas de expansión hasta 2003 y 2004. AGBA se mantuvo en su postura de no invertir luego de que se declarara la emergencia pública. Ya no se limitó a eludir sus compromisos de inversiones, sino que tampoco cumplió las metas de mantenimiento. AGBA dejó claro que prácticamente la totalidad de la “expansión” se refería a la activación de conexiones existentes. En los años posteriores a 2002, AGBA se apartó una y otra vez del plan original de negocios en materia de inversiones de expansión. Se limitó a activar las conexiones existentes, posponiendo de esta forma los compromisos asumidos en virtud del Contrato.

269. La Demandada insiste en que el objetivo primordial de la Concesión era la expansión del servicio de agua potable y cloacas, los cuales tenían niveles muy bajos en el área de la Concesión. La Región B presentaba un alto grado de vulnerabilidad sanitaria. Tal como lo señala el Experto Molinari, el problema principal no era la ineficiencia en el servicio, sino la completa falta de servicio de aguas, desagües cloacales o ambas<sup>45</sup>. La expansión de los servicios de agua potable y desagües cloacales era urgente, y uno de los principales objetivos de la Concesión. En su nota de mayo de 2001, AGBA le dejaba poca alternativa a la Provincia. Rescindir el Contrato implicaba llamar a una nueva licitación, y enfrentar el grado de descontento de la población.

270. En respuesta a la posición de las Demandantes de que las obras de AGBA de restauración y reacondicionamiento de las conexiones preexistentes fueran reconocidas por el ORAB como obras que cumplían con las metas de expansión establecidas en el POES para el año uno, la Demandada afirma que en los casos en que se activó la conexión de los usuarios o que se regularizó su situación de otra manera, su incorporación al sistema no resultó en obras de expansión. El Organismo Regulador en ese momento consideró una expansión lo que esencialmente era un proceso de habilitación.

271. El Experto Molinari explica que las Demandantes confunden obras de rehabilitación con obras de renovación, que se realizan en bienes existentes y no prevén

---

<sup>45</sup> Molinari I, párr. 74.

la expansión de servicio mediante verdadera expansión, lo cual requiere la construcción de nuevas instalaciones<sup>46</sup>. Esta diferencia surge de los términos del Anexo F del Contrato, Artículos 2.1, 2.2 y 2.3. La restauración de obras de agua potable y desagües cloacales ya construidos por terceros, que fueron simplemente reacondicionados por las Demandantes al hacerse cargo del servicio, tampoco se pueden tomar en consideración.

b. Conclusiones del Tribunal

272. El Tribunal se concentrará en primer término en entender lo que disponen el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión respecto del concepto de obras de expansión y metas de expansión. De hecho, estos textos proveen elementos de utilidad, en tanto que, en contraste, poco dicen respecto de la restauración y/o reconexión de usuarios a los que jamás se les facturó o el reacondicionamiento de conexiones de servicio existentes.

273. El Artículo 2-II de la Ley N.º 11.820 establece:

“Área de Expansión: El territorio comprendido dentro de los límites del Área Concesionada en el cual se aprueben planes de mejoras y expansión de los servicios que preste el Concesionario. Cumplidos y ejecutados estos planes, el Área de expansión se convierte en Área Servida de Agua Potable y Desagües Cloacales según corresponda”.

274. Ello surge de la disposición que recoge la distinción entre Área de Expansión y Área Servida, que se define de la siguiente manera, para el servicio de provisión de agua potable y el servicio de desagües cloacales “el territorio dentro del cual se presta efectivamente el servicio de provisión de agua potable” o “el territorio dentro del cual se presta efectivamente el servicio de desagües cloacales”. Nuevamente, en el Artículo 7-II, se traza la misma distinción entre “las Áreas Servidas y de Expansión de acuerdo con lo establecido en los respectivas POES”.

275. El Artículo 3-II de la Ley, bajo el encabezado “Régimen de Áreas”, dispone lo siguiente:

“En el Área de Expansión el Concesionario ejecutará los POES que el ORBAS haya aprobado de acuerdo con el mecanismo previsto en el Contrato de Concesión y en el presente. El ORBAS podrá igualmente aprobar los POES no previstos originariamente, en tanto no implique disminuir las obligaciones comprometidas en la materia por el Concesionario en el Contrato de Concesión”.

276. Asimismo, el Artículo 13-II dispone que el ORAB tendrá la facultad y la obligación de “dar publicidad de los planes de expansión” (inc. d). También compete al

---

<sup>46</sup> Molinari II, párr. 20.

ORAB aprobar el POES en el Área de Concesión (inc. e) y “controlar que el Concesionario cumpla con los POES aprobados y los planes de inversión, operación y mantenimiento que éste haya propuesto para satisfacer en forma eficiente las metas del servicio y su expansión” (inc. f). En tal sentido, cabe destacar que una vez más se distingue entre metas de servicio y metas de expansión. Una distinción similar se recoge en el Artículo 15-II donde, al enunciar los deberes y derechos de la Concesionaria, se hace referencia al rol de “preparar planes de operación, mejoras y expansión de los servicios” (inc. b).

277. En igual sentido, el Artículo 19-II traza una distinción entre “usuarios reales” y “usuarios potenciales”. Los usuarios reales se definen como aquellos “comprendidos dentro de alguna de las Áreas Servidas” y los potenciales como aquellos “comprendidos en las Áreas de Expansión y Remanente”. Los derechos de los usuarios reales se enuncian en un largo listado establecido en el Artículo 20-II, del cual se reconocen dos como derechos de los usuarios potenciales, en el Artículo 21-II, a saber, el derecho de recibir información general acerca de los servicios prestados por la Concesionaria (inc. c) y la posibilidad de reclamar ante la Concesionaria cuando se compruebe un incumplimiento con los POES y las metas fijadas (inc. e).

278. En otras disposiciones, la Ley N.º 11.820 se refiere al contenido de las obras de expansión. El Artículo 23-II dispone como requisito general que los servicios de agua potable y desagües cloacales deberán prestarse complementariamente, lo que significa, entre otras cosas, que “las obras de expansión que se realicen, deberán prever la captación y el tratamiento correspondientes”. Como se ha mencionado anteriormente, el Artículo 29-II dispone que “el régimen tarifario de consumo medido será de aplicación obligatoria en todas las obras de expansión”.

279. El Contrato de Concesión se basa en las definiciones establecidas en la Ley N.º 11.820. El Artículo 1.2 comienza definiendo el Área de Expansión como el territorio dentro del Área de la Concesión definido como tal en el Plan Quinquenal; una vez implementado y ejecutado el Plan Quinquenal, el Área de Expansión se transformará en el Área Servida. Esta última cubre el “territorio en el que se preste efectivamente el Servicio”. La obligación de prestar el servicio, es decir, de expandir, renovar y/o reacondicionar las redes externas, se aplica a ambas áreas (Artículo 3.4). Los propietarios y tenedores o usuarios de inmuebles ubicados en zonas urbanas y que se hallen en el Área servida estarán obligados a conectarse a la red (Artículo 3.5).

280. La finalidad del POES también se divide en dos partes, con los objetivos de “proveer a la expansión del Servicio en la Zona de Concesión” y “garantizar el mantenimiento y la mejora de los sistemas necesarios para la prestación del Servicio” (Artículo 5.2). El Artículo 2 del Anexo F que establece las “metas” del POES también se divide en una sección de “Expansión del Servicio” (2.1) y otra sección intitulada

“Prestación del Servicio” (2.2), seguida por una parte final acerca de la “Renovación y/o Reacondicionamiento de Cañerías” (2.3). El inciso 2.1 dispone que la Concesionaria deberá cumplir las metas de expansión del servicio correspondientes a las metas globales de cobertura establecidas en las tablas contenidas en esta sección del Anexo F. Respecto de la expansión de la red de agua potable, las cifras de la zona suburbana de la Región B expresaban el número mínimo de conexiones a cañerías maestras, a saber, 26.500 para el primer año y 40.000 para el segundo año. En una segunda tabla, se indica el número de conexiones a cañerías maestras para cada municipio (donde los números totales difieren de la primera tabla, a saber, 15.300 y 30.900). Desde el tercer año de la Concesión, la cobertura de expansión de red se planteó en porcentajes, comenzando desde el año tres con 65% y luego incrementándose gradualmente (año 4: 70%, 5: 74%, 10: 82%, 15: 88%, 20: 92%, 25: 95%, 30: 95%). Estas cifras se completan con porcentajes definidos como metas mínimas para cada distrito, que por lo general se ubican por debajo de la meta global aplicable a toda la región. La parte introductoria del inciso 2.1 explica que estos porcentajes deben calcularse como el cociente entre los valores de la población servida y los valores de poblaciones urbanas. El mismo tipo de presentación se utiliza para las redes de expansión de la red de desagües cloacales, donde se exige un número mínimo de conexiones para la región de 26.000 para el primer año y de 39.000 para el segundo año, y luego se incluye un listado donde se definen los números mínimos para cada distrito. Desde el tercer año, el objetivo global para la región comienza con un 40%, incrementándose para los años siguientes (4: 50%, 5: 55%, 10: 68%, 15: 80%, 20: 85%, 25: 90%, 30: 95%).

281. Las disposiciones del Artículo 2.1 del Anexo F se refieren al coeficiente de incremento aplicable al servicio de agua y cloacas conforme al Artículo 4 del Anexo Ñ. Este incremento está sujeto al cumplimiento de las metas de expansión y de reacondicionamiento y rehabilitación establecidas en el Artículo 2 del Anexo F correspondientes al año anterior en el cual se aplica el incremento.

282. El primer plan quinquenal inicialmente propuesto por AGBA el 21 de marzo de 2000 (CU-192) explicaba que, a la luz de las metas de cobertura establecidas en el Contrato de Concesión, podría decirse que la Región necesitaba una fuerte expansión de los servicios. Dichas obras de expansión deberían estar dirigidas fundamentalmente a los sectores que permitan un retorno sobre la inversión y, por tanto, fortalezcan la viabilidad de la ecuación económico-financiera del Contrato (pág. 64).

283. La Memoria Anual y los Estados Contables de AGBA para el año 2000 (CU-27) explican los objetivos estratégicos completos de ese momento, que incluyen la consolidación de la concesión, un incremento en la cartera y planifica en detalle las inversiones necesarias para la expansión del servicio exigidas por el Contrato. La consolidación incluía la reparación y el reemplazo de la infraestructura existente, garantía de calidad del área provista, calidad de los servicios brindados y atención al cliente y,

gestión del servicio. Allí no se hace referencia a las obras de expansión real ejecutadas, pero sí se establece que las tareas de planificación e ingeniería se concentraron en la preparación del POES para el primer quinquenio.

284. Las tablas incluidas al final de la propuesta de AGBA de marzo de 2000 muestran que la extensión de la red de agua potable comprendería un total de 1712 km (divididos entre los años 1 a 5: 314, 483, 613, 212, y 90). Las cifras correspondientes a las cañerías de desagües cloacales a agregarse cubren un total de 2176 kilómetros (divididos del año 1 al 5 de la siguiente manera: 550, 481, 433, 471 y 241).

285. Otra cuestión se refiere a los micromedidores. El Tribunal señala que en la misma propuesta se indicó: “las obras que se ejecuten de ampliación del servicio contarán desde su instalación con el medidor correspondiente” (pág. 29). También explicaba que el 60% de los clientes debían contar con servicios medidos después de los tres primeros años, y el 100% después de los primeros cinco años de la Concesión (pág. 40)<sup>47</sup>. La cantidad de medidores a ser instalados eran de 27.336 para el año uno (2000), 29.736 para el año dos y el año tres (2001/02) y 15.268 para el año cuatro y para el año cinco (2003/04) (pág. 44/45). En tal sentido, se indica que este ritmo se observará hasta una vez finalizada la Concesión, dado que “las expansiones preverán la colocación del medidor simultáneamente al tendido” (pág. 40).

286. Para la ampliación del servicio de agua potable, la propuesta de AGBA fijaba un total de \$ 126.501.263 para los primeros cinco años, y esta cantidad se dividía entre los distintos distritos. El cálculo del Tribunal del monto total de todas las demás obras asociadas al servicio de agua es de \$ 77.769.531. Ambas sumas juntas se aproximan bastante al monto total de inversiones que debían realizarse en los primeros cinco años, a saber, \$ 204.555.794. Surge también de estas cifras que el monto a invertirse en expansión excede el 60% de la inversión total. Las cifras correspondientes a los servicios de cloacas ofrecen un panorama similar. Los costos totales de expansión se fijan en \$ 196.506.153 para los primeros cinco años, en tanto que se incluyen otras obras relativas al tratamiento, renovación, reacondicionamiento y rehabilitación en la suma de \$ 87.087.127,50, de modo tal que la suma total dedicada a los servicios cloacales es de \$ 283.593.280,50, de los cuales un 70% se reserva para fines de expansión. De ello surge que la inversión total era de \$ 488.149.074,50<sup>48</sup>.

287. Las cifras de la propuesta final de AGBA que luego se incorporaron en el Capítulo 5 del primer POES Quinquenal aprobado por el ORAB (CU-193, RA-182) son distintas.

---

<sup>47</sup> Esto debe ser el motivo de la respuesta afirmativa del Testigo Cerruti en la audiencia cuando se le preguntó si el cuadro tarifario para el sistema medido sería obligatorio en toda el área de expansión; TR-S, Día 1, págs. 189/22-190/3. Esto solo puede ser correcto porque la expansión exigía la instalación de medidores.

<sup>48</sup> El Hernando confirmó que se preveía un gasto total de \$ 488 millones (TR-S, Día 3, págs. 676/18-679/11). Agregó que “AGBA no iba a gastar \$ 500 millones en el primer quinquenio” (pág. 677/21-22).



Las inversiones requeridas para la “extensión de redes” del sistema de agua potable representaban un total de USD 35.239.300 y el monto correspondiente a la “extensión de redes colectoras” era de USD 105.811.200. Estas cifras son comparables a la inversión total del sistema de aguas de USD 78.229.600 y del sistema de cloacas de USD 144.253.600. Al sumar estas dos cifras (más una suma menor de USD 8.434.000 por inversiones no asignadas por distrito) se obtiene una inversión total de USD 230.917.300 para el primer quinquenio. Esta suma se distribuyen entre los años uno (2000) a cinco (2004) de la siguiente manera: 16.728.800 (1), 71.032.000 (2), 86.021.700 (3), 38.028.300 (4), 19.096.500 (5).

288. El Tribunal señala que, en este POES, la línea reservada a la instalación de micromedidores está en blanco. La explicación parecería ser que los costos, el número y la ubicación de dichos medidores aún no se habían determinado. En efecto, el Anexo II a la Resolución N.º 7/01 dispone: “Deberá ajustar e indicar catastralmente las conexiones donde se instalará micromedición año por año, según datos del Censo Nacional 2001” (CU-193, RA-182).

289. Las dificultades que se plantearon en los inicios de la Concesión respecto de la ejecución de las obras de expansión se analizarán en las secciones siguientes de este Capítulo. El Tribunal observa en este punto que se tradujeron en la programación efectiva de las operaciones de AGBA en el segundo semestre de 2001. Ya en su nota del 17 de mayo de 2001, AGBA informó que dichas obras se habían interrumpido.

290. El Plan de Negocios de AGBA de noviembre de 2001 (RA-211) muestra el encabezado “Población y Metas de Expansión” para cada distrito, pero éste no indica las cifras de “expansión” de los servicios de agua potable y desagües cloacales. Esto significa que solo se programaban obras de expansión a partir del año 2005. La tabla de “inversiones” lo confirma: no se incluyen inversiones hasta el año 2004, inclusive, para el sistema de agua potable, y lo mismo sucede con el sistema de desagües cloacales.

291. Otra tabla, titulada “Demandas Técnicas”, muestra que la longitud de las cañerías de agua se mantenía constante en 1.726 kilómetros hasta el año 2004 inclusive, con el primer incremento recién en 2005, mediante el cual se extendía la red de cañerías a 2.459 kilómetros. Dado que el tendido de caños es un elemento esencial de las obras de expansión, esta tabla muestra que no se programaban obras en tal sentido hasta 2005. La misma observación es cierta respecto de la longitud de desagües cloacales, que se mantenía constante hasta 2004 en 930 kilómetros, y el incremento comenzaba en 2005 con una longitud adicional de cañerías de 317 kilómetros.

292. La tabla sobre “inversiones” no indica la cantidad de micromedidores a instalar entre los años 2000 y 2003. Para 2004, se prevé una inversión de \$ 1.507.200, que se incrementa a \$ 2.951.600 para 2005. Dado que la instalación de medidores es un requisito

esencial para la finalización de las obras de expansión (Artículo 29-II de la Ley N.º 11.820), esto confirma que no se programaban tales obras al menos hasta finales de 2003<sup>49</sup>.

293. En este punto, el Tribunal concluye que una AGBA no había programado ni realizado ninguna obra de expansión, al menos no significativa, que comprendiera las ampliaciones y los tendidos de cañerías correspondientes, para el período crítico entre 2000 y 2004, y que la obra prevista para 2005 según el Plan de Negocios de noviembre de 2001, es incierta y que, de todos modos, es irrelevante, a la luz de los hechos que sucedieron mucho antes de ese momento en relación con la crisis de Argentina y que también contribuyeron a la crisis de la Concesión. No se ha ofrecido al Tribunal ninguna prueba que contradiga esta conclusión.

294. Esta conclusión deja abierta, por ahora y hasta tanto se analice en mayor detalle la conducta de las Partes respecto del POES, la cuestión sobre el efecto de la aprobación del informe de AGBA sobre el POES correspondiente al año uno y la neutralización del POES para el año dos, según la naturaleza y la magnitud de las obras de expansión ejecutadas bajo una clasificación distinta, como reacondicionamiento o restauración de conexiones o tipos de obras similares.

c. Expansión relacionada con las plantas UNIREC

295. Las Demandantes alegan que, al momento de la Toma de Posesión, la Concesionaria se encontró con varios obstáculos que afectaron la expansión del servicio. Uno de los obstáculos esenciales fue el incumplimiento de la Provincia, al no construir las plantas UNIREC. Este incumplimiento afectó los planes de expansión de la Concesionaria, que había proyectado expansiones que preveían la construcción y conexión de las redes a dichas plantas. El Tribunal entiende que era necesario realizar grandes obras a los fines de construir colectoras que permitieran llevar los efluentes desde los hogares hasta las plantas de tratamiento. Esto no era factible porque las plantas aún no se habían construido. Esto no formaba parte de los riesgos empresarios y, por tanto, no generaba ninguna obligación para AGBA. En respuesta al argumento de la Demandada de que AGBA debió haber modificado sus planes y ejecutar proyectos, redes y conexiones para las otras plantas disponibles, las Demandantes citan el testimonio del Testigo Quijada que explica que lleva mucho tiempo preparar tales cambios<sup>50</sup>.

296. El punto de las Demandantes es irrelevante. Tal como explicamos anteriormente, AGBA no había programado obras de expansión hasta 2004. En su nota de mayo de 2001

---

<sup>49</sup> El testigo Dáscoli explica que en 2003 debían instalarse alrededor de 10 medidores (TR-S, Día 2, págs. 503/1-3, 506/22-507/9, 531/6-7). En 2005, se transfirieron 240 usuarios al sistema medido (Dáscoli I, párr. 25).

<sup>50</sup> Quijada I, párrs. 287-294, II, párrs. 48-62.

al Concedente, informó que había interrumpido las obras de expansión. Las supuestas dificultades asociadas a la necesidad de reformular los planes para desarrollar y ampliar las redes cercanas a las futuras plantas UNIREC no son más que hipotéticas. La línea reservada a “Plantos UNIREC” de la tabla “Población y Metas de Expansión” del Plan de Negocios de AGBA de noviembre de 2001 (RA-211) no contenía ningún número hasta 2006, indicando que no había ninguna obra programada hasta ese momento. Asimismo, las Demandantes no han presentado pruebas que demuestren que las obras de expansión estaban efectivamente preparándose cuando aún cabía esperar que se entregaran las plantas UNIREC y que, por tanto, provocaron costos que AGBA debió incurrir sin ningún sentido. En todo caso, AGBA debió haber sabido en una etapa muy temprana que las plantas no estaban en construcción y que, por consiguiente, no se entregarían. Por lo tanto, hubo tiempo para reasignar las obras de expansión, tal como lo explicó la Testigo Cinti en la audiencia<sup>51</sup>, y ello incluso considerando, como dijo el Testigo Quijada<sup>52</sup>, que esto habría comportado una pérdida de tiempo, y que habría llevado al menos cinco meses comenzar nuevos proyectos en otras áreas.

B. Cobrabilidad de facturas por los servicios

297. Si bien la provisión de servicios de agua y cloacas era importante para la población de la Región B, era igual de importante para AGBA que los usuarios pagaran sus facturas y obtener así el retorno que le permitiría cubrir sus costos y una ganancia suficiente para garantizar inversiones futuras y un retorno razonable para sus inversores. El índice de cobrabilidad es la dirección directa entre la tarifa aplicable y los costos asociados a la prestación de servicios por medio de la red y el financiamiento necesario. El cálculo del índice de cobrabilidad de las facturas es uno de los elementos más importantes para la determinación de las tarifas: si la cobrabilidad efectivamente alcanzada es menor de la esperada, el proceso de facturación basado en las tarifas aplicables no ofrece un retorno suficiente para cubrir los costos estimados y los retornos proyectados, y viceversa. Esto también significa que si cae dicho índice, el retorno esperado a los fines de mayores inversiones cae en igual proporción, generando así una necesidad de buscar otras fuentes de financiamiento para las obras que se deben realizar. Por último, la tasa esperada de cobrabilidad también sirve, en la opinión de las Demandantes, como una proyección para la valuación de daños.

298. Las Partes se encuentran profundamente divididas respecto a los números o porcentajes de facturas incobrables en distintos momentos relevantes de la Concesión, y discrepan, aún más, a la hora de explicar los resultados de cobro de facturas de AGBA.

---

<sup>51</sup> TR-S, Día 3, págs. 722/22-723/6.

<sup>52</sup> TR-S, Día 2, págs. 339/14-342/6.

### 1. *Posición de las Demandantes*

299. Las Demandantes plantean que expertos renombrados han confirmado que los índices estimados de cobranza de AGBA eran realistas. El estudio FIEL<sup>53</sup> de octubre del 2000 contemplaba la posibilidad de alcanzar un índice de cobrabilidad del 90% o mayor<sup>54</sup>. Una comunicación del COFES<sup>55</sup> del 16 de octubre de 2009 muestra índices superiores al 90% en 2009 en varias provincias de la República Argentina (CU-222). En uno de los informes elaborados por Schrodgers en 1998, se predecía un incremento significativo de la cobrabilidad para los primeros años de la Concesión (18% en 1999, 20% en 2000).

300. Las Demandantes niegan la existencia de un vínculo proporcional entre los bajos índices de cobrabilidad y los bajos ingresos y recursos económicos de la población. Una población pobre puede aceptar pagar una porción importante de sus ingresos por el acceso al agua. Por consiguiente, el hecho de que la Región B tuviera más habitantes de bajos ingresos o en condiciones de pobreza que el resto del país no significaba necesariamente que debía esperarse una mayor incobrabilidad de las facturas de agua. No es cierta la afirmación de la Demandada de que el índice de pobreza de los residentes justifique la baja cobrabilidad, siquiera respecto del servicio básico. Afirmar que los bajos niveles de ingresos se traducen en una menor cobrabilidad es un mero supuesto, que no encuentra ningún arraigo en la realidad.

301. Las Demandantes afirman que habían invertido confiando en los instrumentos efectivos contemplados en el Marco Regulatorio para garantizar una alta cobrabilidad. Explican que la potestad de disponer cortes de servicio y otras medidas coercitivas jugaban un papel muy importante respecto de la cobrabilidad, ya que constituían sin duda un valioso incentivo. Sin embargo, AGBA se vio privada del derecho a los cortes de servicio poco después de iniciada la Concesión y a pesar de las disposiciones del Marco Regulatorio. El Informe Halcrow también subrayó la relevancia del corte de servicio (CU-209). Esto ciertamente incrementaría la cobrabilidad. La efectividad de dicha medida puede variar en función de la percepción de los usuarios del riesgo de corte del servicio. El COFES también señaló que las empresas que aplican medidas coercitivas logran un incremento de la cobrabilidad. Schrodgers subrayó la facultad de corte del servicio y manifestó que las facturas debían ser instrumentos susceptibles de ejecución judicial. Por consiguiente, esta facultad se mencionaba expresamente en un documento presentado durante la licitación.

---

<sup>53</sup> Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas.

<sup>54</sup> Anexo 273 a Giacchino/Walck I.

<sup>55</sup> Consejo Federal de Entidades de Servicios Sanitarios.

302. Contrariamente a lo que la Demandada parece inferir de la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001, AGBA no puso en duda la efectividad del corte de servicio como forma de incrementar la cobrabilidad. Su intención era proponerle al Concedente la implementación de otras medidas menos drásticas, en particular a la luz de la gran cantidad de gente afectada, número que ronda los 250.000 habitantes. AGBA manifestó que las medidas coercitivas serían más eficientes por un período más breve, pero que el Concedente podría buscar una alternativa. Sin embargo, esto resultaba crítico ante la imposibilidad de AGBA de implementar medidas coercitivas. Si el Concedente impone tal prohibición y la población toma conocimiento de esa medida, la Concesionaria pierde el incentivo para alentar el pago.

303. Atribuir los bajos índices de cobrabilidad a una mala gestión de la Concesionaria es infundado. Se implementaron numerosas medidas efectivas. También carece de fundamento atribuir el bajo índice de cobrabilidad a los intentos de AGBA de facturar el cargo de obra y el cargo de conexión. AGBA tenía derecho a cobrar estos cargos. Asimismo, el cargo de conexión, que constituía el monto más alto, sería facturado por la Concesionaria en hasta 30 cuotas bimestrales, de modo tal que el monto cobrado no comportaba un gran sacrificio para el usuario. AGBA introdujo innumerables mejoras en la gestión comercial de la Concesión. Halcrow confirmó el avance, manifestando que como resultado de varias medidas, incluidos los servicios de atención al cliente, se había logrado una mejora de entre 13 y 33 puntos en la cobrabilidad, indicando también que un mayor incremento dependería de la percepción de los clientes de la gravedad de las consecuencias de la falta de pago (capítulo 4.5). El auditor de la Concesionaria, Inglese Consultores S.A., señaló los efectos satisfactorios de los esfuerzos de atención al cliente. Los problemas de cobranza que enfrentaba AGBA no resultaban de una mala gestión comercial, sino de otras circunstancias fuera de su control que, al menos en parte, son directamente atribuibles al Concedente.

304. Las Demandantes aceptan que la cobranza es un tema que se inscribe dentro del alcance del riesgo empresario, pero alegan que este riesgo se vio seriamente afectado por la emergencia económica y política y las medidas adoptadas por la Provincia a partir de entonces. No se puede responsabilizar a la Concesionaria ni a sus accionistas por estas consecuencias. Los expertos Giacchino/Walck demostraron que las proyecciones de cobrabilidad utilizadas como base para la valuación de daños son realistas. Los expertos de las Demandantes consideraron que la crisis económica de la Argentina afectaría la capacidad de cobro de la Concesionaria durante un cierto período. Demoraron el logro del índice de cobrabilidad del 90% hasta 2009. La diferencia resultante se atribuyó al riesgo empresario, y no se incluyó en la valuación de daños.

305. Las Demandantes también alegan que las proyecciones de cobrabilidad presentadas por AGBA durante el frustrado proceso de renegociación de 2004 son irrelevantes. Para ese entonces, la Concesión de AGBA se había visto gravemente

afectada por la emergencia económica y las medidas adoptadas por la Nación y la Provincia, que afectaron la capacidad de inversión de la Concesionaria, así como también la cobrabilidad. Los índices incluidos en el modelo utilizado por AGBA en la renegociación no se presentaron como datos definitivos. El trabajo de AGBA en la preparación de los modelos solicitados por la Provincia en el proceso de renegociación no implicaba la admisión de errores respecto de los índices de cobrabilidad considerados al elaborar el Plan de Negocios. Simplemente estaba cooperando de buena fe con miras a llegar a un acuerdo.

306. El índice máximo de cobrabilidad que defienden los Expertos de la Demandada (66%) es más bajo que los índices de cobrabilidad más altos alcanzados por AGBA (84%). Los datos utilizados por Giacchino/Walck se basan en pruebas empíricas, en tanto que los índices utilizados por los Expertos de la Demandada (que oscilan entre 56% y 66%) son meras hipótesis.

## 2. *Posición de la Demandada*

307. La Demandada explica que antes de que las Demandantes entraran a la licitación, el área de la Concesión tenía un bajo índice de cobrabilidad. En la Provincia, el promedio se había ubicado en 69% en 1998 y 71% en 1999. En la Región B, el índice histórico de cobrabilidad era aun menor. La cobrabilidad era uno de los cinco factores de riesgo fundamentales del contrato, tal como lo había señalado Schroders. Mientras que AGBA proyectaba un índice de cobrabilidad del 75% en 2000 y de 78% en 2001, las tarifas en realidad bajaron a porcentajes de alrededor del 54% en los primeros dos años. La cifra fue del 74% en enero de 2001, pero cayó a 55% en julio y a 49% en enero de 2002.

308. Lograr una mejora significativa en el índice de cobrabilidad de los servicios era un gran desafío para AGBA. La mayor parte de la población no tenía cobertura de agua y cloacas; su condición socio-económica era más precaria que en otras poblaciones con cobertura. Era incluso previsible que esos usuarios incorporados a la red de agua y cloacas tuvieran una menor propensión a pagar.

309. En su nota de mayo de 2001, AGBA manifestó que creyó que podría alcanzar mejores resultados con políticas de cobro compulsivo en lugar de políticas comerciales pacíficas, pero indicó en la misma nota que no le parecía inteligente ejercer esos derechos de manera generalizada, dada la gran cantidad de hogares con moras en el pago. En dicha nota, la Concesionaria también se refirió a la “imprevisible conducta” de los usuarios, confesando así sus propias dudas respecto de la política a adoptar. El mayor problema parece haberse debido a los usuarios con conexiones preexistentes. En su nota de mayo de 2001, AGBA no mencionó su intención de cobrar el cargo de obra a los nuevos usuarios registrados, lo que hizo que estos usuarios estuvieran aún más renuentes a pagar sus facturas.

310. La Demandada señala que el Plan de Negocios de AGBA de 1999 se elaboró sin tomar en consideración los promedios históricos de cobrabilidad registrados por AGOSBA. Estas proyecciones se ubicaban en un rango de entre el 75% y el 90%, aproximadamente un 20% más que el índice efectivamente alcanzado en los primeros dos años. El Plan de Negocios se basaba en supuestos extremadamente optimistas en cuanto a ingresos y cobrabilidad. Esto fue reconocido por AGBA en su nota del 17 de mayo de 2001, en la que AGBA señalaba que el índice de incobrabilidad había alcanzado el 70%, e incluso el 80% en algunos barrios, y lo calificaba de “elevadísimas”. En la evaluación de los Expertos de las Demandantes se omitieron estos valores reales. No resulta razonable aplicar el índice inicial de cobrabilidad de 75% utilizado por AGBA en su Plan de Negocios de 1999 ni el 84% presentado por AGBA al Banco Interamericano de Desarrollo (BID). El Informe del Experto de las Demandantes incluye proyecciones de cobrabilidad en términos de valores promedio esperados, pero no de datos observados. Si AGBA calculó una cobrabilidad promedio del 67% sobre los ingresos post venta, ¿cómo es posible que se realicen valuaciones ex post agregando hasta un 20% sobre los valores efectivamente registrados? Los altos niveles hipotéticos de cobrabilidad calculados por los expertos en evaluación de las Demandantes jamás se alcanzaron. Según la Memoria y los Estados Contables de AGBA para el período 2000-2005, los Expertos de la Demandada muestran una cobrabilidad histórica del 63%, sobre la evolución de los Ingresos por Ventas de AGBA y el saldo bruto de los Créditos por Ventas (tomando en consideración las cobranzas y los montos pendientes)<sup>56</sup>. Los índices basados en una cifra inicial del 56% y en un nivel de 66% en el largo plazo son razonables, adecuados y consistentes.

311. La Demandada también alega que el Contrato no dejaba lugar a dudas respecto de que AGBA asumía el riesgo de la cobrabilidad. La Demandada señala que esto es admitido por las Demandantes, que no contienden que la cobrabilidad forma parte del riesgo empresarial. Tanto el Contrato (Artículo 12.3.6.1 (d)) como el Marco Regulatorio (Artículo 30-II) disponen que la disminución en el índice de cobrabilidad no se considerará un hecho imprevisto. Las consecuencias de la cobrabilidad en la proyección de AGBA constituyen un costo que debe soportar AGBA. Sabiendo que dichos cálculos son exagerados, sus proyecciones no son realistas.

312. La Demandada alega que había claras señales de que la gestión comercial de AGBA era inadecuada para revertir los niveles de incobrabilidad. Ejemplos de otros servicios demuestran la importancia de una gestión activa. El corte de servicio que supo ser la herramienta preferida de AGBA no era una medida adecuada. AGBA descartó esta medida como alternativa a mediados de 2001. Ello habría significado negarle acceso al agua a prácticamente 250.000 personas. Ello habría provocado malestar social, y habría

---

<sup>56</sup> Dapena/Coloma II, párrs. 154-157.

incrementado aún más la incobrabilidad. Para el Experto Lentini, existe una fuerte correlación entre la capacidad de pago de los usuarios y la morosidad en los pagos de servicios públicos, en particular para el agua<sup>57</sup>.

313. AGBA no había sido activa. Las cifras de cobrabilidad lograda son clara muestra del fracaso de la gestión comercial de AGBA en estos primeros años, antes de que surgiera la crisis. AGBA siempre había contado con una serie de herramientas a su disposición para mejorar la cobrabilidad, incluido el corte del servicio, pero jamás las había implementado. La Memoria Anual de AGBA de 2005 es clara muestra de su mala gestión de cobros, porque demuestra que recién este año AGBA descubrió las distintas herramientas a su disposición para mejorar la cobrabilidad. La lista es larga y demuestra cuán poco se había hecho hasta entonces. El Testigo Seillant explica que la cobrabilidad se había mejorado en 2004 e incluso más en 2005, cuando comenzó a bajar la tasa de desempleo. En la medida en que no aumentaran las tarifas, cabía esperar una mejora en la cobrabilidad<sup>58</sup>.

314. La Demandada finalmente recuerda que todos los problemas relacionados con la cobrabilidad tuvieron lugar antes de la declaración de la emergencia. No se puede responsabilizar a la Provincia ni a la Autoridad Regulatoria por ello. La cobrabilidad había sido una cuestión crucial durante la renegociación del Contrato.

### 3. Conclusiones del Tribunal

315. Al analizarlo, el Tribunal no cuenta con pruebas que efectivamente demuestren una gran diferencia en la cobrabilidad y, por consiguiente, resulta innecesario resolver las pequeñas diferencias entre las cifras proyectadas y las efectivamente registradas. Cuando AGBA ingresó a la Concesión, las cifras relevantes eran aquellas comunicadas a los Oferentes en el Informe Schrodgers, que promediaban un 63%<sup>59</sup>.

316. AGBA registró una disminución significativa en la cobrabilidad en su nota del 17 de mayo de 2001, que se explica por la incorporación de 80.000 usuarios renuentes a pagar acostumbrados a recibir el servicio sin costo de AGOSBA. Se había informado a los Oferentes de esta categoría de usuarios, y también se les había informado las dificultades y el tiempo que llevaría categorizar correctamente a estos usuarios que no conocían ningún régimen más que el de facturas periódicas. Sin embargo, la gran proporción de usuarios morosos debe haber sido inesperada, en particular cuando se observan “astronómicos índices de incobrabilidad”, tal como se señala en la nota de AGBA al ORAB del 17 de junio de 2001 (CU-135, RA-192). Asimismo, en la nota de AGBA del 28 de junio de 2002 al ORAB (CU-104, 118), AGBA informó que había unos

---

<sup>57</sup> Lentini II, párr. 90.

<sup>58</sup> Seillant II, párr. 58.

<sup>59</sup> Ver las cifras referenciadas en Dapena/Coloma I, párr. 42.



103.000 clientes no existentes con una cobrabilidad del 33%, comparados con los 82.000 clientes existentes que pagaban sus facturas con un índice del 75% (Anexo A).

317. Las Demandantes no pueden culpar al ORAB por impedirle a AGBA utilizar medidas coercitivas y, en particular, de implementar el corte del servicio frente a los usuarios morosos. AGBA sabía perfectamente, al igual que los Oferentes, que una medida tan grave conllevaba fuertes restricciones legales y regulatorias que debían observarse. No obstante, la posición de las Demandantes resulta ahora irrelevante a la luz de las propias afirmaciones de AGBA, en el sentido de que las medidas demasiado gravosas resultaban contraproducentes en muchos casos, y no debían aplicarse a tan gran escala cuando una considerable proporción de la población se resistía al pago de facturas.

318. AGBA explicó en su nota del 17 de mayo de 2001 que el método que consistía en el corte del servicio a los usuarios morosos había resultado “claramente insuficientes” y que AGBA estaba convencida de que “la persistencia de políticas comerciales pacíficas de persuasión sistemática y continuada permitirían mejorar los resultados actuales respecto al comportamiento de pago de los usuarios”. Si bien este abordaje “demandaría plazos”, los procesos de cobro compulsivo contemplados en el Contrato podrían ofrecer resultados equivalentes “en plazos sustancialmente menores”. En la nota rechazaban este último método, ya que “no resultaría prudente ejercitar estos derechos en forma generalizada”, y era preferible cortar el servicio solo en casos muy específicos, sin recurrir previamente a soluciones alternativas. De este modo, AGBA demostró que su método para manejar a los usuarios morosos era un fracaso y que debía volver a empezar con un enfoque más permisivo en el futuro. Ello claramente se debió a una falta de destreza operativa, que se inscribe dentro del alcance del riesgo empresario de AGBA.

319. A pesar de los argumentos de las Demandantes que negaban las deficiencias de AGBA para tratar de incrementar significativamente los pagos de los usuarios, en la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001 se admite una fuerte necesidad de avance. La gerencia de AGBA había aprendido la lección de su proceder ineficiente con las facturas. Los Expertos de las Demandantes informan que en 2004 implementaron una operación específica para los barrios más pobres, que “tuvo resultados preliminares promisorios”<sup>60</sup>. Los Estados Contables de AGBA de 2005 (CU-32) hacían referencia a nuevos lineamientos para implementar estrategias de cobro más fructíferas, lo que demuestra que AGBA progresaba en este punto, aunque más tarde.

320. El argumento de las Demandantes de que la afirmación de que los bajos niveles de ingresos provocaban bajos niveles de cobrabilidad es “totalmente infundada” se ve refutada por su propia admisión del papel que juega el INB. En efecto, para esta categoría de la población, simplemente no queda dinero para pagar la cuenta del servicio de agua y cloacas. Hay un elemento que demuestra que a pesar de la afirmación de las

---

<sup>60</sup> Giacchino II, párr. 147; Estados Contables de AGBA 2004, págs. 3/4, (CU-31).

Demandantes, existe un paralelismo entre estos dos niveles. Dado que opinaba como economista y no como experto en servicios de agua o electricidad, el Profesor Eichengreen declaró ante el Tribunal que “son incidentes los eventos de incumplimiento y éstos aumentarían debido a la tasa de pobreza”<sup>61</sup>. El Tribunal señala que el régimen tarifario del servicio no medido distinguía entre diferentes categorías de tarifas, con la menor reservada a los usuarios de menores ingresos y la más alta para los usuarios de mayor poder adquisitivo. Esto demuestra que la carga impuesta a los usuarios se determinaba según sus ingresos y también, ciertamente, en proporción a sacrificar parte de sus ingresos para pagar los servicios de agua y cloacas. El Tribunal también entiende la posición del Experto Lentini de que un incremento tarifario de una magnitud tal que compensara la pesificación, también habría provocado un aumento significativo en la incobrabilidad, empujando la Concesión a una posición económica extremadamente difícil<sup>62</sup>.

321. El Tribunal observa asimismo que uno debe basarse en la situación de la Región 2 de AGBA independientemente de los índices de cobrabilidad registrados en otras Regiones y Provincias<sup>63</sup>. Los estudios del experto invocados por las Demandantes no resultan relevantes a los fines del presente caso. El Estudio de FIEL adopta un índice de cobrabilidad superior al 90% por comparación al índice obtenido por Aguas Argentinas S.A. en 1998 (páginas 20, 29/30), que estaba a cargo de la concesión del Gran Buenos Aires, que funcionaba en un entorno económico diametralmente distinto del área de AGBA. Se basa en una lectura del Contrato de Concesión que no toma en consideración las medidas aplicadas a AGBA, y sin considerar el POES y su efectiva aplicación (páginas 24/5). Las Demandantes también alegan que en otras provincias de la Argentina se alcanzaron índices del 90%, según una comunicación del COFES del año 2009. Esto no es correcto. Lo que importa es la situación en el Área de la Concesión de AGBA o en la Provincia. En tal sentido, en dicha comunicación se muestran índices que van del 81 al 87% de 2002 a 2008, con una caída del 10% en 2009<sup>64</sup>. Estos índices son los que corresponden a la Provincia. Si pudieran compararse las Zonas 1 y 2, la Zona 2 de AGBA, sin duda, tendría un promedio menor que la Zona 1<sup>65</sup>. Un contador público contratado por Impregilo manifestó el 2 de octubre de 2009 que los índices fueron bajos en el período

---

<sup>61</sup> Ver TR-S, Día 5, pág. 1407/7-1408/2. Ver también Experto Coloma, TR-S, Día 7, págs. 1819/1-1825/9.

<sup>62</sup> Lentini I, párrs. 159, 209. Ver también Testigo Ratti, párrs. 43-47.

<sup>63</sup> Por tanto, El Experto Lentini señaló que los Expertos Giacchino/Walck utilizan un índice de cobrabilidad como “el cociente entre la cobranza total anual y la facturación total en el mismo período considerado”. El Experto Lentini señaló que este coeficiente no refleja adecuadamente la eficiencia en la gestión de cobros; Lentini I, párr. 128.

<sup>64</sup> En función de la información provista a AGBA el 16 de octubre de 2009 por parte del Consejo Federal de Entidades de Servicios Sanitarios (COFES), los índices de cobrabilidad en la Provincia de Buenos Aires (Zonas 1 y 2) cayeron del 87,4% en 2002 a 85,3% en 2006 y luego a 81% en 2008, seguidos de una caída a 71,2% en 2009 (CU-222).

<sup>65</sup> Uno de los muchos factores a considerar es el incumplimiento en el desarrollo del sistema medido junto con la expansión de la red. Al Tribunal le resulta convincente la observación del Testigo Hernando, que dio su opinión personal en la audiencia y manifestó que la instalación de medidores incrementa la cobrabilidad porque le permite a la gente relacionar su factura con su propio consumo (TR-S, Día 3, pág. 635/14-22).

2000-2004 (2000: 48%, 2001: 60%, 2002: 57%, 2003: 56%, 2004: 64%) y luego subieron a 79% en 2005 y 84% en 2006<sup>66</sup>.

322. El Tribunal concluye que, sin ninguna duda, después de absorber la incorporación de los 80.000 usuarios históricos a los que antes no se les facturaba y después de la recuperación de la economía argentina a partir de 2003, los índices de cobrabilidad que se ubicaban aproximadamente en un 70% en 1999 y que luego cayeron aproximadamente un 10% o en parte quizá más en el período entre 2000 y 2003, crecían a tal paso que cabía esperar niveles de aproximadamente un 70% o más como cifras razonables en el futuro cercano. Esto se corresponde con los indicios que dio AGBA en su Propuesta para la renegociación de junio de 2004 basada en cifras que sugerían montos acumulados en un promedio aproximado del 60%. En 2005 el nivel informado fue de 65,7%<sup>67</sup>. La Propuesta de AGBA recomendaba “aumentos tarifarios moderados y temporalmente graduados (el precio del Servicio se mantiene por debajo de su valor económico)”<sup>68</sup>. Ello demuestra que AGBA era plenamente consciente de otra posible caída de la cobrabilidad si no se tomaba en consideración la limitada capacidad de pago de la población<sup>69</sup>.

323. En función de la información disponible, podría concluirse que AGBA en cierta medida sobreestimó el retorno de su facturación. Tal como lo admiten las Demandantes, esto se inscribía dentro del riesgo empresarial. Asimismo, AGBA también asumió el riesgo de tener que realizar una inversión mayor que la esperada si debía compensar el monto de ingresos que, por una estimación extremadamente optimista de los recursos a ser obtenidos mediante el cobro de facturas a los usuarios. Tal como se explicará a continuación, no es necesario detallar el impacto preciso de esta evaluación general en la demanda de inversiones por parte de AGBA y sus accionistas. En todo caso, no se han presentado al Tribunal los detalles necesarios con un grado aceptable de confiabilidad. Sin embargo, está claro que AGBA no logró encontrar en su presupuesto de los recursos a ser obtenidos del pago de facturas un retorno suficiente para igualar la porción esperada de inversiones futuras que se preveían obtener por esa vía. Ello tuvo por efecto la demanda de mayores inversiones de otras fuentes. Ello también significa que la valuación de las Demandantes de su proyección de ingresos después de la crisis no podía, para los primeros años, basarse en niveles de cobrabilidad superiores al 70%. Cualquier incremento superior que se pudiera esperar en años futuros es absolutamente incierto, a la luz del desenlace de la Concesión y su rescisión.

---

<sup>66</sup> Anexo 305 a Giacchino/Walck II.

<sup>67</sup> Ver Cerruti II, párr. 77.

<sup>68</sup> Anexo H002 a Seillant I, pág. 34 (no numerado).

<sup>69</sup> Ver Lentini II, párr. 69.

### C. POES

324. Las Partes concuerdan en que el Programa de Optimización y Expansión del Servicio (el “POES”) determinaba las obligaciones de la Concesionaria. Este programa establecía las metas cuantitativas y cualitativas e incluía un Plan Quinquenal, que entró en vigor al momento de su aprobación por la Autoridad Regulatoria, de conformidad con lo establecido en el Artículo 1.2 y con las disposiciones del Capítulo 5 del Contrato. El objetivo del POES era propender a la expansión del servicio en el Área de Concesión, y garantizar el mantenimiento y la mejora del sistema (Artículo 5.2). Las metas establecidas en el POES debían cumplirse a lo largo del plazo de la Concesión, pero se dividían en períodos sucesivos de cinco años, cada uno, tal como surge del Anexo F del Contrato (Artículo 5.1). Este plan se podía modificar en casos extraordinarios, a solicitud de la concesionaria, siempre que los cambios no alteraran el equilibrio de la Concesión (Artículo 5.4).

325. Las disposiciones del Contrato de Concesión deben interpretarse a la luz de las disposiciones de la Ley N.º 11.820, que en su Artículo 38-II disponía la realización y el método de aprobación de los POES. También establecía que la Concesionaria debería preparar anteproyectos de planes, disponiendo montos de inversiones, objetivos planteados y metas a alcanzar. El Artículo 39 del Anexo II establece que el plan acordado debía ser vinculante para la Concesionaria, y que su violación se consideraría una falta grave. El Contrato de Concesión ratifica que el POES, desde su aprobación, sería vinculante (Artículo 5.3) y que el incumplimiento del POES constituiría causal de rescisión (Artículo 14.1.3, inc. b).

326. Respecto de los servicios de agua y cloacas, la Concesionaria debía alcanzar una meta global de cobertura, y debía garantizar que cada municipio dentro de la Región alcanzara un nivel de cobertura, al menos, equivalente a la meta mínima establecida para cada municipio. Por consiguiente, según los valores de cobertura establecidos en el Anexo F (Artículo 2.1.1; 2.1.2), en el POES del año cinco, correspondiente al primer quinquenio, las metas de expansión de la red de agua potable variaban entre 45% y 72% para los distintos distritos, con una meta del 74%. A su vez, las metas de expansión de cobertura de la red de cloacas oscilaban entre el 34% y el 70%, con una meta promedio del 55%.

327. De conformidad con el Artículo 38-II de la Ley N.º 11.820, el primer quinquenio se subdividió en cinco períodos anuales, cada uno de ellos indicando las metas a alcanzarse en el año correspondiente. Para el primer año de cada quinquenio, la Concesionaria debía presentar un informe de avance para la aprobación del ORAB. A tal fin, el ORAB consultaba con su “Área Técnica”, que era el área que brindaba asesoramiento técnico al Organismo.

328. De conformidad con el Artículo 38-II de la Ley N.º 11.820, los proyectos de planes de POES elaborados por la Concesionaria debían indicar los montos de inversión esperados, así como también las metas y objetivos a alcanzar conforme al Contrato de Concesión. Una vez aprobados por el ORAB, los planes contemplados en el Contrato de Concesión serían vinculantes para la Concesionaria, y solo podrían modificarse ante motivos extraordinarios y debidamente justificados, que debían aprobarse “mediante resolución fundada del ORBAS que no altere el equilibrio de la Concesión” (Artículo 39-II, Artículo 5.4 del Contrato). En términos similares, el Artículo 5.3 del Contrato establecía que, una vez que el ORAB aprobaba la propuesta de Plan elaborada por la Concesionaria, “se convertirá en Plan Quinquenal, integrará el POES y será de cumplimiento obligatorio”. De la lectura articulada de estas disposiciones surge inequívocamente que la ejecución de cada Plan Quinquenal era obligatoria, en tanto que los planes que debía preparar la Concesionaria y someter a la aprobación de la Autoridad Regulatoria, para cada uno de los primeros cinco años de la Concesión no tenían esa fuerza vinculante.

329. La Ley N.º 11.820 también exigía a la Concesionaria presentar anualmente al ORAB un informe detallado sobre la ejecución del POES (Artículo 15-II, inc. o). El ORAB debía aprobar periódicamente las propuestas de POES elaboradas por la Concesionaria (Artículo 13-II, inc. e, 38-II).

330. Las dificultades que se suscitaron a partir de 2001 en la ejecución de la Concesión se tradujeron en el incumplimiento de las metas establecidas en el POES. El desempeño de AGBA en relación con el POES se vio aún más perjudicado cuando se disparó la crisis económica en la Argentina.

#### *1. Posición de las Demandantes*

331. Las Demandantes explican que, el 21 de marzo de 2000, AGBA presentó ante el ORAB su primera propuesta para el Primer Plan Quinquenal del POES (2000-2004) (CU-192), seguida de una versión final presentada el 8 de noviembre de 2000, aprobada por el ORAB el 31 de enero de 2001 (Resolución N.º 07/01, CU-193, RA-182).

332. El primer informe anual del POES fue presentado por AGBA el 17 de julio de 2001 (CU-194). Fue aprobado por el ORAB el 5 de diciembre de 2002, e indicaba que “ha cumplido con las metas de expansión y calidad del servicio correspondientes al año uno (año 2000) de la concesión” por parte de AGBA (Resolución N.º 69/02, CU-129, RA-113). En respuesta a las objeciones de la Demandada, las Demandantes subrayan esta afirmación en la que se caracteriza las obras realizadas como actividades de expansión y no como meras actividades de mantenimiento de la red existente.

333. Pocos días antes de la aprobación de la Ley del Estado de Emergencia N.º 12727 (CU-195, RA-164), la Concesionaria solicitó la suspensión temporaria del Primer POES Quinquenal, mediante nota del 17 de julio de 2001 (CU-135, RA-192). En otro intento por acelerar la toma de decisiones por parte del ORAB, AGBA envió una nueva solicitud para neutralizar los plazos del POES el 15 de agosto de 2001 (RA-193) en la que hacía referencia a la Ley N.º 12.727 en los siguientes términos:

“Queda por demás entendido que si esta situación es causa suficientemente justificada de rescisión contractual sin culpa, lo es también como causal justificada de demora en la ejecución de los trabajos correspondientes al Plan de Expansión”.

334. El ORAB otorgó una suspensión para el segundo año de la Concesión (Resolución N.º 77/02 del 30 de diciembre de 2002, CU-137, RA-121), explicando que las circunstancias extraordinarias “hacen procedente la modificación del plan quinquenal para el período correspondiente al segundo año de la concesión”.

335. Las Demandantes señalan asimismo que AGBA presentó los informes del POES para los años 3 (2002), 4 (2003) y 5 (2005), pero que el ORAB jamás se pronunció al respecto. En respuesta al argumento de la Demandada de que la suspensión, autorizada por el ORAB para el segundo año de la Concesión no implicaba que las metas aplicables a ese año no debieran alcanzarse dentro del plazo de cinco años del plan, las Demandantes señalan que la solicitud de AGBA para neutralizar los plazos de esos tres POES siguientes no tuvieron respuesta alguna de la Autoridad Regulatoria. La emergencia pública nacional se había declarado en el año tres (2002) de modo tal que no se pueden invocar incumplimientos de la Concesionaria.

336. Las Demandantes concluyen que no existe justificación o motivo para invocar un incumplimiento de las metas del POES (como causal de rescisión), dado que ya se había confirmado el cumplimiento del año uno y se había suspendido el POES correspondiente al año dos, en tanto que la Autoridad jamás se pronunció sobre los POES correspondientes a los años siguientes, debido a la situación de emergencia. Las Demandantes, una vez más señalan que la suspensión del POES 2001 se basó en “circunstancias extraordinarias que hacen procedente la modificación del plan quinquenal” y dado que la crisis de 2001 era extraordinaria, es innegable que la situación en 2002 era aún más extraordinaria. Las metas establecidas para el año tres y los años subsiguientes eran impracticables, debido a la destrucción de la ecuación económico-financiera del Contrato de AGBA, agravada por la emergencia económica y la pesificación. Por consiguiente, no se registró ningún incumplimiento de las metas de expansión imputable a AGBA. Asimismo, no se hizo ningún intento por restaurar el equilibrio contractual, siquiera en el proceso de renegociación que el Concedente llevó adelante como mera formalidad.

## 2. *Posición de la Demandada*

337. La explicación de los hechos descritos anteriormente por la Demandada difiere de la presentación de las Demandantes fundamentalmente respecto del supuesto incumplimiento de AGBA de las metas establecidas en el POES de conformidad con el Contrato de Concesión, al menos hasta el final del primer POES Quinquenal. En otras palabras, la Demandada plantea que la obligación de cumplimiento de AGBA jamás se suspendió, neutralizó ni se dejó sin efecto; sino que meramente se pospuso. Asimismo, el incumplimiento de AGBA de las metas establecidas en el POES se debió a su propia ineficiencia y mala gestión, que en detalle se vieron agravadas por la falta de financiamiento suficiente. La Demandada informa acerca de estos hechos en su mayor parte, a través del Experto Molinari.

338. La Demandada hace referencia a la nota de AGBA presentada el 12 de abril de 2002, que hace mención al Informe de Avance del POES del año 2001, “considera haber cumplido con las metas correspondientes al año 2001, y demás obligaciones contractuales, hasta el límite de su capacidad objetiva” (RA 120, CU-136). En esa nota no se hace referencia a los incumplimientos de AGBA. No menciona que (i) no se habían comenzado las obras que se había comprometido a realizar desde el primer día de la Concesión, (ii) el incumplimiento del UNIREC de construir la planta no era ningún obstáculo para cumplir la mayoría de las obligaciones, y (iii) era la única responsable de no haber obtenido los fondos necesarios para alcanzar las metas establecidas en el POES.

339. Cuando AGBA presentó el Informe Anual de Avance del POES el 20 de julio de 2001, para el primer año de la Concesión (2000) (CU-194)<sup>70</sup>, quedó demostrado que la Concesionaria no había cumplido sus obligaciones para el primer año de la Concesión. El 27 de agosto de 2001, el Área Técnica del ORAB determinó (RA-104) que si bien la Concesionaria no había cumplido con las metas establecidas en el POES, debían evitarse sanciones graves. La Demandada aduce que esto demuestra la buena fe de la Provincia de continuar con el servicio. Fue una medida en beneficio de la Concesionaria, a pesar de que el nivel de incumplimiento era de aproximadamente un 40%. En efecto (así como también lo explica el Experto Molinari), se informó que en el primer año de la concesión (2000) el incumplimiento generalizado había alcanzado 41,5% en la expansión de agua potable y 23,5% en la expansión de servicios cloacales. AGBA también incumplió las obligaciones de renovación y/o reacondicionamiento de la red. A los fines de la expansión de la red y las conexiones, la Concesionaria utilizó las obras existentes, construidas por terceros como “conexiones ilegales” y demoró la construcción de las nuevas obras en la

---

<sup>70</sup> El Anexo CU-194 solo contiene la carta de portada. El Anexo RA-192 que, según la Demandada, contiene el Informe de AGBA del 17 de julio de 2001 (recibido por el ORAB el 20 de julio de 2001) efectivamente contiene el pedido de la Concesionaria de una neutralización temporaria del primer POES Quinquenal de esa misma fecha. El Anexo 91 de Giacchino/Walck I contiene una serie de páginas del Informe, que no permiten un análisis serio.

medida de lo posible. Pero el ORAB autorizó a la Concesionaria a computar las redes ilegales como nuevas conexiones. La Resolución ORAB N.º 69/02 (RA-113, CU-129) aprobó el “Informe Anual de Avance del POES” correspondiente al primer año del plan quinquenal.

340. Respecto del año uno (2000), las Demandantes no pueden alegar que el incumplimiento de las metas haya sido consecuencia de la Emergencia, que quedó ocultada detrás de la declaración de la Emergencia Pública. Las Demandantes citan el Informe Técnico del ORAB de fecha 27 de agosto de 2001 como prueba de cumplimiento con las metas establecidas en el POES. No obstante ello, el archivo que contiene el informe afirma que la Concesionaria no cumplió con las metas establecidas en el POES para el primer año.

341. Cuando la Resolución ORAB N.º 77/02 del 30 de diciembre de 2002 (RA-121, CU-137) suspendió los plazos del POES para la expansión del servicio y las metas de calidad para el año dos (2001), agregó que dichas metas debían ajustarse. Se admitió la suspensión por los motivos invocados por la Concesionaria en su solicitud del 17 de julio de 2001, es decir, la situación pública de emergencia económica, pero no como fundamento de los mencionados en la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001. La Resolución N.º 77/02 determinó que AGBA había solicitado la neutralización de los plazos del POES en función de la clara situación de emergencia económica. Por consiguiente, después de admitir los verdaderos problemas (la baja cobrabilidad y las dificultades para obtener financiamiento) y justificar la suspensión de las metas y la renegociación del Contrato en estas cuestiones, AGBA luego modificó sus causales y utilizó, en lugar, la Emergencia como excusa de sus propios problemas.

342. En lo que respecta al agua, la Concesionaria registró una demora del 45,06% en los primeros dos años. En materia de cloacas, acumuló una demora del 59,01% contra el número total de conexiones de desagües cloacales requeridas en el POES. Esta demora debía compensarse entre el año tres y el año cinco. Cuando la Provincia analizó las presentaciones de AGBA sobre cumplimiento del POES para el año dos, no impuso ninguna sanción. En su Resolución, el ORAB explicó que la finalidad de la suspensión no era ignorar las metas comprometidas por la Concesionaria, si bien el incumplimiento de dichas metas no se consideraría incumplimiento a los fines de la imposición de multas a la Concesionaria. La intención no era dejar sin efecto en su totalidad las metas para el período de cinco años en su totalidad. El ORAB ordenó a la Concesionaria que ajustara las metas en colaboración con el Concedente. El objetivo era compensar las metas en el período de cinco años. No obstante ello, al 30 de septiembre de 2003, la Concesionaria aún no había presentado la propuesta para el ajuste de los objetivos. No se había presentado ninguna propuesta hasta el momento de la rescisión del Contrato. Era necesario ajustar los objetivos del año dos, para adaptarlos dentro del marco del proceso de renegociación de contratos de servicios públicos (Ley N.º 12.858 y Decreto Provincial



N.º 1175/02) en el entendido de que debían compensarse dentro del primer quinquenio. Así se explicó en la Resolución ORAB N.º 77/02 y demuestra que la Provincia y el Organismo Regulador actuaron de buena fe y en beneficio de la empresa.

343. Para el tercer año (2002), la Demandada indica que dado que la suspensión del POES, tal como se indica en la Resolución N.º 77/02, se limitaba al segundo año de la concesión, la Concesionaria debía compensar las metas no cumplidas del año anterior. En cuanto al agua, AGBA registró una expansión de tan solo 22.102 conexiones de las 82.240 conexiones programadas. Esto se tradujo en una demora general del 73,1% para el año tres y una demora acumulada del 56% durante los tres primeros años. En cuanto a desagües cloacales, la demora para el año dos fue de un 70,6%, y el acumulado para los tres primeros años asciende a 54%.

344. En el año cuatro (2003), la Concesionaria debía incrementar la cantidad de conexiones a realizar, a fin de compensar la meta general para los primeros cinco años. La expansión de la red de agua potable alcanzó un déficit anual del 98,5%, con un déficit acumulado para los primeros cuatro años del 48,7%.

345. En el año cinco (2004), la situación se agravó aún más. La Concesionaria no alcanzó las metas anuales en los 7 municipios servidos, terminando los cinco años con una demora en conexiones totales del 51,8%. En cuanto a cloacas, la demora alcanzó un 61,3%, en relación con todas las conexiones programadas para los primeros cinco años.

346. El crecimiento en el número de conexiones residenciales tenía un déficit que apenas alcanzó a un tercio de lo establecido en el primer POES Quinquenal. En relación con la red de cloacas, el crecimiento fue de tan solo un cuarto de lo acordado. Esto demuestra que el incumplimiento de los compromisos de expansión del servicio de AGBA establecidos en el POES fue sistemático y que comenzó en el año uno de la Concesión. El ORAB se abstuvo de aplicar sanciones a AGBA, y lo hizo hasta la rescisión del Contrato. Para el Experto Molinari, ello fue porque estas sanciones habrían agravado la situación financiera de la Concesión. No obstante ello, las medidas adoptadas y el apoyo del ORAB no logaron que la Concesionaria cumpliera con sus obligaciones. Cabe mencionar los incumplimientos de AGBA durante esta época de la Concesión. Para las instalaciones de las redes de agua, el incumplimiento alcanzó un 84%, y representaba prácticamente el total de la red.

347. La Demandada señala asimismo que la Concesionaria jamás presentó el segundo plan quinquenal POES<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Molinari I, párr. 248.

### 3. Conclusiones del Tribunal

348. El Tribunal reconoce que el POES establecía los elementos claves de la operación de la Concesión y del cumplimiento del Contrato por parte de la Concesionaria. También reconoce que la cantidad de conexiones y los respectivos porcentajes de obra estaban determinados en el Anexo F como valores mínimos que la Concesionaria podía exceder libremente.

349. El Tribunal admite la vasta prueba que indica que las metas establecidas para el primer año (2000) en el POES efectivamente no se habían cumplido. El porcentaje de incumplimiento varía entre 40 y 50%, y se incrementa en la segunda parte del primer período quinquenal debido a los hechos provocados por la crisis económica, la emergencia, y la falta de financiamiento suficiente. La cuestión a determinar es si estos incumplimientos de las metas aprobadas son atribuibles en todo o en parte a la Concesionaria.

350. La Demandada ha presentado al Tribunal los informes de avance del POES de AGBA para los años 3 (2002), 4 (2003) y 5 (2004) presentados al ORAB, como Anexos a la primera Declaración del Experto Molinari. No se ha presentado ninguna prueba de que el Organismo haya resuelto sobre estos informes. Las Demandantes señalan que la solicitud de AGBA de neutralizar estos tres informes subsiguientes del POES jamás tuvo respuesta por parte del Organismo.

351. El Ingeniero Inglese, el Auditor Técnico de AGBA, informó que había presentado al ORAB tres Informes de Certificación para esos tres años, en los que indicaba que la Concesionaria había decidido que no se evaluaría ningún informe sobre obras de expansión realizadas en el período relevante a la luz de la situación económica, y el incumplimiento por parte de la UNIREC, y luego el ENOHS<sup>72</sup>, de construir las plantas de tratamiento de desagües cloacales, y el estado de la red al momento de la Toma de Posesión. Por consiguiente, la emisión de los informes de avance se suspendió y el rol del Auditor Técnico se limitó a confirmarle al ORAB que la Concesionaria contaba con toda la información relevante y que dicho informe confirma “que se limita a la razonabilidad de la información presentada, no juzgando su correspondencia con la realidad ni la idoneidad de su recopilación y procesamiento, y no constituyendo en consecuencia una Certificación según los alcances del artículo 6.3 del Contrato de Concesión”<sup>73</sup>. El Ingeniero Inglese explica en la audiencia que la función del Auditor Técnico era certificar

---

<sup>72</sup> Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento.

<sup>73</sup> Cita del Informe para el año 5 (2004), ver Inglese, pág. 27, y párr. 36 con extractos de los informes de los años 3, 4 y 5. El Tribunal entiende que la observación del Ingeniero de que se había suspendido la presentación de los informes de avance no es correcta. Por el contrario, los informes fueron presentados de manera distinta para los años 1 y 2.

que la información recabada y presentada al Regulador por el Concesionario era correcta; el Auditor no resolvía sobre el cumplimiento<sup>74</sup>.

352. Por consiguiente la situación era que se aprobó el informe de avance correspondiente al año uno (2000), se suspendió el Informe POES Quinquenal correspondiente al año dos (2001) y se suspendió el POES, neutralizándolo de hecho o dejándolo sin efecto para los tres años restantes (2002-2004). Resta por analizar la situación respecto del cumplimiento de las metas comprometidas por la Concesionaria. Si se determina que no se cumplieron dichas metas, debe analizarse entonces la posición jurídica de las partes conforme al Contrato de Concesión.

353. La Resolución ORAB N.º 69/02 determinó que la Concesionaria había cumplido los porcentajes anuales establecidos en el Anexo F del Contrato. No es posible determinar de una mera lectura de la Resolución si las nuevas conexiones a las que allí se hace referencia representan obras de expansión o de reacondicionamiento. No obstante, se indica que el objeto de las metas de expansión establecidas en el Contrato es liberar el servicio para su uso y, por tanto, las conexiones correspondientes deben computarse a fin de calcular los mínimos establecidos en los Artículos 2.1.1 y 2.1.2 del Anexo F. Lo confuso de este razonamiento es que el reacondicionamiento y la restauración de la red también agregan nuevos usuarios al sistema. La Resolución no parece basarse en una definición clara y exhaustiva de las obras de expansión. Liberaba a AGBA de cualquier responsabilidad respecto del cumplimiento para el primer año de la Concesión, y eliminaba cualquier riesgo de sanciones en este sentido. La Resolución no puede eliminar los hechos, y en efecto no lo hace, ni puede tampoco modificar ni rectificar los compromisos adoptados por la Concesionaria en el Primer POES Quinquenal.

354. La posición de las Demandantes no observa que la Resolución N.º 69/02 indicaba que el informe de AGBA se analizó conforme a los Artículos 6.5.1 y 6.5.2 del Contrato de Concesión y que el Organismo lo había hecho de conformidad con el Artículo 13-II, inc. g de la Ley N.º 11.820. Esta última disposición establece que la función del Organismo es “analizar y expedirse acerca del informe anual”. Ni esa disposición ni las reglas correspondientes del Contrato declaran que el objetivo del Organismo es manifestar la aprobación de las metas comprometidas en el POES Quinquenal. Dicha aprobación no se prevé en la Ley N.º 11.820, que sin embargo indica que el deber del Organismo es corroborar que la Concesionaria cumpla con el POES. Si se registran demoras en el cumplimiento del POES, están sujetas a las sanciones establecidas en el Artículo 13.2.5.5 del Contrato. El Organismo también puede elegir por otra alternativa para compensar el incumplimiento del POES por parte del Concesionario, por ejemplo, proceder con una modificación del POES Quinquenal de conformidad con el Artículo 5.4 del Contrato. No se adoptó ninguna de esas soluciones. La aprobación del ORAB del

---

<sup>74</sup> TR-S, Día 4, págs. 1142/18-1144/17.

primer informe de AGBA y su resolución de que la Empresa había cumplido las metas de expansión y de calidad para el primer año (2000) no deja sin efecto las metas de expansión establecidas en el primer POES Quinquenal, que continúan siendo la meta obligatoria para la Concesionaria y para el ORAB conforme al Artículo 5.3 del Contrato.

355. Junto con su Informe Anual de Avance del POES de 2001, AGBA nuevamente solicitó, el 12 de abril de 2002 (CU-136, RA-120) que se diera comienzo de inmediato a la renegociación indicada en el Artículo 3 de la Ley N.º 12858, indicando asimismo que los hechos relativos a la emergencia exigían ajustes al POES de conformidad con el Artículo 39-II de la Ley N.º 11.820 y el Artículo 13.3 del Contrato de Concesión, en relación con un hecho fortuito o de fuerza mayor. En su nota, AGBA concluía de la siguiente manera:

“Consecuentemente, este Concesionario considera haber cumplido con las metas correspondientes al año 2001, y demás obligaciones contractuales, hasta el límite de su capacidad objetiva, esto es, toda vez que dicho cumplimiento se ha visto impedido o imposibilitado por incumplimientos del Concedente o de gravísimas alteraciones de las condiciones en que debió y debe ser llevado a cabo el Contrato, como consecuencia de actos del Poder Público y ajenos a la voluntad y posibilidad de control del Concesionario.”

356. En su Resolución N.º 77/02 del 30 de diciembre de 2002 (CU-137, RA-121), el ORAB reconoció que “resultan atendibles las causas invocadas por AGBA, toda vez que se han configurado circunstancias extraordinarias que hacen procedente la modificación del plan quinquenal para el período correspondiente al segundo año de la concesión”. Se agregaba que la neutralización “debe ser por un tiempo determinado, estimando también que debe coincidir con el segundo año de la concesión”. Y se indicaba que dicha neutralización “no implica soslayar las metas comprometidas por el Concesionario sino que las mismas deberán ser readecuadas en los términos y bajo el procedimiento”. Por consiguiente, surge la “necesidad de reprogramar las obras comprometidas y no ejecutadas”. Se informó a AGBA que, en tal sentido, el Anexo I de la Resolución establecía los porcentajes que representaban el grado de cumplimiento de las metas de expansión y calidad para el año dos (2001) de la Concesión. Cabe destacar también que este Anexo dispone las metas para la expansión de la red de agua potable y la red de desagües cloacales en dos tablas que contienen, respectivamente, las cifras para las “Metas correspondientes al año 2001” y las “Metas Acumuladas correspondientes al año 2000 y 2001”. Esto demuestra que las metas para el año 2000 aún se consideraban pendientes de ejecución conforme al POES Quinquenal, a pesar de la aprobación del primer informe de avance quinquenal de AGBA para el año 2000. Un extracto de las cifras porcentuales relativas a las metas acumuladas de la concesión para los primeros dos años de la Concesión indica lo siguiente:

| Distritos:          | Expansión de la red de agua potable – cumplimiento con las metas del POES 2000-2001 | Expansión de la red de desagües cloacales – cumplimiento de las metas del POES para 2000-2001 |
|---------------------|---|---|
| Escobar             | 93  | 3.5   |
| General Rodríguez   | 36  | 49  |
| José C. Paz         | 36  | 0   |
| Malvinas Argentinas | 16  | 0   |
| Merlo               | 83  | 99  |
| Moreno              | 68  | 64  |
| San Miguel          | 32  | 100   |
| Área Total          | 51  | 54  |

357. Las metas de cobertura calculadas por los Expertos de la Demandada en función del POES son para el servicio de agua: 34,41% (2000) y 46,29% (2001), y para desagües cloacales: 18,78% (2000) y 27,65% (2001)<sup>75</sup>. La lectura de un extracto del Informe de AGBA para el año 2001 dispone un incremento en las conexiones de agua de 52.806 (con una cobertura resultante del 25,1%) en el 2000 y 31.082 (31,6%) en 2001, y de 20.758 (16,8%) en conexiones de cloacales en el 2000 y 7.313 (18,1%) en 2001<sup>76</sup>.

358. El ORAB confirmó su decisión en la Resolución N.º 25/03 del 17 de septiembre de 2003 (CU-69), señalando que en cuanto a las metas de cobertura del año dos (2001) “los porcentajes no ejecutados deben ser adecuados con la intervención del Poder Concedente en el marco del procedimiento de adecuación de los contratos de servicio público dispuesto por la Ley N.º 12.858 y el Decreto N.º 1175/02” y que “la neutralización del plazo del POES para el año dos de la concesión no implica soslayar las metas comprometidas por el Concesionario”. La meta se reiteraba en la nota de la Concesionaria del 30 de septiembre de 2003 (CU-138, RA-123). La Testigo Cinti declaró en la audiencia que “el concesionario debía presentar un plan de cómo iba a recuperar, cómo pensaba recuperar o, al menos, indicar algo respecto de esas metas”<sup>77</sup>, pero “situación que no hizo”<sup>78</sup>.

359. La aprobación del informe de avance para el año 1 (2000) tuvo como fin liberar a AGBA de cualquier reclamo de incumplimiento de las obligaciones respecto de dicho año. En particular, esto tuvo por efecto que no se podía aplicar ninguna sanción y que ninguna causal de rescisión del Contrato podía fundarse en el argumento de que no se habían cumplido las metas establecidas. Sin embargo, esta situación no borra el hecho de

<sup>75</sup> Dapena/Coloma I, párr. 61, tabla IV.

<sup>76</sup> Anexo 94 a Giacchino/Walck I.

<sup>77</sup> TR-S, Día 3, pág. 777/7-10.

<sup>78</sup> TR-S, Día 3, pág. 777/14, y además las págs. 793/5-13, 833/2-10; también, Testigo Seillant, TR-S, Día 4, págs. 909/12-994/8-11.

que no se hubieran alcanzado las metas establecidas en el POES. La Testigo Cinti declara que lo que se hizo fue una mínima inversión para reconectar y mantener cañerías, pero que no se invirtió en expansión de red<sup>79</sup>. Señaló que la Resolución había declarado que las metas de expansión debían considerarse alcanzadas, pero no decía nada respecto del cumplimiento de las inversiones para ese año<sup>80</sup>.

360. Por el mismo motivo, la afirmación de las Demandantes de que las obras de reacondicionamiento o restauración de partes de la red podían considerarse obras de expansión, porque dichas obras se habían incluido entre las metas a alcanzar conforme al POES para el año 2 (2000) carece de fundamento. Cuando el ORAB aprobó el informe de avance para ese año, ello no afectó la naturaleza de las obras efectivamente comprometidas, lo cual debía determinarse en cumplimiento de la definición contractual. Por consiguiente, al aprobar las obras para el reacondicionamiento y la restauración de la red, el ORAB no transformó esas obras en obras de expansión conforme a las disposiciones de la Ley N.º 11.820 y del Contrato de Concesión, definición ésta que necesariamente se aplicaba al primer POES Quinquenal. Esta definición no se puede modificar por una Resolución del ORAB, que no tenía ninguna potestad para hacerlo.

361. A los fines de analizar el POES con posterioridad al año 2001, la Provincia presentó un borrador de Protocolo de Entendimiento (MOU) a celebrarse con AGBA en junio de 2001 cuyas disposiciones tomarán efecto sobre la reprogramación de las obras conforme al POES el 31 de diciembre de 2001 (“Protocolo de Entendimiento - Borrador”, sin fecha)<sup>81</sup>. En su introducción, se indicaba lo siguiente:

“Habiendo transcurrido un año desde la privatización y no lográndose encausar los objetivos con los principios del marco regulatorio y el contrato de concesión, se hace necesario el establecimiento de criterios objetivos en las inversiones prioritarias que garanticen las condiciones mínimas a los usuarios actuales y la expansión del servicio en los sectores de mayor vulnerabilidad sanitaria.

Está claro en los términos de la concesión la responsabilidad del concesionario, en la prestación, pero que el desarrollo de la concesión requiere de la presencia del Estado Provincial en su condición de Concedente y de la necesaria participación de los municipios en el conocimiento de las acciones que se desarrollen para solucionar los problemas locales de la prestación”.

362. Según este borrador, debían establecerse criterios objetivos que permitirían priorizar las inversiones necesarias para los usuarios con necesidades más urgentes. Por consiguiente, se propuso crear una comisión de trabajo<sup>82</sup> que dispondría una revisión de

---

<sup>79</sup> TR-S, Día 3, págs. 761/2-10, 766/9-769/20; Cinti I, párr. 62.

<sup>80</sup> TR-S, Día 3, pág. 807/11-15.

<sup>81</sup> Anexo 229 de Walck/Giacchino I, en relación con el párr. 295.

<sup>82</sup> Esta propuesta también estaba contenida en la nota del Subsecretario de Servicios Públicos del 30 de mayo de 2001 (CU-174, RA-184).

las metas establecidas en el POES de manera tal de “priorizar las inversiones más urgentes” en tanto que “se estudiarán mecanismos alternativos que permitan aumentar el ritmo de obras en expansión del servicio y el modo en que serán financiadas”. Dicho acuerdo habría tornado no aplicable el primer POES Quinquenal y lo habría convertido en una versión revisada. No obstante, este Protocolo nunca se celebró<sup>83</sup>. Por consiguiente, el POES Quinquenal original se mantuvo vigente.

363. El marco jurídico y contractual le evitó al ORAB suspender o neutralizar las metas establecidas en el POES hasta el fin del primer período quinquenal. El POES aplicable a ese período resultaba vinculante para la Concesionaria, y también para el ORAB, sujeto al mecanismo de modificación establecido en el Artículo 5.4 del Contrato, que no se había aplicado. Por ejemplo, las obligaciones de cumplimiento de AGBA continuaban siendo las mismas que cuando se aprobó el primer POES Quinquenal. Para los años 2002 a 2004 la situación siguió siendo la misma, incluido el período en el que avanzaba la renegociación y una de las alternativas era que la Provincia invirtiera en expansión porque AGBA no estaba en condiciones de hacerlo<sup>84</sup>.

364. El Tribunal entiende la posición de las Demandantes de que el plazo de la Concesión de 30 años permite enfrentar y absorber más fácilmente las dificultades y las crisis económicas que, por lo general, suelen ser de naturaleza temporal. Asimismo, permite la recuperación de una fuerte inversión inicial y su transformación en ganancias con el tiempo. Sin embargo, las Demandantes se hicieron cargo de una Concesión que dividía los compromisos de cumplimiento en plazos de cinco años establecidos en un POES de carácter vinculante.

#### 4. *La ejecución del POES en los distritos con plantas UNIREC*

365. Las Demandantes señalan que se le impidió a AGBA desarrollar las obras de expansión en los distritos en que estaban ubicadas las plantas UNIREC, porque la Provincia no ejecutó las obras de construcción bajo su responsabilidad. Al aprobar el avance del POES para el año uno (2000) en la Resolución N.º 69/02, el Organismo Regulador señaló que las plantas de tratamiento cloacal no se encontraban disponibles y que esto le impedía a la Concesionaria conectar a los nuevos usuarios al servicio.

366. La Demandada explica, en tal sentido, que las plantas UNIREC representaban únicamente el 25% de los desagües cloacales; el 65% restante eran plantas propiedad de

---

<sup>83</sup> La Nota de AGBA del 13 de septiembre de 2001 (CU-210) explica que la Empresa había aprobado el borrador del Protocolo con modificaciones menores y esperaba su suscripción formal. Sin embargo, la Empresa no fue citada por el Subsecretario hasta el 7 de agosto de 2001, cuando, en lugar de firmar el Protocolo, se informó a los representantes de AGBA que como el Concedente estaba negociando con AZURIX, no consideraban conveniente realizar ningún avance formal en la celebración del Protocolo con AGBA.

<sup>84</sup> El Testigo Dáscoli, TR-S, Día 2, pág. 521/4-9, agrega que en ese momento era imposible para AGBA aportar capital u obtener financiamiento de terceros (TR-S, Día 2, págs. 522/8-15, 537/20-538/2, 539/3-9).

AGBA. Durante los dos primeros años, la Empresa no realizó la cantidad de conexiones necesarias conforme al POES, pero de las conexiones efectivamente realizadas, 20.293 se ejecutaron en los distritos de las plantas UNIREC y solo 7.778 en los municipios a cargo de la Concesionaria. El total de 28.071 construcciones debe compararse con las 68.490 conexiones comprometidas por la Concesionaria para el mismo período. De esta última cantidad, solo 9.902 se ubicaban en la cuenca a cargo del UNIREC. Al dejar de lado estos 9.902 usuarios, la empresa debió haber ejecutado las 58.588 conexiones bajo su exclusiva responsabilidad. Dado que solo completó 28.071, no conectó 30.521 usuarios en los distritos en los que no había ninguna planta UNIREC. Asimismo, de las 28.071 efectivamente realizadas el segundo año de la Concesión, 23.961 conexiones ya existían y simplemente fueron restauradas. Esto significa que AGBA solo generó 4.110 verdaderas conexiones.

367. La Demandada concluye que estas cifras demuestran que AGBA no tenía ningún obstáculo que le impidiera proceder con la exclusividad de las obras, o al menos más intensamente en aquellos distritos en los que no debían construirse ninguna de las plantas UNIREC. Asimismo, las Demandantes debieron tomar en consideración que el plazo de construcción de estas plantas era de mínimo 2 años y medio. Por ello, si las construyeran a tiempo, el foco de AGBA en realizar conexiones principalmente en los distritos de las plantas UNIREC no constituía una estrategia efectiva.

368. El Tribunal observa que el número de 30.521 usuarios no conectados demuestra que había una cantidad claramente suficiente de obras a ser realizadas por AGBA a fin de mejorar significativamente las metas de cumplimiento establecidas en el POES. No puede decirse que la demora en la construcción de las plantas UNIREC le impedía a AGBA alcanzar una cantidad de nuevas conexiones suficientes para cumplir las metas establecidas en el POES.

369. Al leer el primer borrador de AGBA para el primer POES Quinquenal del 21 de marzo de 2000 (CU-192), el Tribunal entiende que la Empresa estaba plenamente consciente de la necesidad de cooperar con las obras asumidas por la Provincia a su cargo<sup>85</sup>. Incluso al asumir, a la luz de las explicaciones del Testigo Quijada, que no era tan fácil modificar repentinamente los objetivos geográficos de las obras de expansión comprometidas, esta dificultad, si es que en verdad se dio, habría sido provocada por la gestión de AGBA. A la luz de los plazos establecidos en la Circular N.º 30(A), y las dificultades que encontró AGBA en su propia búsqueda de financiamiento de terceros, ello debe haber sido una señal de precaución, indicándole que no priorizara las obras en los distritos con plantas UNIREC.

---

<sup>85</sup> “Las expansiones de agua y cloaca, dada la problemática de la Zona, seguirán el ritmo de las soluciones obtenidas para, el abastecimiento de agua, y el tratamiento de líquidos cloacales en el caso de los compromisos asumidos por el Estado Provincial al momento de la licitación.”. (pág. 55)



370. Por consiguiente, el Tribunal concluye que el incumplimiento de la Provincia de proceder con la construcción de las plantas UNIREC no justifica el incumplimiento de AGBA de cumplir las metas fijadas en el POES.

##### 5. *Compromisos de inversión establecidos en el POES*

371. Las partes están de acuerdo en que el POES establecía la cantidad de inversiones que debía realizar el Concesionario para cada período relevante. Los Planes Comerciales de AGBA también disponían montos estimativos de inversiones durante el plazo de 30 años de la Concesión. De conformidad con el Plan de Negocios de 1999, que formaba parte de la documentación del pliego, las inversiones acumuladas para los primeros cinco años ascendían a USD 264.882.600 millones y el monto total incluyendo el año 2029 USD 713.964.500 millones.

372. La Resolución 7/01 del 31 de enero de 2001 (CU-193, RA-182) que aprobó el primer POES Quinquenal el cual establecía el programa de construcción, dividía las inversiones entre el “Sistema de Aguas”, “Sistema de Cloacas” y “Otras Inversiones”. En el Capítulo 5 sobre “Áreas Técnicas”, el monto total para los primeros cinco años era de USD 230.917.300, incluido USD 78.229.600 para el sistema de aguas y USD 144.253.600 para el sistema de desagües cloacales.

373. La inversión comprometida y efectivamente ejecutada es la cuestión analizada en la próxima sección. En relación con el POES, objeto de esta Sección, la cuestión que debe determinarse es la relevancia jurídica de las sumas de inversión establecidas en el POES, elaboradas en función de un borrador preparado por el Concesionario y presentado al ORAB para su aprobación.

374. El Artículo 5.3 del Contrato de Concesión establece el carácter vinculante de cada Plan Quinquenal, regulando así el Artículo 39-II de la Ley N.º 11.820. Asimismo dispone que los “índices de mejoramiento de eficiencia” constituyen, respecto del financiamiento, una indicación del “cumplimiento de los compromisos de inversiones propuestas” y, en materia de inversiones, referencias al “nivel de cada tipo de Servicio o actividad” con “la época estimada para su implementación”. Los Planes Quinquenales “preverán los montos de inversión, los objetivos y las metas que deberán alcanzarse en las condiciones fijadas en el Contrato”. De igual modo, se establece que en el plan “deberán preverse en forma clara y separada los costos de inversión de capital y los costos operativos, administrativos y comerciales”.

375. Esto significa que cada POES Quinquenal, una vez aprobado, pasaba a ser vinculante para el Concesionario en todas sus partes relevantes, incluidos los montos de inversión (Artículo 1.8, 5.3).

376. Tras recibir la nota de AGBA del 17 de julio de 2001, quejándose por los efectos negativos de la crisis en las solicitudes de préstamos presentadas ante el BID y el Banco Provincia, el ORAB le solicitó a AGBA, en su nota del 26 de septiembre de 2001<sup>86</sup> que especificara “la composición precisa del financiamiento de las obras comprometidas en el POES para el primer quinquenio (capital propio y de terceros)”. En su nota de respuesta del 10 de octubre de 2001<sup>87</sup>, AGBA explicaba que de conformidad con la Carta Mandato del 20 de febrero de 2001, firmada por el BID y por AGBA y sus accionistas, el BID aceptó considerar participar en un préstamo garantizado a AGBA, sujeto a los resultados satisfactorios del análisis del Banco del programa de financiamiento y de AGBA. El monto máximo previsto era de USD 165 millones, divididos en un Préstamo A de USD 52 millones y un Préstamo B de USD 113 millones a ser financiados en cofinanciamiento con otros prestamistas comerciales. Este préstamo cubriría aproximadamente el 70% de la inversión total de USD 235 millones requerido por el primer POES Quinquenal, y los 70 millones restantes serían aportados del capital de AGBA de 45 millones y de ingresos de otras fuentes.

377. Si en un período quinquenal particular determinado y basado en circunstancias justificadas, determinadas obras no se pudieran realizar o si las obras ejecutadas no exigieran una inversión tan alta como la fijada en el plan aplicable, el monto adeudado por el Concesionario sería el monto establecido en el POES Quinquenal.

378. Por otra parte, una inversión establecida en uno o más planes quinquenales no es obligatoria, porque dicho carácter se atribuye únicamente a los Planes Quinquenales en su totalidad (Artículo 5.3). Esto significa que la Concesionaria no comete un incumplimiento contractual si no aporta el financiamiento previsto para uno de esos años en particular, siempre que cumpla con las metas de inversión establecidas al finalizar el primer quinquenio. Esta meta fija determinados límites sobre cualquier cumplimiento diferido de obras no ejecutadas en el programa anual inicialmente previsto. En efecto, todo el reacondicionamiento y la expansión de la red debían avanzar regularmente, y no podía permitirse que se acumularan las obras en proporciones excesivas.

#### D. Inversiones

379. Las Partes no discrepan en que la Concesión adjudicada para la Región B exigía un gran esfuerzo para realizar fuertes inversiones en la red y la prestación de servicios de AGBA.

380. La controversia recae sobre el monto efectivamente invertido desde la Toma de Posesión hasta la rescisión del Contrato de Concesión y, en relación con ella, los esfuerzos

---

<sup>86</sup> Anexo 183 a Giacchino/Walck I.

<sup>87</sup> Anexo 184 a Giacchino/Walck I, al cual se adjunta la Carta Mandato; ver también Anexo 113 a Giacchino/Walck I.

que se habían realizado o, lo que es aún más importante, los esfuerzos que debieron realizarse para garantizar que se realizaran en AGBA las inversiones necesarias para financiar la ejecución del Contrato de Concesión.

381. Las posiciones de las Partes en este sentido han sido muy diferentes desde el inicio de este procedimiento.

382. En su Solicitud de Arbitraje, las Demandantes expresan lo siguiente:

“La inversión principal de URBASER y CABB en la República Argentina, en lo que concierne al presente arbitraje, consiste en la titularidad de acciones, que por vía de participación directa e indirecta, representa, en conjunto, el 47,4122% del capital social de la compañía de nacionalidad argentina AGUAS DEL GRAN BUENOS AIRES S.A. (AGBA), así como otras inversiones asociadas a este mismo proyecto, que serán definidas en detalle y en momento oportuno en el curso del procedimiento arbitral”. (pág. 21)

383. En síntesis, originalmente las Demandantes alegaron que habían contribuido el precio de sus acciones como “principal” inversión, lo que significa que cualquier “otra” inversión debe haber sido significativamente menor que el monto pagado por sus acciones. Ya se explicó que los costos totales de su participación representaban unos USD 45.000.000.

384. La Demandada, por otra parte, hace referencia al monto de inversiones establecido en el primer POES Quinquenal (CU-193, RA-182), a saber, USD 230,9 millones, y las proyecciones incluidas en el Plan de Negocios de AGBA de 1999 (RA-265) para los 30 años de la Concesión, que totalizaban USD 713,9 millones.

385. A título de introducción, un primer resultado general de esta información indica que el monto de las inversiones a ser realizadas es considerablemente mayor que lo que admiten las Demandantes como inversión efectivamente realizada. Esto nos da una mejor idea de la magnitud de la diferencia entre las posiciones de las Partes.

386. El primer paso será identificar, en función de las declaraciones de las Partes y las pruebas, la cantidad de inversiones efectivamente realizadas por las Demandantes.

387. En la próxima sección se determinarán las fuentes de posible financiamiento de la Concesión, que se dividirán por temas principales, fundamentalmente en relación con los ingresos de la Concesión, los préstamos de terceros y los aportes complementarios de capital de los accionistas de AGBA.

1. *Inversión inicial de las Demandantes*

a. La participación en AGBA

388. Las Demandantes explican que el requisito mínimo de capital para la Concesionaria era de USD 45 millones, tal como se indica en el Anexo I del Contrato de Concesión. En proporción a su participación de 27,4122% en URBASER y 20% en CABB<sup>88</sup>, la inversión de las Demandantes en las acciones de AGBA ascendía a USD 12.335.490 para URBASER y USD 9.000.000 para CABB, lo cual sumaba USD 21.335.490. En adición a estos pagos, debía agregarse el 10% para cubrir el 10% de las acciones que debían transferirse sin cargo a los empleados en el marco del Programa de Participación Accionaria del Personal (PPAP). Esto explica el monto total de inversiones aportado por las Demandantes: USD 23.706.000<sup>89</sup>. El capital de USD 45.000.000 se pagó en dos cuotas principales en el 2000 (USD 22.499.979) y en el 2001 (USD 21.265.481), seguidos por dos montos menores en 2002 (USD 501.298) y 2003 (USD 733.242)<sup>90</sup>.

389. La Demandada señala que las Demandantes alegan que su inversión consistía en la adquisición y suscripción de acciones en la empresa argentina AGBA.

390. Sin embargo, en lo que respecta a CABB la Demandada alega que esta empresa no realizó ninguna inversión en la Concesión y que las Demandantes no lo han demostrado. La Demandada cita la afirmación del Tribunal de Cuentas Vasco de que los presupuestos del Consorcio no incluían ninguna asignación de fondos para completar dichas adquisiciones. Asimismo, la Asamblea General de CABB decidió, el 22 de febrero de 1999, que “en ningún caso se aportará capital procedente del Consorcio en la sociedad a constituir en caso de resultar adjudicatarios”<sup>91</sup>.

391. El Contrato de Cuentas en Participación presentado por las Demandantes (CU-257) no implicaba la transferencia de la participación de CABB y junto con el Informe de Auditoría solo se puede interpretar como una confirmación de que CABB no realizó ningún aporte a AGBA. La primera cláusula (1.1) de dicho Acuerdo dispone “la contraprestación debida por CABB en virtud del presente contrato se realizará mediante la participación del Cuentapartícipe en los resultados económicos, derivados de la participación de CABB en el 11,11% del Conjunto”. Establece asimismo que “a tal fin, el Cuentapartícipe se compromete a efectuar a CABB todas las aportaciones a las que ésta venga obligada como consecuencia del 11,11% de su participación en el Conjunto”

---

<sup>88</sup> Decisión sobre Jurisdicción, párr. 29; Nota de AGBA del 31 de marzo de 2006 (CU-254).

<sup>89</sup> Escrito posterior a la audiencia de las Demandantes, párrs. 4, 32; TR-S, Día 9, pág. 2531/5-13.

<sup>90</sup> Ver Memorias y Estados Contables de AGBA de 1999 a 2003 (CU-26-30) y Propuesta de Renegociación de AGBA de junio de 2004 (pág. 8, no numerada), Anexo H002 a Seillant I.

<sup>91</sup> Ver Decisión sobre Jurisdicción, párr. 287.

(cláusula 2.2). Por último, establece que “CABB deberá destinar la totalidad de los desembolsos realizados por el Cuentapartícipe en virtud de este contrato a aportaciones al capital de la Sociedad y el Conjunto. También podrá destinarlos a los gastos conexos y cualesquiera obligaciones financieras derivadas de la Actividad, frente al Conjunto o frente a sus socios” (cláusula 4.1).

392. La obligación de CABB de reembolsar el aporte realizado por los cuentapartícipes se limita a las ganancias o pérdidas que puede obtener como accionista de la Concesionaria (ver cláusula 6.3). El Convenio concluye que, al momento de la liquidación definitiva, el agente deberá restituir a cada cuentapartícipe su aporte, una vez deducidas, en la medida en que corresponda, las pérdidas sufridas por CABB en la Actividad que no hubieran sido previamente reembolsadas a los cuentapartícipes o sumadas a las ganancias, incrementos de capital o excedentes que se hubieran obtenido en la Actividad (cláusula 7.1).

393. La Demandada concluye, respecto de esta cuestión, que los Acuerdos informales de *Joint Venture* celebrados con CABB no eran meros acuerdos de financiamiento de los aportes que debía hacer a fin de participar en la Concesión de AGBA. Éstos, constituían una transferencia de los riesgos asociados a la participación de CABB en el Contrato de Concesión en calidad de accionista. Cualquier pérdida o ganancia de dicha participación se transferiría directamente a los Cuentapartícipes. Eso significa que CABB no realizó ninguna inversión en la Concesión.

394. La falta de inversiones de CABB también resulta relevante debido al método utilizado por las Demandantes para calcular los daños. En efecto, un tercio del monto reclamado por las Demandantes resulta de lo que ellos denominan el método basado en los activos o en los costos, que depende de los aportes de capital efectuados por cada uno de los grupos que invirtieron en AGBA. Sin embargo, en este caso, CABB no realizó ningún aporte de capital. Los aportes recuperados por las Demandantes no se pueden considerar inversiones.

395. La Demandada recuerda que solo tuvo oportunidad de acceder al Acuerdo Informal de *Joint Venture* presentado por CABB después de su Memorial de Dúplica sobre Jurisdicción<sup>92</sup>. Solo una vez revelado el contenido de dicho Acuerdo, Argentina pudo confirmar que la supuesta inversión no cumplía con los requisitos considerados esenciales por los Tribunales del CIADI para confirmar la existencia de una inversión. En tal sentido, existen tres requisitos esenciales: (a) aporte; (b) riesgo; y (c) periodicidad de ganancias y retorno. Ninguno de estos elementos está presente en el caso de la participación accionaria de CABB en AGBA.

---

<sup>92</sup> Ver *Ibíd.*, párr. 300.

396. Tal como se indica en el Acuerdo Informal de *Joint Venture* y en el Informe de Auditoría, CABB no hizo ningún aporte. Según las disposiciones de dicho Acuerdo, CABB no asumió ningún riesgo ni obtuvo ninguna ganancia ni retorno, ya que cualquier ganancia o retorno obtenido a través de la participación accionaria de CABB se había transferido a los cuentapartícipes y no a CABB.

397. Por todos estos motivos, el Tribunal debe desestimar los reclamos de las Demandantes relativos a los supuestos aportes realizados por CABB en calidad de accionista de AGBA. Los fundamentos para desestimar los reclamos pueden ser incompetencia o inadmisibilidad o falta de mérito de los reclamos.

398. El reclamo de URBASER S.A. por su participación en URBASER ARGENTINA S.A. debe considerarse ilegítimo porque infringe la Ley Argentina. La última empresa estaba sujeta a disolución conforme a la ley argentina, porque era una empresa con participaciones cruzadas. La inscripción de una sociedad mediante la tenencia recíproca de acciones es nula. La empresa se disolverá de pleno derecho (Art. 32 de la Ley de Sociedades Comerciales). URBASER ARGENTINA S.A. posee un 1,0687% de AGBA, 2% del cual, a su vez, pertenece a Transportes Olivos S.A.C.I.y.F., 98% de la cual, a su vez, es propiedad de URBASER ARGENTINA S.A.

399. Esta es una causal de violación sancionable por la disolución automática de la empresa cuando el capital irregularmente aportado no se reduce en el término de tres meses. Sin perjuicio de los requisitos de buena fe, el TBI circunscribe el alcance de su protección a las inversiones “efectuadas de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión”. Ello significa que el Tribunal no tiene competencia sobre la supuesta inversión de URBASER ARGENTINA S.A. e, incluso si lo tuviera, no es posible admitir un reclamo respecto de esta participación como cuestión de fondo, ya que esta sociedad es nula conforme al Artículo 32 de la Ley de Sociedades Comerciales de la Argentina.

400. El Tribunal no ve motivos para apartarse de su Decisión sobre Jurisdicción, donde se calificó a la adquisición de acciones de AGBA por parte de CABB como inversión, a pesar de que los fondos destinados a dicha adquisición fueron provistos por otras entidades que participaron indirectamente en las ganancias y pérdidas de CABB asociadas a su participación accionaria en AGBA.

401. En cuanto a la segunda objeción a la competencia del Tribunal en relación con la supuesta inversión de URBASER ARGENTINA S.A., el Tribunal observa que ésta no fue planteada por la Demandada en la etapa de jurisdicción de este arbitraje y que, por tanto, resulta cuestionable a la luz de la Regla de Arbitraje número 41. La misma objeción se presenta como “cuestión de fondo”, dado que la empresa es supuestamente nula conforme al Artículo 32 de la Ley de Sociedades Comerciales de la Argentina. En tal sentido, si bien la Demandada afirma que URBASER ARGENTINA S.A. estaba sujeta a disolución

conforme a la ley de sociedades de la Argentina porque era una sociedad con participaciones cruzadas, ésta no presentó ninguna prueba de que la empresa efectivamente se hubiera disuelto. La Demandada admite que la disolución no se produciría de pleno derecho, al señalar que dicha disolución no se puede producir antes de transcurridos los tres meses desde que debía reducirse el aporte irregular de capital. Tampoco se ha presentado ninguna prueba en este sentido.

402. La cantidad de acciones en AGBA a considerarse a tal fin no incluyen el 10% destinado al Plan de Propiedad Participada (PPP). De conformidad con lo establecido en el Artículo 2.8 del Contrato y en el Anexo E, las acciones reservadas para el PPP representaban el 10% del capital inicial de AGBA y fueron distribuidas a los empleados transferidos a la Concesionaria que decidió participar del ESOP. Las acciones del ESOP no se consideraban una inversión a los fines de determinar el contenido y el alcance del POES (Ver Artículo 5.3). En efecto, estaban reservadas a una categoría de empleados de AGBA y no se destinaron ni al servicio ni a las inversiones de AGBA en la red.

403. El cargo de USD 1.260.000 pagado por la Concesionaria a la Provincia tampoco forma parte de las inversiones en la red. Este fue un monto determinado por la Provincia al momento de celebrarse el Contrato, igual al precio ofrecido por el adjudicatario en la licitación del Área de Concesión. Tal como se confirma en el Artículo 1.8 del Contrato, este monto es distinto de las inversiones necesarias para implementar el POES. La Provincia debía dar prioridad a la Oferta Económica que maximizara los ingresos a ser cobrados como resultado de la adjudicación de la Concesión (Ver Arts. 4.2.2 y 5.2.2(c) del Pliego de Términos y Condiciones).

404. El 10 de marzo de 2000, AGBA indicó que el valor neto de las empresas que poseían las acciones de AGBA era aproximadamente de USD 1.200 millones<sup>93</sup>. Las cifras respectivas debían ser provistas por los accionistas a la empresa a los fines de calcular el capital mínimo de USD 160 millones, que debía determinarse proporcionalmente a sus respectivas participaciones intransferibles en AGBA<sup>94</sup>. Este era el único método para evaluar la solvencia económica de los Oferentes. La Testigo Cinti confirmó en la audiencia que estos eran los requisitos financieros utilizados a los fines de verificar la capacidad de los Oferentes para realizar las inversiones necesarias<sup>95</sup>. La Provincia no tenía dudas de la capacidad financiera de los Oferentes<sup>96</sup> y las Demandantes señalan que esto estaba “fuera de toda duda”<sup>97</sup>. Sin embargo, no existían garantías para financiamiento e inversiones<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> Nota al ORAB, (CU-232).

<sup>94</sup> Ver Artículo 3.13 del Pliego de Condiciones de la Licitación, Anexo 7.

<sup>95</sup> TR-S, Día 3, págs. 825/18-827/21.

<sup>96</sup> Alegato de Cierre de la Demandada, TR-S, Día 9, págs. 2492/22-2493/7.

<sup>97</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, párr. 34.

<sup>98</sup> Ver Experto Mata, TR-S, Día 8, págs. 2233/1-2237/5.

405. El Testigo Hernando recuerda asimismo que los Oferentes no tenían obligación de ofrecer garantías para financiar las inversiones requeridas<sup>99</sup>. El Experto Lentini explicó en la audiencia que la Provincia debía garantizar durante la licitación que el consorcio tuviera la capacidad financiera para cubrir la estructura de financiamiento para su negocio<sup>100</sup>. Admitió que la Provincia debía confiar en los Oferentes y en su buena fe<sup>101</sup>. En su declaración, explicó que el objeto de exigir capacidad financiera era garantizar que la insolvencia no fuera una causal de la imposibilidad para ejecutar las obras y cumplir con el plan de inversión<sup>102</sup>. También mencionó que el monto correspondiente a la Región B era el monto más alto exigido a los Oferentes, en comparación con otras Regiones<sup>103</sup>. Asimismo concluye en función de este alto monto que “la falta de aportes financieros de los accionistas al servicio de AGBA no puede estar basada en una cuestión de capacidad financiera y debiera ser considerada como una decisión voluntaria de los accionistas”<sup>104</sup>.

b. Otros fondos aportados inicialmente por los accionistas

406. Las Demandantes no alegan haber efectuado ningún aporte adicional más allá de los aportes de capital originales. Admiten que las tarifas eran la única fuente de ingresos para la Concesionaria, ya que no se había podido obtener financiamiento de terceros.

407. La Demandada se concentra particularmente en los primeros años de la Concesión, en donde AGBA prácticamente no hizo inversiones en la Concesión e informó, en su nota de mayo de 2001, que no cumpliría sus obligaciones de inversión. En este período, AGBA cometió sus primeros incumplimientos de metas de expansión, antes de las medidas de emergencia. Desde 2002, los incumplimientos de AGBA fueron prácticamente absolutos, ya que no realizó siquiera las obras mínimas necesarias de mantenimiento, y es por ello que los gastos fueron mínimos y se pudieron cubrir con los ingresos de la empresa. En síntesis, las inversiones de AGBA fueron inexistentes desde el mismísimo momento en que se le adjudicó la Concesión.

2. *Financiamiento de terceros*

a. Posición de las Demandantes

408. Las Demandantes aceptan que era necesario obtener financiamiento externo. Las Demandantes atribuyen la imposibilidad de obtener los fondos necesarios para la gestión exitosa de la Concesión a causales no relacionadas con los esfuerzos de AGBA y de sus accionistas, sino a factores externos, fundamentalmente relacionados con el

---

<sup>99</sup> Hernando, párr. 24.

<sup>100</sup> TR-S, Día 5, págs. 1231/7-11, 1345/19-1348/3.

<sup>101</sup> TR-S, Día 5, págs. 1231/17-1233/13.

<sup>102</sup> Lentini II, párr. 118.

<sup>103</sup> TR-S, Día 5, págs. 1328/4-1329/3; Lentini I, párr. 43.

<sup>104</sup> Lentini II, párr. 26; TR-S, Día 5, págs. 1348/4-1349/8.



comportamiento de la Provincia y del Concedente, y la crisis económica. Aducen que estos factores hicieron que el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) no otorgara un crédito en la suma de USD 165 millones, y también explica por qué el Banco Provincia se negó a brindar el préstamo puente requerido de USD 40 millones. En tal sentido, las Demandantes afirman lo siguiente: (i) los accionistas de AGBA actuaron con diligencia en la gestión del financiamiento; (ii) quienes invirtieron en AGBA tenían expectativas realistas y legítimas de que se obtendría el financiamiento; (iii) la solicitud formal de financiamiento se presentó en cuanto el Concedente aprobó el primer POES Quinquenal; (iv) la Provincia no apoyó a la Concesionaria en el proceso de obtener financiamiento, y también adoptó medidas que generaron escepticismo entre los funcionarios del BID; (v) las dudas del BID se relacionaban directamente con el incumplimiento de la Provincia en la entrega de las plantas UNIREC; (vi) la posibilidad de obtener financiamiento externo se vio gravemente afectada por la emergencia económica; y (vii) el Concedente impidió acceso al financiamiento, una vez superados los peores momentos de la crisis, manteniendo artificialmente la declaración de emergencia y rechazando cualquier posibilidad de renegociación efectiva del Contrato con AGBA.

409. Citando al Testigo Hernando, las Demandantes explican que los Oferentes habían entablado negociaciones con instituciones financieras desde antes de la Toma de Posesión. Después de ese momento, se realizaron contactos a través de AGBA, y comenzó un proceso de debida diligencia y evaluación con el BID. La solicitud formal no se podía presentar hasta que se aprobara el primer POES Quinquenal, que establecería las inversiones a financiar. Esto sucedió en febrero de 2001, y, según los plazos planteados por el BID, el financiamiento de AGBA podría haberse cerrado en septiembre de 2001. Sin embargo, este proceso se vio demorado por motivos que escapan al control de AGBA y de sus accionistas.

410. Las afirmaciones abstractas del Testigo Bes no tienen sentido. Los plazos eran más cortos que los plazos que Bes considera habituales. En el caso de AGBA, los sucesos no se desarrollaron según lo que parecería ser el curso habitual según Bes, y él no tuvo intervención alguna en relación con la solicitud de AGBA.

411. Cuando la negociación se encontraba aún en curso en marzo de 2002, tal como lo explica el Testigo Hernando, se vio interrumpida en un determinado momento y sin aviso previo debido a la declaración de emergencia en la Provincia. La desconfianza generada por el Organismo Regulador, sumada a la crisis que sufría la Provincia que había llevado a la declaración de la emergencia en julio de 2001, dio por tierra con cualquier posibilidad de financiamiento. Sin embargo, esto no se debió a falta de diligencia o mala gestión por parte de AGBA o de sus accionistas.

412. El Sr. Hernando también describe los contactos que tuvo con el *Banco Provincia*, que se iniciaron en enero de 2001 y que tenían por objeto obtener un préstamo puente que

debía firmarse en mayo de ese año<sup>105</sup>. Los contactos y comunicaciones efectivamente sucedieron pero, luego se interrumpieron sin ninguna resolución formal por parte de la Provincia.

413. Las Demandantes explican que las perspectivas de obtener el financiamiento necesario del BID eran buenas. La solicitud de financiamiento presentada por AGBA ante el BID se inscribía dentro del tipo de proyectos que el BID suele tomar en consideración y, a la luz de las sumas de la operación, encajaba en el perfil de préstamos generalmente otorgados por la institución. Fue por este motivo que el BID accedió a firmar una Carta Mandato con AGBA y sus accionistas. Los organismos multilaterales de crédito tenían un especial interés en proyectos para el sector de aguas. En efecto, el BID había aprobado el programa en cuestión en octubre de 1998. Si el programa fracasó fue debido a la falta de apoyo al proceso de privatizaciones por parte del nuevo gobierno argentino, tal como lo mencionara oportunamente el BID. Los Expertos de las Demandantes explican también que si bien el promedio de los préstamos otorgados por el BID fue de USD 96 millones en 2008, por ejemplo, ello no significa que algunos de los préstamos no fueran por sumas mucho mayores, que excedían los USD 165 millones solicitados por AGBA.

414. En cuanto a las inquietudes manifestadas por Halcrow, el consultor del BID, parecería ser que la de negación del préstamo efectivamente guardaba relación con el accionar del Concedente y el Ente Regulador. En su “Informe Borrador”, el consultor (i) expresa su preocupación respecto de que el ORAB era también el Organismo Regulador de la concesión de AZURIX, de un tamaño mucho mayor, que requería la mayor parte de la atención del Ente; (ii) expresó sus dudas respecto de la independencia del Organismo Regulador (permeable a presiones políticas y de otra índole); (iii) manifestó su preocupación respecto de la capacidad del ORAB de funcionar de forma eficiente; y (iv) estimó que algunos de los supuestos del Plan de Negocios de AGBA no eran realistas, en particular en relación con las plantas UNIREC.

415. Las Demandantes explican asimismo que la falta de experiencia e independencia del Organismo Regulador desalentó a las instituciones financieras, y ello, sin duda, influyó la negativa del BID de otorgar el financiamiento a la Concesión de AGBA. Las pruebas que se ofrecen en este sentido en el Segundo Informe de los Expertos Giacchino/Walk demuestran que el grado de profesionalismo e independencia del Organismo Regulador es un elemento especialmente valorado por los bancos de financiamiento, y que dicho elemento afectó en el caso del ORAB/OCABA.

416. Las Demandantes asimismo alegan que se rechazó una solicitud de financiamiento a ABA (una subsidiaria de AZURIX) por la Overseas Private Investment Corporation

---

<sup>105</sup> Ver Hernando, párr. 46.

(OPIC) debido a problemas con el ORAB, descritos en un informe elaborado por la firma Hazer & Sawyer en el marco de ese caso. En ese informe se señalan una serie de cuestiones bastante graves con el ORAB, donde se hace referencia en particular a varias resoluciones respecto de la facturación a los usuarios con servicio no medido. Este informe influyó el rechazo del financiamiento solicitado por parte de OPIC en septiembre de 2001<sup>106</sup>.

417. Las Demandantes afirman asimismo que la falta de apoyo para el financiamiento del Banco Provincia, sin ninguna duda, afectó la decisión tomada por el BID. El Concedente no apoyó la solicitud de AGBA frente a este Banco. La apatía de la Provincia respecto de estas negociaciones influyó otras organizaciones ante las cuales se había solicitado financiamiento.

418. Las Demandantes afirman que la emergencia tuvo un impacto directo sobre la imposibilidad de obtener financiamiento. También mencionan que la Demandada justificó su incumplimiento en la entrega de las plantas UNIREC en la imposibilidad de obtener financiamiento debido a la crisis. Sin embargo, las Demandantes no admiten esta justificación de la Demandada respecto de la imposibilidad de ejecutar las obras en las plantas UNIREC, que califican de excusa. Las Demandantes no niegan que el financiamiento se encuadre en la definición de riesgo empresario. Sin embargo, lo importante en su opinión es el hecho de que este cambio en las circunstancias provocó una distorsión del riesgo empresario cuando este se vio afectado por elementos que no guardaban relación alguna con las expectativas prudentes.

419. Por último, las Demandantes alegan que en el largo plazo de la Concesión habrían tenido acceso a financiamiento de haberse restituido la ecuación económico-financiera. Al considerar la duración de 30 años de la Concesión, las restricciones al financiamiento externo que pudieron ser causa de la crisis solo habrían perdurado por un tiempo limitado. A partir de 2002, volvió el financiamiento al país, incluido el financiamiento del BID. Por consiguiente, si la Concesión de AGBA se hubiera renegociado adecuadamente tras la pesificación y la aprobación del Nuevo Marco Regulatorio, AGBA y sus accionistas podrían haber obtenido financiamiento externo y podrían haber realizado las inversiones necesarias para alcanzar las metas de expansión establecidas en dicho proceso de renegociación. La negativa del Concedente a ajustar los términos de la Concesión a través de un proceso serio de renegociación y la posterior rescisión cerraron por completo la posibilidad de financiamiento para la Concesión e hicieron imposible realizar las inversiones que le habrían permitido a la Concesionaria y a sus accionistas alcanzar los resultados esperados.

---

<sup>106</sup> Ver Giacchino/Walck I, párr. 263, y el informe bajo el Anexo 195; TR-S, Día 6, págs. 1711/1-5, 1711/21-1712/5.

b. Posición de la Demandada

420. La Demandada explica que la responsabilidad de la Concesionaria de obtener financiamiento es una característica de los proyectos a gran escala. Un proyecto de esta magnitud requiere un despliegue inicial de recursos y un flujo neto subsiguiente de fondos. En la Concesión de AGBA, el financiamiento necesario era una condición esencial. El Plan de Negocios original de AGBA establecía que, a fin de cumplir con sus obligaciones de inversión, la firma debía obtener un financiamiento inicial de USD 183,6 millones mediante deuda. El Plan no especificaba qué acreedor garantizaría este financiamiento. Al comienzo de la Concesión, AGBA no contaba con ninguna fuente para financiar las inversiones tomando deuda con terceros; simplemente indicaba en el Plan de Negocios que obtendría el financiamiento necesario.

421. La República Argentina aduce que obtener el financiamiento necesario era exclusiva responsabilidad de las Demandantes y que al momento en que comenzó la concesión AGBA, no había obtenido el financiamiento de terceros. Según la Demandada, no hay pruebas de que la imposibilidad de obtener financiamiento haya sido provocada por la crisis económica o por cuestiones regulatorias. Independientemente de la verdadera causa por la cual AGBA no obtuvo el préstamo del BID, las pruebas indican que no había muchas probabilidades de que se aprobara ese financiamiento.

422. La Demanda señala que no se presentó ninguna prueba que demuestre que el financiamiento no se obtuvo debido a la crisis financiera o por cuestiones regulatorias. Por el contrario, las pruebas producidas demuestran que la posibilidad de obtener un préstamo por el monto requerido habría resultado difícil. El monto promedio de financiamiento de proyectos de agua y cloacas del Banco Mundial y del BID era inferior a USD 100 millones. AGBA solicitó USD 165 millones al BID únicamente, es decir, un 72% más que el monto otorgado en promedio en el sector en 1998. Las probabilidades de obtener un préstamo como el solicitado por AGBA eran escasas, incluso antes del proceso de licitación y de la crisis. Solicitar un préstamo en octubre de 2000 demuestra falta de diligencia, porque en ese momento no cabía esperar que se aprobara un préstamo en el primer semestre de 2001, ni hasta mediados de 2002. Ello refleja que la imposibilidad de obtener financiamiento no se debió a la crisis ni a cuestiones regulatorias.

423. En la solicitud contenida en la nota del 17 de mayo de 2001, AGBA invocó la morosidad de los usuarios y la imposibilidad de obtener financiamiento para las obras que se había comprometido a ejecutar. En esa nota, la Concesionaria no hizo mención a la crisis económica ni a un accionar impropio por parte del Concedente.

424. Cabe también analizar los fundamentos para negar los préstamos solicitados por AGBA. En lo que respecta al préstamo del BID, el Informe Borrador elaborado por Halcrow Consulting (CU-209) resulta esclarecedor. El Informe señalaba las demoras en

la construcción de las plantas por parte de AGBA, que afectaron la expansión de la red y el consiguiente aumento en la cantidad de usuarios (pág. 17). Se planteaba también que el Plan de Negocios propuesto por AGBA era “poco realista”, en particular respecto de la puesta en marcha de las plantas de tratamiento de efluentes y la expansión de la red de desagües cloacales (pág. 18). Por consiguiente, el programa de desembolso de capital de AGBA podía demorarse (pág. 44). El BID señaló, en una nota a AGBA del 7 de junio de 2001 (RA-240), que entre los aspectos que requerían una evaluación más detallada se encontraban las ambiciosas metas de expansión de cobertura, las dudas respecto de la predisposición de los usuarios a pagar el cargo de obra y la necesidad de definir claramente el equilibrio económico y financiero de la Concesión.

425. En cuanto al préstamo puente solicitado al Banco Provincia (BAPRO), AGBA solicitó un préstamo de USD 40 millones. La denegación del préstamo se debió a (i) inconsistencias en la solicitud, ya que las obras comprometidas para 2004, por la suma de USD 233.600.000 no tenían una estructura de financiamiento cerrada, y (ii) las serias dudas de que AGBA obtuviera el financiamiento que había solicitado<sup>107</sup>. En el informe también se señaló la posible insuficiencia de la garantía ofrecida en comparación con el monto solicitado, considerando el bajo nivel de ingresos anuales (los ingresos informados en el año 2000 habían sido de ARS 15.004), y aún más presuponiendo que no se otorgara el préstamo solicitado al BID. Un memorando interno del mismo Banco Provincia del 5 de marzo de 2001 (RA-243) indicaba que los accionistas de la empresa no estaban dispuestos a otorgar garantías por el préstamo solicitado a BAPRO, porque dudaban de la viabilidad del negocio, a la luz de los bajos niveles de cobrabilidad alcanzados por AGBA.

426. En síntesis, la Demandada aduce que (i) AGBA jamás obtuvo el financiamiento necesario para cumplir con los compromisos de inversión asumidos; (ii) AGBA procuró obtener financiamiento del BID, junto a un préstamo puente del BAPRO, sin tener un plan de contingencia; (iii) el BID y BAPRO identificaron riesgos sustanciales inherentes al proyecto, y la negación de los préstamos refleja su percepción de la capacidad de pago. La Demandada reitera que la obtención de financiamiento para ejecutar las obras era la exclusiva responsabilidad de AGBA.

### c. Conclusiones del Tribunal

427. Al analizar las etapas iniciales de la solicitud de préstamo presentada por AGBA ante el BID y la solicitud del préstamo puente del Banco Provincia, el Tribunal observa una contradicción por parte de las Demandantes los cuales por un lado, aducen que en febrero de 2001 tenían buenos motivos para esperar que se les otorgara un importante préstamo del BID en septiembre de 2001 y luego un préstamo puente del Banco Provincia,

---

<sup>107</sup> De BAPRO Subgerente Proyectos de Inversión y Riesgo del 15 de marzo de 2001 (RA-178).

pero por otra parte, escribieron a la Provincia (nota de AGBA del 17 de mayo de 2001) informándole que ya no realizarían inversiones y solicitaron que se abriera un proceso de discusiones para renegociar la Concesión.

428. A la luz de la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001, AGBA y sus accionistas deben haber estado al tanto de la situación provocada por la falta de fondos para ejecutar las inversiones necesarias en la Concesión. Para ese entonces ya se había aprobado el primer Plan Quinquenal, que preveía inversiones por la suma de USD 230 millones. Asimismo, dos semanas antes, el 5 de marzo de 2001 (RA-243), AGBA recibió del Banco Provincia un memorando informando el rechazo del Banco de la solicitud de un préstamo puente no garantizado por los accionistas de AGBA que, en todo caso, no se podría haber pagado si no se otorgaba el préstamo del BID.

429. Al analizar en mayor profundidad las expectativas de las Demandantes de obtener financiamiento del BID, las dudas de AGBA y de sus accionistas parecen más plausibles. Cuando las Demandantes explican que se había aprobado un importante programa de financiamiento para el sector de aguas en octubre de 1998, ello para nada alimentaba las perspectivas de obtener una aprobación similar en 2001. Cuando las Demandantes manifiestan que el hecho de que el promedio de préstamos otorgados rondara los USD 100 millones no excluía la posibilidad de que se otorgara el préstamo solicitado por AGBA, de más de 150 millones, esto parecería correcto en teoría, pero cabe destacar que AGBA ciertamente tenía menos probabilidad de obtener la suma solicitada que de obtener un monto menor. Las Demandantes y sus Expertos se explayan respecto de sus esperanzas y especulaciones, sin ninguna prueba concreta que alimente esas esperanzas y especulaciones. En contraste, los elementos clave tomados en cuenta por el BID y el Banco Provincia son más ilustrativos respecto de su análisis de las pocas probabilidades de éxito de la Concesión de AGBA.

430. Conforme a la Carta Mandato firmada por AGBA y sus accionistas el 20 de febrero de 2001 (adjunta a la nota de AGBA del 10 de octubre de 2001)<sup>108</sup>, la estructura de financiamiento, dispuesta en función del mandato de BID para la participación en el financiamiento, subordinada del programa de inversiones de AGBA para el período 2001-2003 se dividía en dos tramos: un Préstamo A por hasta USD 52 millones que sería financiado por el BID, y un préstamo B por hasta USD 113 millones que sería cofinanciado por otros prestamistas comerciales.

431. El BID había ordenado la realización de un proceso de debida diligencia, que dio como resultado la elaboración del Informe Halcrow. Previo a una reunión en Buenos Aires que se celebró el 19 de junio de 2001, el BID compartió con AGBA los resultados de una revisión preliminar de su nota del 7 de junio de 2001 (RA-240). Allí se

---

<sup>108</sup> Anexo 184 a Giacchino/Walck I.

identificaban algunas cuestiones importantes que se habían caracterizado como críticas o perjudiciales para la solicitud del préstamo en las circunstancias imperantes. Algunos extractos bastan para entender que no había esperanza alguna de obtener un préstamo como el solicitado por AGBA:

“Las metas de expansión de cobertura parecen muy ambiciosas pudiendo afectar negativamente la factibilidad financiera del proyecto”.

“El BID quisiera expresar su preocupación con respecto a las posibles consecuencias que podría acarrear pasar bruscamente de un régimen tarifario no medido a un régimen tarifario medido, en un entorno como el que caracteriza a la concesión de AGBA”.

“El BID ha realizado una revisión preliminar del contrato y ha identificado áreas en las cuales considera que se requiere efectuar ajustes y aclaraciones”.

“El BID observa que el contrato otorga facultades importantes al ORAB y que éste puede ejercer con amplia discrecionalidad sin atenerse a procedimientos ni plazos preestablecidos”.

“El Banco considera que las cláusulas de ajuste tarifario del contrato no reflejan adecuadamente la automaticidad que deben tener las correcciones tarifarias por inflación”.

“El Capítulo 12... no es suficientemente claro en sus conceptos, ni tampoco prevé procedimientos ni plazos a cumplir por las partes para el ejercicio de sus derechos y facultades previstos en este capítulo del contrato de concesión. En particular, el Banco considera la necesidad de definir con claridad el concepto de equilibrio económico y financiero de la concesión, y que el mismo debe estar vigente “en todo momento”.

En conclusión, enfatizando la importancia de esas cuestiones, el BID le manifestó a AGBA “estos temas son de la mayor importancia para el óptimo funcionamiento de la concesión”. Ello debe haber significado que de no realizarse las modificaciones que implícitamente se requerían, el BID no avanzaría con la solicitud de préstamo.

432. El esperar un cierre de las negociaciones con el BID en septiembre de 2001 parecería ser totalmente irrealista a la luz del hecho que explica el Testigo Hernando al Tribunal, de que tras una reunión celebrada en Washington en octubre de 2001, el BID puso fin a todas las negociaciones con AGBA y con la Argentina en general<sup>109</sup>, tras haber completado solo una de las tres secciones del proceso de debida diligencia (aquella relativa al ente regulador) que se había iniciado en marzo de 2001<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> TR-S, Día 3, págs. 650/8-15, 651/4-7.

<sup>110</sup> TR-S, Día 3, págs. 647/5-648/18; Hernando, párr. 44. Las Demandantes mantienen la meta de septiembre de 2001, “incluso un mes antes”, en su Escrito Posterior a la Audiencia (párr. 40), ignorando las

433. El Tribunal se ve inclinado a rechazar la Declaración del Sr. Bes como Testigo, dada su ocupación anterior como asesor de la Argentina y su limitado conocimiento de los hechos relativos a la solicitud de préstamo presentada por AGBA ante el BID. No obstante ello, el Tribunal considera que la información provista por Bes en el sentido de que una solicitud de préstamo de la magnitud del solicitado, en la cual más de dos tercios de los recursos provenían de acreedores comerciales externos al BID, habría requerido un período de procesamiento mínimo de 20 meses. Por lo tanto, adoptando una postura optimista, solo se podría haber esperado la aprobación del préstamo a mediados de 2002. En otras palabras, para poder alcanzar la aprobación a mediados de 2001, el proceso debió haber comenzado en octubre de 1999, y no en octubre del 2000. Bes declaró ante el Tribunal que la carta del BID del 7 de junio de 2001 (RA-240) “está prendiendo algunas luces rojas” y que el préstamo no había avanzado desde entonces, y que jamás se elevó al Directorio del BID<sup>111</sup>. No hay necesidad de que ningún testigo confirme esta información: surge de la mera lectura de la nota y del hecho de que el BID jamás otorgó préstamo alguno. La información presentada al Tribunal también refleja simple buen juicio, en el sentido de que Bes, por ejemplo, manifestó que al analizar el financiamiento de un proyecto como el préstamo de AGBA “cuando hay un préstamo de este género hay que asegurarse de que, sea cual fuera la inversión, tiene que haber un financiamiento total disponible para todo el proyecto” y “que no se pueden despedazar por trocitos”. Para un préstamo de estas características, el BID debía garantizar que la inversión se financiara por completo, lo que significa “financiamiento total disponible para todo el proyecto” y que “el otorgamiento del crédito depende de la solvencia de los patrocinadores, y esto depende de su capital”<sup>112</sup>. Por supuesto, una institución crediticia no financiará partes de un proyecto si no se ha obtenido el financiamiento del resto del proyecto. Por consiguiente, al plantear que AGBA no contaba con el capital para financiar la expansión de las obras y que los accionistas no estaban dispuestos a aportar fondos propios o de terceros distintos del BID, simplemente no había ninguna posibilidad para el proyecto de obtener un préstamo del BID en el futuro.

434. El memorando del Banco Provincia del 5 de marzo de 2001 (RA-243) concluyó que la reacción al escenario al momento de la solicitud de financiamiento era “más improbable y pesimista”. Señalaba que los accionistas de AGBA no estaban dispuestos a otorgar garantías por el préstamo solicitado y que los ingresos de AGBA no garantizaban la devolución. Un informe interno al Gerente del Banco del 15 de marzo de 2001 (RA-178) explicaba que las incertidumbres respecto del financiamiento externo y las inconsistencias en la presentación de un proyecto que exigía una inversión de más de USD 233 millones, mientras que los recursos de la empresa se limitaban a los ingresos

---

declaraciones del Testigo Hernando respecto del proceso de debida diligencia del BID y de la imposibilidad de AGBA de ofrecer un *Arranger* para el Préstamo B, como se explica a continuación.

<sup>111</sup> TR-S, Día 2, págs. 566/22-567/1, 571/3-6.

<sup>112</sup> Ver TR-S, Día 2, págs. 564/13-565/7. La última cita proviene de la versión en inglés de la Transcripción (Día 2, pág. 197/3-6) traducida al español por el Tribunal ya que la cita se omite en la transcripción en español.



derivados de servicios por un monto de USD 15 millones en el 2000 determinaban que la respuesta sería negativa. La falta de certidumbre de obtener los fondos para solicitar el préstamo puente solicitado era crítica en tal sentido<sup>113</sup>.

435. Las Demandantes intentan trasladar a la Provincia y al Organismo Regulador la responsabilidad por el fracaso en la obtención del préstamo del BID. Su posición es que la denegación del BID “guardaba relación con el accionar del Concedente y el Organismo Regulador”; haciendo referencia al informe Halcrow que menciona como hipótesis que el experto tenía “inquietudes” o “preocupaciones” sobre la eficiencia del ORAB en calidad de regulador. Si bien esto puede haber constituido una preocupación para el consultor del Banco, no deja de ser un supuesto vago e hipotético. Surge de la lectura de los pasajes principales del Informe que las dudas de Halcrow respecto del otorgamiento del préstamo se basaban mucho más en la operación de la Concesión y la eficiencia de AGBA. Las Demandantes no aportan ninguna prueba del argumento amplio de un manejo poco profesional de la Concesión por parte del ORAB (a excepción de los argumentos de violaciones específicas del Contrato de Concesión, mayormente infundadas, tal como surge del Capítulo IV *supra*). No hay fundamentos que permitan afirmar que el Concedente y el Organismo Regulador habían tomado “medidas” perjudiciales para la aprobación del préstamo.

436. Los Estados Financieros de AGBA para el año 2000 (CU-27) señalan que en los meses posteriores a febrero de 2001, en los que se aprobó la Carta Mandato del BID, se habían realizado varias reuniones con representantes de AGBA, sus accionistas y el BID, en Washington D.C. y Buenos Aires. En junio de 2001, una misión de alto rango del BID había visitado Buenos Aires e invitaron a una reunión a funcionarios del ORAB y de la Provincia, a la que el ORAB asistió pero no las autoridades provinciales<sup>114</sup>. AGBA no expresó ninguna crítica al recordar, en su nota al ORAB del 17 de julio de 2001 (RA-192, CU-135), que “en ocasión de la última visita de funcionarios del Banco a la Argentina, el 19 de junio del corriente año, el ORAB tuvo oportunidad de participar de reuniones de trabajo en la ciudad de La Plata con el objeto de intercambiar opiniones con los funcionarios del Banco sobre distintos aspectos de la Concesión y el marco contractual en que se prevé su desenvolvimiento, en el contexto de las evaluaciones y estudios previos, necesarios para la efectivización del préstamo en curso”. AGBA reiteró la misma observación en su nota del 10 de octubre 2001<sup>115</sup>, agregando que la Subsecretaría de Servicios Públicos también participó en esas reuniones y que, por tanto, se podría haber enterado sobre las principales inquietudes del BID respecto de la Concesión<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> El Testigo Cerruti explica en la audiencia que el préstamo puente fue rechazado de inmediato por el Banco, en una conversación telefónica; TR-S, Día 1, págs. 238/3-4, 244/11-14, 244/21-245/7. El Banco luego sugirió elaborar un financiamiento del proyecto para una porción del proyecto, que también fue rechazado. TR-S, Día 1, págs. 235/11-17, 238/5-9, 242/15-17.

<sup>114</sup> Cerruti I, párr. 44.

<sup>115</sup> Anexo 184 a Giacchino/Walck I.

<sup>116</sup> La misma información se incluye en el Anexo A de la nota de AGBA del 28 de junio de 2002 al ORAB

437. Debe presuponerse que, en efecto, se invitó al Concedente junto con el ORAB a la reunión del 19 de junio de 2001 con el BID<sup>117</sup>. Sin embargo, no se ha explicado qué rol habría tenido un representante de la Provincia en esa ocasión. Por supuesto, como lo explicó el Testigo Cerruti ante el Tribunal, “el BID hubiera visto con agrado la sola presencia de la Provincia escuchando sus observaciones, sus inquietudes en relación con el proceso”<sup>118</sup>. Sin embargo, estas observaciones se podrían haber transmitido a la Provincia sin necesidad de que sus representantes estuvieran presentes en la reunión. El Testigo Cerruti no explicó qué esperaba AGBA de su presencia, ni consideró que los representantes tuvieran otro papel que el escuchar lo que tenía para decir el BID. Agregó en la audiencia “el Concedente... tampoco estuvo presente. Eso no ayudó”<sup>119</sup>. El Testigo explicó que no se habían elaborado actas y que no recordaba que se hubieran tomado notas<sup>120</sup> como uno esperaría de una reunión tan importante para la evaluación de un préstamo de esta magnitud.

438. El Testigo Cerruti explicó ante el Tribunal que el comité de financiamiento que representaba a los accionistas de AGBA definía las políticas que adoptaría AGBA, la cual recibía las instrucciones<sup>121</sup>. El mismo comité negoció con el BID o estaba a cargo de la “gestión del día a día con el BID”<sup>122</sup>. Por consiguiente, el comité operaba dentro del círculo cerrado de sus integrantes. No se han presentado pruebas ante este Tribunal de que el comité entabló o intentó entablar relaciones con la Provincia o con el ORAB para solicitar su participación en las negociaciones con el BID. Por consiguiente, parece poco realista esperar el apoyo del Concedente mediante una simple invitación a una reunión en donde no se discutiría ningún asunto relacionado con las políticas de AGBA y sus accionistas.

439. El Tribunal señala también que para culpar a la Provincia o al Organismo Regulador, por no demostrar suficiente interés en las negociaciones de AGBA se necesitaría al menos haber consultado a las autoridades y haberlas puesto al tanto del intercambio de opiniones con el BID y el Banco Provincia. En el expediente del arbitraje no obran documentos que reflejen ningún esfuerzo de este tipo. La nota del 17 de mayo de 2001 solicitaba la activa cooperación del Concedente “en aquellos aspectos que puedan resultar de su competencia”, que eran limitados dado que la responsabilidad de obtener el financiamiento necesario recaía sobre la Concesionaria. La Carta Mandato había sido

---

(CU-104, 118).

<sup>117</sup> Testigo Cerruti, TR-S, Día 1, pág. 171/7-10, Día 2, págs. 306/4-7, 307/16-18. En su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes afirman que la nota del 17 de mayo de 2001 (párr. 64) contenía una invitación de asistir a esta reunión. Eso no es cierto. La nota no hace referencia a ninguna reunión. En ella, simplemente se solicitaba “la activa cooperación del Concedente en el actual proceso de gestión de la financiación ante el BID”.

<sup>118</sup> Ver TR-S, Día 1, pág. 171/16-20.

<sup>119</sup> TR-S, Día 1, pág. 214/12-17.

<sup>120</sup> TR-S, Día 2, págs. 306/18-307/11.

<sup>121</sup> TR-S, Día 2, págs. 325/7-21, 327/10-12.

<sup>122</sup> TR-S, Día 2, págs. 325/19-21, 328/11-15

suscrita entre AGBA y sus accionistas y el BID. El cronograma indicativo del BID no hacía mención a la participación de ningún organismo público (CU-312). Las notas del 5 y 6 de febrero de 2001, mediante las cuales AGBA informó al Banco Provincia de las negociaciones con el BID, no hacían referencia al ORAB ni a la Provincia, ni se remitieron a esas entidades (CU-314, 315). La correspondencia de la Provincia indica que hasta mediados de 2002, los documentos disponibles (incluida la traducción al español de la Carta Mandato) aun resultaban insuficientes para permitir una opinión positiva<sup>123</sup>.

440. En el mismo espíritu, la afirmación de las Demandantes de que la falta de experiencia e independencia del Organismo Regulador fue el motivo por el cual el BID rechazó la solicitud de financiamiento de la Concesión de AGBA carece de sustento probatorio<sup>124</sup>. Cuando las Demandantes afirman que la falta de experiencia del Organismo Regulador (ORAB) fue un hecho ajeno al riesgo comercial que claramente afectó las posibilidades de AGBA de obtener financiamiento, no ofrecen ninguna prueba de que el ORAB no tenía la experiencia necesaria o de que fue esa la causa de la denegación del crédito solicitado. El Tribunal también nota que ni el BID ni el Banco Provincia manifiestan que el préstamo se haya negado por el accionar del ORAB o del gobierno federal o provincial. El Tribunal señala asimismo que el Informe Halcrow (CU-209) no se puede citar como prueba en este punto, ya que en las secciones que fueron presentadas al Tribunal (3 y 4) incluye un análisis regulatorio y técnico, pero no financiero. No establece conexión entre la actividad del ORAB y los esfuerzos destinados a obtener financiamiento externo.

441. Las Demandantes citan las inquietudes planteadas en relación con la Concesión de AZURIX. El ORAB era el ente regulador a cargo de fiscalizar las Concesiones de AGBA y de AZURIX. Esta mera coincidencia no basta como prueba de que la evaluación del préstamo a AGBA por parte del BID se vio afectada por las preocupaciones relativas al ORAB<sup>125</sup>. En todo caso, la afirmación de las Demandantes de que la falta de compromiso del ORAB fue uno de los factores principales que provocaron la denegación del préstamo de la OPIC a AZURIX no es correcta. La carta del OPIC del 21 de septiembre de 2001<sup>126</sup> no hace mención de tal incumplimiento. Indica una falta de clara definición del rol y de las responsabilidades del ORAB y subraya la falta de avance en cuestiones claves, relacionadas a la fijación de tarifas y gastos de capital, indicando que por ello no podía avanzar con un posible financiamiento.

---

<sup>123</sup> Notas de enero, del 11 de abril y del 13 de mayo de 2002: Anexos 185, 188 y 187 to Giacchino/Walck I.

<sup>124</sup> Los Expertos de las Demandantes tampoco aportan demasiado, ya que se limitaron a observar que “la Provincia no tomó medidas para respaldar la solicitud de crédito de AGBA” (Giacchino/Walck II, párr. 38) sin hacer referencia a ningún hecho, documento o prueba de ningún tipo.

<sup>125</sup> Por otra parte, la referencia de la Demandada a la Decisión sobre Responsabilidad dictada el 29 de diciembre de 2014 en el caso *Hochtief AG c. La República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/31, párr. 321, donde se concluye que la Argentina no era responsable por la frustración de una solicitud de préstamo ante el BID, no resulta determinante en este caso, dado que prácticamente no existe la posibilidad de comparación alguna entre los hechos de uno y otro caso.

<sup>126</sup> Anexo 295 a Giacchino/Walck II.

442. Las Demandantes han presentado muchos argumentos para explicar que el Concedente y la Provincia y factores externos a la crisis económica fueron los motivos por los cuales se rechazó la solicitud de crédito de AGBA. No obstante, parecen no aceptar que el éxito en obtener financiamiento de terceros formaba parte del riesgo empresario de AGBA, y que, por lo tanto, era su responsabilidad. Las Demandantes deben aceptar que su afirmación de que AGBA habría tenido acceso a financiamiento si se hubiera restaurado la ecuación económico-financiera del Contrato durante la vida de la Concesión, no explica ni justifica el no haber provisto el financiamiento necesario en los primeros años de la Concesión.

443. El incumplimiento de AGBA de realizar las inversiones necesarias obteniendo financiamiento de terceros se remonta al momento en que se hizo cargo de la concesión. El Plan de Negocios de las Oferentes de junio de 1999 disponía una inversión de USD 264 millones en los primeros cinco años. Por consiguiente, los inversores eran conscientes de la necesidad de dar los primeros pasos necesarios para obtener dicho financiamiento inmediatamente, el día después de la adjudicación de la Concesión, es decir, el 7 de diciembre de 1999, dado que la primera parte de dichos recursos debía estar disponible al inicio de la Concesión. Ello no sucedió.

444. El Testigo Hernando explica que CABB llevó a cabo diversos análisis de financiamiento antes del llamado a licitación. Algunas instituciones, tales como el Banco Bilbao Bizkaia, el Banco Santander, el Instituto de Crédito Oficial, la Corporación Financiera Internacional y el Banco Mundial, demostraron interés en el proyecto<sup>127</sup>. Finalmente, el comité de finanzas conformado por los representantes de los accionistas de AGBA decidió no solicitar préstamos a estos bancos<sup>128</sup> y consideró más conveniente solicitar un préstamo al BID<sup>129</sup>.

445. En la audiencia, la cuestión ya se había planteado antes de que se le preguntara al Testigo Cerruti si podía confirmar si AGBA y sus accionistas habían realizado esfuerzos para garantizar financiamiento antes de contactar al BID. El Testigo, responsable de manejar las relaciones con el BID<sup>130</sup>, no confirmó nada. El Testigo explicó que AGBA había elaborado un Plan de Negocios y un Memorándum Informativo poco después de la Toma de Posesión<sup>131</sup>. Al mismo tiempo, los accionistas de AGBA designaron un comité de financiamiento que se dedicó a explorar el mercado de capitales a inicios del año 2000<sup>132</sup>. En octubre del 2000, el BID accedió formalmente a analizar la posibilidad de

---

<sup>127</sup> Hernando, párrs. 29-31; TR-S, Día 3, págs. 612/20-613/10.

<sup>128</sup> TR-S, Día 3, págs. 614/2 - 617/2.

<sup>129</sup> TR-S, Día 3, págs. 616/19-617/2.

<sup>130</sup> Cerruti I, párr. 42.

<sup>131</sup> Cerruti I, párr. 39.

<sup>132</sup> Cerruti I, párr. 41. El Testigo confirmó en la audiencia que este comité estaba integrado por los directores de finanzas (CFO) de las empresas controlantes de los accionistas de AGBA; TR-S, Día 1, págs. 198/20-199/5.

financiar los planes de expansión de AGBA<sup>133</sup>. Cabe concluir de esta declaración que no hubo contactos con otras instituciones, o bien que no fueron fructíferos.<sup>134</sup> El Testigo Cerruti señala asimismo que en enero de 2001, se entregaron al BID el Plan de Negocios de AGBA y el Memorándum Informativo para su consideración. La Carta Mandato se celebró después de la aprobación del primer POES Quinquenal, en febrero de 2001<sup>135</sup>. Este plazo demuestra que se hizo contacto con el BID en octubre del 2000, antes de la aprobación del POES. AGBA solicitó un crédito puente al Banco Provincia “hacia comienzos de 2001”<sup>136</sup>.

446. Las Demandantes no hacen referencia a ningún intento de obtener financiamiento externo cuando Argentina estaba camino a recuperarse de los peores momentos de la crisis y de la emergencia. Las primeras señales positivas y optimistas comenzaron en 2003<sup>137</sup>. AGBA parece no haber dedicado todos sus esfuerzos a obtener financiamiento mediante préstamos de instituciones internacionales, mientras le solicitaba a la Provincia que abriera un proceso de renegociación que le permitiría asentar la Concesión en bases sólidas. Esto se puede explicar por su estrategia en la renegociación de cobrar a la Provincia las inversiones en la red y monitorearlas a través de un fideicomiso. Sin perjuicio de ello, había crédito en ese momento. En 2003 se creó un programa nacional, que comenzaría a principios de 2004 para la construcción de plantas de tratamiento de desagües cloacales y las redes de recolección de nueve distritos alrededor del Río Reconquista en el Gran Buenos Aires, que incluían cinco distritos del Área de Concesión de AGBA. En el ámbito nacional, se hizo una inversión de ARS 275,7 millones, que se hizo con un préstamo del Banco de Inversión y Comercio Exterior (BICE). La Provincia asumió la responsabilidad para la construcción de otra parte de la red para servir a 870.000 habitantes que debían incorporarse al servicio de desagües cloacales, que comportaba una inversión de ARS 160 millones de préstamos otorgados por el Banco Mundial, partidas presupuestarias e ingresos acumulados en el Fondo de Fideicomiso para Infraestructura administrado por la Provincia<sup>138</sup>. Mediante una nota del Ministerio de Infraestructura Vivienda y Servicios Públicos del 29 de enero de 2004 (CU-141), se invitó a AGBA a una reunión para analizar el avance de las obras a realizarse en los distritos ubicados en el Área de Concesión de AGBA.

447. Cabe destacar también que el tramo B del préstamo del BID de USD 115 millones requería la selección de un Estructurador para el Préstamo B, tal como se indicaba en la

---

<sup>133</sup> Cerruti I, párr. 42.

<sup>134</sup> Cerruti I, párr. 41, hace referencia al Banco Europeo de Inversiones (BEI) y el brazo del Banco Mundial para el Sector Privado (CFI). En la audiencia, también explicó que representantes de la CFI habían realizado una breve visita a Buenos Aires a mediados del año 2000; TR-S, Día 1, págs. 200/14-201/11. Al saber del testigo, ni el BEI ni la CFI otorgaron préstamos en 2000 y 2001; TR-S, Día 1, págs. 202/22-203/12.

<sup>135</sup> Cerruti I, párr. 43.

<sup>136</sup> Cerruti I, párr. 48.

<sup>137</sup> Ver Eichengreen, párr. 27; TR-S, Día 5, pág. 1398/1-14.

<sup>138</sup> Ver anuncio público del 20 de agosto de 2003 (CU-71).

Carta Mandato (No. 4). A tal fin, la Empresa debía seleccionar una institución financiera, previa consulta con el BID. El Estructurador debía realizar la debida diligencia junto con el Banco, para la selección de los acreedores comerciales. De conformidad con el Cronograma Indicativo (CU-312), la identificación del Estructurador debía realizarse a las 4 semanas desde el “análisis preliminar”, dentro de un período de dos semanas, seguido por la selección del Estructurador en las últimas 8 semanas del programa. Sin embargo, el Testigo Hernando declaró ante el Tribunal en la audiencia que no recordaba que AGBA hubiera seleccionado ningún banco como acreedor para el tramo B<sup>139</sup>. Se mantuvieron contactos con el Banco Santander y el Banco Bilbao Bizkaia, pero “no se llegó a formalizar la operación con ninguno de ellos”<sup>140</sup>. Recordó que se había hecho mención a esta selección en las conversaciones con el BID, en las reuniones de Washington y Buenos Aires pero “no se llegó a formalizar como no se llegó a formalizar al final nada con el BID tampoco”<sup>141</sup>. Igualmente, no se podía proceder con “esa formalización por las circunstancias sobrevenidas no se pudo llevar a cabo ni con el BID ni con ningún banco comercial”<sup>142</sup>. El Tribunal concluye sobre la base de esta información que por la fecha en que se firmó la Carta Mandato, el 20 de febrero de 2001, y el Cronograma Indicativo, el Estructurador del Tramo B del Préstamo debió haberse identificado en la primera semana de abril, y seleccionado en los dos meses luego de la tercera semana de abril de 2001, con lo cual llegamos prácticamente a la fecha en que mediante la nota del 17 de mayo de 2001, se informó a la Provincia que AGBA no había tenido éxito en la obtención del financiamiento de la Concesión. Este fracaso incluía también el no haber designado el estructurador del Tramo B, que era un paso necesario para poder seguir adelante con el procesamiento de la solicitud del préstamo del BID<sup>143</sup>. En su nota del 17 de julio de 2001 al ORAB (CU-135, RA-192), AGBA reconoció que había un “impase” en tal sentido y, en consecuencia, era imposible el cierre de dicha operación. Esto también permite concluir que las Demandantes y sus Expertos<sup>144</sup>, en sus

---

<sup>139</sup> TR-S, Día 3, pág. 629/7-8.

<sup>140</sup> TR-S, Día 3, pág. 629/9-13.

<sup>141</sup> TR-S, Día 3, pág. 629/17-20.

<sup>142</sup> TR-S, Día 3, pág. 630/5-7.

<sup>143</sup> En respuesta a una pregunta del Abogado de las Demandantes, el Testigo Hernando confirmó que el BID jamás había dicho que el hecho de que el préstamo no se había otorgado se debía a que no había nadie dispuesto a financiar el tramo B del préstamo; TR-S, Día 3, págs. 638/21-639/3. Esta afirmación no lleva a ninguna conclusión útil: la aprobación del BID por parte del Directorio del BID y los Acreedores del Tramo B estaba programada para seis semanas después de transcurridas las primeras 16 semanas de evaluación (fines de junio de 2001), pero el Testigo Bes declaró, sin contradecirse, que el proyecto jamás llegó al punto de ser evaluado por el Directorio del BID. No se podía esperar ninguna respuesta específica respecto del motivo por el cual las negociaciones no llegaron a buen puerto. Tal como dijo el Testigo, se vieron interrumpidas (TR-S, Día 3, págs. 630/7-8, 650/8-10, 651/4-6).

<sup>144</sup> Los Expertos (Giacchino/Walck I, párr. 167) expresan su opinión de que el proceso de la solicitud de préstamo ante el BID no concluyó en 2001 porque había comenzado demasiado tarde (después de la demora del ORAB en la aprobación del primer POES Quinquenal). En la audiencia, admitieron que no tenían conocimiento de la documentación presentada al BID (TR-S, Día 6, págs. 1603/20-1604/1, 1607/4-7, 1608/2, 1666/18-22, 1730/8-1731/12). No estaban al tanto del proceso de debida diligencia del BID que no había concluido en octubre de 2001 y que no lo habían solicitado (TR-S, Día 6, págs. 1732/12-1733/15). Tampoco hacen referencia al hecho de que AGBA no había designado el *Arranger* para el Préstamo B para garantizar dicho tramo.

escritos, no han logrado establecer una conexión entre la denegación del préstamo del BID y el comportamiento o profesionalismo de los representantes del Concedente o del Organismo Regulador.

448. En todo caso, incluso si presuponemos que AGBA realizó sus mejores esfuerzos para tener éxito en su solicitud de préstamo ante el BID, y que fracasó por motivos que no le resultan imputables, a ella o a sus accionistas, y que tenía motivos para no seguir buscando financiamiento cuando se produjo un cambio de política y que la responsabilidad de las inversiones pasó a ser compartida con la Provincia, esta situación no exime a AGBA de su responsabilidad general de aportar el financiamiento necesario asumida en virtud del Contrato de Concesión.

### 3. *Falta de aportes adicionales de los accionistas*

449. Las Demandantes no niegan no haber aportado financiamiento adicional o complementario propio, por encima de sus tenencias accionarias originales, a fin de proveer a AGBA los fondos necesarios para mejorar la base financiera esencial para el desarrollo de la red. El Experto de las Demandantes, Walck, confirmó en la audiencia que su modelo no incluía la realización de aportes de capital por los accionistas, además de los USD 45 millones iniciales, antes de la finalización de la Concesión en el año 30<sup>145</sup>. Cuando se enfrentó a la renuencia de las instituciones financieras internacionales a otorgar créditos, AGBA no solicitó a sus accionistas que aportaran más fondos, tal como lo señalara el Testigo Hernando en la audiencia<sup>146</sup>.

450. La Demandada señala que las Demandantes no consideraron, en ningún momento, la posibilidad de invertir fondos propios como respuesta a la falta de financiamiento.

451. Las Demandantes aportaron muy poca información en sus escritos sobre la participación de los accionistas y sus representantes en los aspectos financieros de las operaciones de AGBA. En función de las pruebas presentadas, este Tribunal debe concluir que la negativa a aportar fondos adicionales fue absoluta y categórica.

452. Tal comportamiento negativo se extendió al punto de que los accionistas de AGBA se negaron a ofrecer una garantía por el crédito puente de USD 40 millones solicitado al Banco Provincia a principios de 2001. Este fue uno de los principales puntos mencionados en un memorando remitido por dicha institución a AGBA el 5 de marzo de 2001 (RA-243), tras una reunión con el Sr. Cerruti y el Sr. Blanco, representantes de AGBA. La evaluación del Banco se basaba en la falta de aportes adicionales de los accionistas y el hecho de que los ingresos proyectados de AGBA por los servicios prestados a usuarios de la red eran insuficientes.

---

<sup>145</sup> TR-S, Día 6, págs. 1578/20-1579/6.

<sup>146</sup> TR-S, Día 3, pág. 693/8-12.

453. Los accionistas debían saber que, en las primeras etapas de la Concesión, sus propios recursos financieros serían la única forma de garantizar las inversiones necesarias. De hecho, las Demandantes afirman que no era posible presentar una solicitud formal al BID hasta febrero de 2001, cuando se aprobó el primer POES Quinquenal. Incluso si compartiéramos la optimista presunción de las Demandantes de que era posible obtener un préstamo del BID para principios de septiembre de 2001, aún existiría un periodo sin cobertura financiera entre la fecha de Toma de Posesión, el 3 de enero del 2000, y el supuesto otorgamiento del préstamo del BID, durante el cual el único recurso de AGBA era el capital de sus accionistas, ya que el Banco Provincia se había negado a otorgar un crédito puente hasta que se confirmara el préstamo del BID. Dicho periodo comprendía la mayor parte de los dos primeros años del POES Quinquenal, para los cuales se había proyectado una inversión acumulada de USD 87.760.800. Esto indica que era necesario que AGBA aportara una gran cantidad de fondos para los que no era previsible otra fuente que el financiamiento de los accionistas<sup>147</sup>.

454. Las Partes concuerdan en que el financiamiento del proyecto debía dividirse entre deuda y capital en una proporción aproximada de 70/30. Dada una inversión total de USD 730 millones, la porción correspondiente al capital sería de 219 millones y, para el periodo de cinco años, una inversión de 230 millones habría requerido 69 millones en capital. Todos estos montos son significativamente mayores al monto suscrito por los accionistas, de USD 45 millones. El Testigo Hernando explicó que la proyección inicial preveía la integración del capital restante por medio de las ventas a los usuarios, de conformidad con el plan de negocios de AGBA y con el POES<sup>148</sup>. Si no se hubieran cumplido las previsiones inicialmente estimadas, se podrían haber hecho nuevos aportes por parte de los accionistas o haber pedido nuevos préstamos<sup>149</sup>. Sin embargo, no se previeron ni se registraron más aportes de capital por parte de los accionistas<sup>150</sup>. En opinión del Testigo, esto se debió a las mismas razones que para las entidades financieras aconsejaban no otorgar nuevos préstamos: la dramática modificación de la situación económica en Argentina y el hecho de que las posibilidades que había de recuperar la inversión eran mínimas o ninguna<sup>151</sup>.

455. Cuando se le solicitó que aportara datos más específicos sobre las futuras inversiones de capital de los accionistas en su Sociedad, el Testigo Hernando explicó que la concesión en el año 2002 estaba caída. Se había roto completamente el equilibrio económico, al punto que “no tenía ningún sentido que los accionistas en aquellas

---

<sup>147</sup> También cabe recordar que la cobrabilidad de las facturas era tan baja en ese momento que no era posible tomar en cuenta el ingreso generado por los usuarios en relación con futuras inversiones en la red.

<sup>148</sup> TR-S, Día 3, págs. 682/11-683/15, 685/19-686/15. Las Demandantes mencionan que AGBA esperaba obtener los 20,9 millones restantes a través de la prestación del servicio (Escrito Posterior a la Audiencia, párr. 32).

<sup>149</sup> TR-S, Día 3, pág. 683/16-19.

<sup>150</sup> TR-S, Día 3, pág. 684/1-13.

<sup>151</sup> TR-S, Día 3, págs. 684/14-685/2.



condiciones siguieran haciendo aportes de capital”<sup>152</sup>. Las explicaciones del Testigo Hernando presentan dos lagunas: primero, un préstamo del BID por USD 165 millones no habría permitido cubrir un índice de endeudamiento del 70% respecto de una inversión esperada de USD 540 millones para los primeros 15 años de la Concesión<sup>153</sup>. Segundo, tampoco era posible alcanzar un ratio de capital del 30% sin financiamiento adicional de los accionistas y en función únicamente del ingreso generado por la Concesión según se proyectó originalmente.

456. La política elegida por CABB (que se opuso desde 1999 a proporcionar cualquier financiamiento propio) y expresada en las disposiciones del Convenio de Accionistas, que consistía en dar escasa prioridad a los fondos de accionistas, era claramente incompatible con la clara necesidad de realizar una importante y temprana inyección de fondos en la Concesión. Los accionistas actuaron de conformidad con las directivas establecidas en su Convenio, sin importar la incapacidad de AGBA para cumplir plenamente con los compromisos asumidos en virtud del Anexo F del Contrato de Concesión y las resultantes dificultades para cumplir con el primer POES Quinquenal. Esta situación empeoró considerablemente cuando se descubrió, en 2001, que era difícil y eventualmente imposible obtener financiamiento externo, como resultado de la crisis y de la renuencia de los accionistas a prestar apoyo propio, a través de financiamiento directo o garantías<sup>154</sup>.

457. La cobrabilidad de las facturas era tan baja en ese momento que no debía tomarse en cuenta ningún ingreso por servicios prestados a los usuarios a efectos de las inversiones en la red, o bien debían tomarse en cuenta ingresos muy reducidos por tal concepto. Es por ello que AGBA explicó, en su nota del 17 de mayo de 2001, que “estas elevadísimas tasas de incobrabilidad han afectado objetivamente la capacidad del Concesionario para afrontar las inversiones requeridas por el plan de expansión”. Si bien esto se presenta como un hecho, ciertamente es incorrecto en virtud de las condiciones del Contrato de Concesión. La nota explica esto en la misma sección en que se insiste en la necesidad de concretar negociaciones exitosas con el BID. Suma otra inconsistencia el guardar silencio respecto de cualquier contribución por parte de los accionistas. Estos recursos de financiamiento habrían compensado ampliamente la caída temporal en la tasa de cobrabilidad, para la cual la nota no ofrece más explicación que la incorporación de 80.000 usuarios no incluidos en el padrón de AGOSBA. La nota de AGBA no trata directamente la cuestión de las contribuciones de los accionistas.

---

<sup>152</sup> TR-S, Día 3, pág. 685/11-18.

<sup>153</sup> TR-S, Día 3, págs. 685/16-687/4.

<sup>154</sup> El Experto Walck dijo al Tribunal en la audiencia que, en su opinión, AGBA no tenía ninguna alternativa de financiamiento viable en el otoño de 2001, y que no tenía conocimiento de que AGBA hubiera obtenido ningún financiamiento bancario en los años 2000 y 2001 (TR-S, Día 6, págs. 1583/19-1584/18).

458. Habría sido posible arrojar más luz sobre la Posición de los Accionistas si el Tribunal hubiera recibido más información sobre la aplicación efectiva del Convenio de Accionistas del 12 de julio de 1999 (CU-268). El Convenio establecía que los accionistas conformaban un conjunto, bajo un Directorio cuyos miembros integraban también el Directorio de AGBA (Artículo 5.1.1). Este Directorio debía reunirse con carácter previo a las reuniones de Asamblea y Directorio, para fijar el sentido del voto de los representantes de los accionistas en los órganos de AGBA (Artículo 5.1.1). Asimismo, se constituyó un Comité Ejecutivo para dirigir el giro habitual de la sociedad (Artículo 5.2), con la misión específica de “supervisar la gestión integral de la Sociedad [AGBA], en todos sus aspectos” (Artículo 5.2.2 (f)).

459. En su parte relevante, el Convenio establecía que los recursos financieros con que se haría frente a las necesidades de financiamiento de AGBA serían, en el orden de preferencia allí indicado, los siguientes: (a) financiaciones de terceros sin garantía de las Partes, (b) obligaciones negociables, o cualquier otro título representativo de deuda de AGBA, (c) financiaciones de terceros garantizadas por las Partes, (d) aportes de fondos de las Partes en calidad de préstamos financieros reintegrables (e) aportes de capital en las condiciones que establezca el Directorio del Conjunto (Artículo 4.3.1). Para el caso en que AGBA no obtenga en tiempo oportuno los recursos necesarios a través de los métodos de financiamiento previstos u otros alternativos, los accionistas debían realizar los aportes de fondos necesarios para asegurar el normal cumplimiento de las obligaciones de AGBA bajo el Contrato de Concesión (Artículo 4.3.3, 4.3.5). Esta estructura legal permite conocer un primer dato sobre el financiamiento de la Concesión durante el año 2000 y principios del año 2001: en ese entonces, la obtención de créditos bancarios externos era una opción seria y, dada la prioridad otorgada a dicha fuente de financiación por esta disposición del Acuerdo (inc. a, b y c), no se preveía necesariamente ninguna contribución por parte de los accionistas (inc. d y e).

460. El hecho de que los accionistas no pudieran obtener fondos de terceros no los exoneraba del deber de cumplir con las obligaciones de inversión. Si no era posible financiar estas obligaciones mediante deuda, debían hacerlo, independientemente de las prioridades establecidas en el Convenio de Accionistas, mediante aportes de capital de los inversores, incluyendo a las Demandantes. De cualquier forma, ambas Partes concuerdan que debería haber habido una inversión inicial sustancial y que esto no sucedió<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> Ver el alegato inicial de las Demandantes en la audiencia: “Esa coyuntura precisaría de importantes inversiones iniciales, pero la concesión tenía un plazo de duración de 30 años, por lo que tras una etapa inicial complicada, resultarían aún muchos años de explotación que permitirían compensar los sacrificios de la etapa inicial”. TR-S, Día 1, págs. 20/19-21/2. Ver también las declaraciones del Experto de la Demandada, Coloma: “[E]n ese momento era muy difícil que alguien pudiera conseguir financiamiento ajeno. Por lo tanto, el que estuviera dispuesto a entrar a esta concesión, tenía que tener el financiamiento propio, por lo menos para los primeros tres o cuatro años”. TR-S, Día 7, pág. 1981/16-21. Y en la misma línea: “Si tienen que cumplir el plan de inversiones necesitan financiamiento adicional. Los 45 millones no

461. Se delegaban al Directorio del Conjunto una serie de funciones enumeradas en el Artículo 5.1.3. En particular, el Directorio debía fijar — la política comercial, económica y financiera de AGBA (a), aprobar las políticas de las relaciones con el Concedente y/o los Poderes Públicos (b), aprobar los proyectos de reclamaciones, peticiones y renegociaciones de contrato (c), aprobar el presupuesto de AGBA, el plan de inversiones y el programa de avance de las obras (d) y aprobar el POES (f), así como también aprobar la determinación de los aportes de fondos que fueran necesarios para asegurar el normal desarrollo de la prestación de los servicios y la ejecución de las obras objeto del Contrato de Concesión (II), y los términos, condiciones y monedas en que cada una de las Partes debía efectuar y/u otorgar financiaciones directos (n). En general, las decisiones requerían una mayoría de, al menos, el 50% de las participaciones en el Conjunto (Artículo 5.1.4). En cuestiones relacionadas con el POES, era necesario el voto favorable del miembro de CABB presente, sin perjuicio de la posibilidad de someter la cuestión a un Tribunal *ad hoc* (Artículo 5.1.5). Toda decisión sobre la rescisión o modificación sustancial del Contrato de Concesión requería una mayoría de, por lo menos, el 90% del total de los accionistas en primera convocatoria o el 50% en segunda convocatoria (Artículo 5.1.6).

462. Finalmente, el Convenio establecía que estas disposiciones “prevalecerán en sustancia” en lo que hace a las partes que integran Conjunto por encima de cualquier estipulación del Estatuto de AGBA. Este mismo lineamiento era aplicable al proceso de toma de decisiones:

“Las PARTES comprometen todos sus derechos políticos como socios de la SOCIEDAD y a través de sus respectivos representantes en el Directorio y en la Asamblea de la misma, para la implementación de las decisiones tomadas por los órganos del CONJUNTO”. (Artículo 6)

Así, la estructura que los accionistas habían creado a través del Convenio de Accionistas y la creación de AGBA, establecía que las decisiones que excedieran el giro comercial habitual eran también decisiones tomadas por los órganos que representaban al conjunto de accionistas en sus relaciones internas.

463. Las Demandantes explicaron las disposiciones del Convenio de Accionistas por primera vez, en sus Escritos Posteriores a la Audiencia. Mencionan que el Convenio establecía “el compromiso de los socios para dotar de fondos a AGBA”<sup>156</sup>. Esto tenía por objeto “realizar todo aquello que resultara pertinente para financiar las operaciones de la Concesionaria”. Los aportes realizados por los accionistas de AGBA se mencionan tras observar que los compromisos de los accionistas “se cumplieron en tanto hubo posibilidad de hacerlo”<sup>157</sup>. Tras mencionar los eventos ocurridos desde 2001 y la falta de apoyo del

---

son suficientes para los 87 millones de los dos primeros años”. TR-S, Día 7, pág. 1986/18-21.

<sup>156</sup> Escrito Posterior a la Audiencia, párr. 50.

<sup>157</sup> *Ibíd.*, párr. 51.

Concedente y la Provincia en el proceso de renegociación, se concluye que estos hechos “aconsejaron seguir una actuación de elemental prudencia por parte de los accionistas de AGBA, dejando condicionadas aportaciones adicionales de capital a la culminación de la renegociación que resultó abruptamente interrumpida por el Concedente”<sup>158</sup>. En definitiva, las Demandantes arriban a la conclusión de que los accionistas se encontraron con que, al tiempo que el financiamiento externo se hacía imposible, las mismas circunstancias “les impedían aportar capital”<sup>159</sup>.

464. Las Demandantes omiten mencionar que el compromiso asumido por AGBA de realizar las inversiones necesarias de conformidad con el POES Quinquenal no dejaba ningún margen que permitiera condicionarlo o sujetarlo a consideraciones “elemental prudencia” como las mencionadas por las Demandantes en sus Alegatos. Las Demandantes ignoran lo inconsistente que resulta su afirmación de que solo la conclusión de la renegociación les permitiría prever un aporte de capital adicional, siendo que impulsaban simultáneamente a AGBA a alcanzar un acuerdo para una nueva Concesión que desplazaría la carga de la inversión hacia la Provincia, por lo que no habría sido necesario ningún nuevo aporte por los accionistas de AGBA.

465. Los Testigos Cerruti y Hernando mencionaron la existencia de una comisión financiera integrado por representantes de los accionistas de AGBA. El Testigo Hernando observó que este comité fue creado para “[encausar] la gestión de la financiación a través de la concesionaria”<sup>160</sup> y “ellos fueron los que orientaron cuáles eran las peticiones que se iban a hacer”<sup>161</sup>. El Testigo también mencionó los nombres de sus miembros: el Sr. Zucchini de Impregilo, José Zornoza y Carlos Reyero de Urbaser, y José Ignacio Llaguno en representación de CABB<sup>162</sup>. Confirmó que los miembros del comité representaban a los tres accionistas de AGBA<sup>163</sup> y explicó que estaban, específicamente, a cargo de obtener un préstamo<sup>164</sup>.

466. Las presentaciones del Testigo Cerruti aportan poca información sobre el papel de los accionistas en la gestión de AGBA. El Testigo pretendía que el Tribunal creyera que no recordaba los miembros del comité de financiamiento designados por los accionistas de AGBA<sup>165</sup>, con excepción del Dr. Zucchini, quien actuaba en representación de Impregilo<sup>166</sup>, a pesar de haber redactado un informe en el que afirmaba haber sido

---

<sup>158</sup> *Ibid.*, párr. 51.

<sup>159</sup> *Ibid.*, párr. 52.

<sup>160</sup> Hernando, párr. 11.

<sup>161</sup> TR-S, Día 3, pág. 614/14-15.

<sup>162</sup> TR-S, Día 3, pág. 617/5-13. La identidad de estos individuos ha sido confirmada en los Alegatos de Cierre de las Demandantes, TR-S, Día 9, págs. 2541/16-2542/2. Sobre el rol del Sr. Llaguno, ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, párr. 26.

<sup>163</sup> TR-S, Día 3, pág. 693/20-22.

<sup>164</sup> TR-S, Día 3, pág. 694/3-21.

<sup>165</sup> TR-S, Día 1, págs. 198/20-199/9; TR-S, Día 2, págs. 323/14-324/7.

<sup>166</sup> TR-S, Día 1, pág. 199/10-15; TR-S, Día 2, pág. 324/3-4.

“designado responsable, entre otras cosas, de las relaciones entre el comité de financiamiento y AGBA”<sup>167</sup> y de haberle dicho al Tribunal que participó en el financiamiento de los planes de la empresa en la Argentina, al menos en parte<sup>168</sup>. La principal explicación dada por el Testigo Cerruti es que él no era un miembro de este comité y que no participó en sus reuniones, y si bien las políticas eran determinadas por el comité, él no tenía ninguna función al respecto<sup>169</sup>. Él solo se encargó de la organización y la correspondencia necesarias para la celebración de algunas reuniones. Una vez que se definían políticas, éstas eran comunicadas a AGBA a través de su vicepresidente<sup>170</sup>. De igual forma, a pesar de que el Testigo afirmó que el comité de financiamiento se reunió con representantes del BID a principios de octubre de 2001 en Washington DC<sup>171</sup>, no pudo recordar ningún detalle de la reunión o si se tuvieron en cuenta las observaciones de Halcrow, y declaró: “Yo no estuve presente. Por lo menos no lo recuerdo”<sup>172</sup>. El Testigo Cerruti proporcionó poca información cuando se le preguntó sobre los aportes de capital esperados de los accionistas. Reconoció que las cuentas de AGBA muestran que las contribuciones de los accionistas seguían pendientes en 2001 y que el aporte de capital total realizado por éstos era de USD 45 millones, lo que representaba un 30% del financiamiento de AGBA<sup>173</sup>, pero dijo al Tribunal no encontrarse en posición de señalar la cifra correspondiente a los préstamos esperados por el 70% de dicho financiamiento<sup>174</sup>. Esta falta generalizada de información parece bastante sorprendente viniendo de un ejecutivo a cargo de las finanzas de la Sociedad.

467. El Tribunal observa, finalmente, que el pago del honorario de CABB como Operador Técnico de AGBA, resultaba del contrato celebrado entre estas dos partes. No constituye una disputa sobre la que este Tribunal tenga Jurisdicción. Al consultar los Estados Contables de AGBA, se observa que CABB solo recibió parte de su honorario, por lo que el monto restante era responsabilidad de AGBA. Esta cuestión fue resuelta a través del proceso de toma de decisiones societario, con la participación de CABB. El ORAB y la Provincia no tienen responsabilidad alguna a este respecto.

#### 4. *Los ingresos generados por la Concesión*

468. Uno de los principales argumentos de las Demandantes en este proceso se relaciona con el hecho de que la Provincia no le permitió a AGBA obtener un aumento substancial de tarifas ni implementar medidas para aumentar la tasa de cobrabilidad de las facturas de los usuarios, ni respaldó sus esfuerzos en ese sentido.

---

<sup>167</sup> Cerruti I, párr. 42, afirmación confirmada en la audiencia, TR-S, Día 1, pág. 203/13-18.

<sup>168</sup> TR-S, Día 2, pág. 310/12-15.

<sup>169</sup> TR-S, Día 2, págs. 324/13-326/20.

<sup>170</sup> TR-S, Día 2, págs. 326/13-20, 327/13-22.

<sup>171</sup> Cerruti I, párr. 45.

<sup>172</sup> TR-S, Día 1, pág. 216/21-217/8.

<sup>173</sup> TR-S, Día 2, pág. 322/5-13.

<sup>174</sup> TR-S, Día 2, pág. 323/2-10.

469. Estas dificultades ciertamente afectaron las perspectivas de recuperación de costos que AGBA y sus accionistas tenían desde el inicio de la Concesión. La situación se tornó entonces literalmente irremediable cuando no cabía más que reconocer que no era posible obtener más financiamiento de terceros y que los accionistas de AGBA no estaban dispuestos a aumentar su propia participación financiera en la Concesión.

470. La Demandada mencionó que la obtención de un valor positivo de la Concesión para la Zona B requería de estrategias de gestión de inversiones y gestión comercial. La ausencia de oferentes para la Zona B era una señal de que no se esperaba una tarifa positiva por la asignación de riesgos y utilidades.

471. La Demandada observa claras pruebas de que la Concesionaria solo restauró obras y no realizó ninguna extensión en el hecho de que, durante los dos primeros años de la Concesión, la Concesionaria había planeado invertir \$ 152.639.661 pero, dado lo expuesto en su balance general, solo invirtió \$ 13.267.632, es decir, 8,9% del monto esperado.

472. El Tribunal observa la discrepancia entre las inversiones determinadas para los dos primeros años en el POES (USD 16.728.800/2000, USD 71.032.000/2001) y el aumento de los activos registrado en el Informe y los Estados Contables de AGBA, de USD 7.446.322,81 para el año 2000 y USD 11.543.373,83 para 2001<sup>175</sup> (CU-27, 28).

473. Por lo tanto, cabe concluir que no había más fondos disponibles para invertir en la red que los obtenidos de los usuarios a través del pago de sus facturas. En otras palabras, AGBA mantuvo la continuidad de las inversiones en la medida de su disponibilidad de “fondos propios”<sup>176</sup>. Al explicar esta modalidad en el contexto más amplio de la Concesión, el Experto Lentini afirmó que no era suficiente con tener un resultado operativo positivo como perfil de financiamiento de esta concesión en los primeros años; el cumplimiento del plan de inversión requería financiamiento mediante fondos ajenos a la explotación del servicio. Esa era la estructura financiera del Contrato<sup>177</sup>. Los Expertos de las Demandantes afirman lo mismo con otras palabras: puede existir una concesión exitosa sin financiamiento por deuda, pero existe entonces un requisito de ingresos más alto<sup>178</sup>. Si no es posible aumentar los ingresos, es necesario emplear fuentes externas.

474. El Tribunal también observa que AGBA priorizó las obras en sectores que permitieran a la Sociedad obtener un mayor retorno sobre su inversión, tal como lo había dispuesto en su propuesta de primer POES Quinquenal de marzo del 2000 (CU-192).

---

<sup>175</sup> La discrepancia fue notada por el Experto de la Demandada, Lentini (TR-S, Día 5, pág. 1322/6-22) y confirmada por el Experto de las Demandantes, Walck (TR-S, Día 6, págs. 1573/8-1576/11).

<sup>176</sup> Nota de AGBA al ORAB del 28 de junio de 2002, Anexo A (CU-104, 118).

<sup>177</sup> TR-S, Día 5, págs. 1292/18-1293/4.

<sup>178</sup> Walck, TR-S, Día 6, pág. 1684/11-14.

ORAB mencionó en los comentarios incluidos en la Resolución N.º 60/00, del 21 de julio del 2000<sup>179</sup>, que esta no podía ser la única prioridad sin tomar en cuenta la cantidad mínima de conexiones y porcentajes a alcanzar en virtud del Contrato.

475. Esto explica también la insistencia de las Demandantes en el cobro de cargos adicionales a los montos permitidos en el Contrato, a fin de financiar el suministro de la red y, especialmente, las obras de expansión. Un pedido importante en este sentido era el cargo de obra que AGBA quería cobrar por obras que no correspondieran a las obras de expansión exigidas en el Contrato.

476. Dada esa ecuación de operación financiera de la Concesión, sin ningún financiamiento externo (a través de terceros o de los accionistas), nada permite desviarse de la característica principal de la Concesión, para la cual la fijación de tarifas y el índice de cobrabilidad determinaba directamente el monto de las inversiones futuras disponibles para AGBA.

477. La nota de AGBA del 17 de mayo de 2001 informaba a la Provincia de la caída en los índices de cobrabilidad experimentada durante el primer año de la Concesión y hasta mayo de 2001. AGBA también anunció que no disponía de financiamiento adicional de terceros, lo que implícitamente asumía que no cabía esperar contribuciones complementarias de los accionistas. La nota también trata la cuestión de las tarifas, aunque indirectamente, a través de una solicitud de renegociación del Contrato que habría tenido ciertamente como objeto, entre otros, aumentar el retorno y la rentabilidad de la Concesión. En estas condiciones, AGBA se limitó a afirmar que la Concesión se había tornado inviable hasta su renegociación.

## 5. *Análisis general*

### a. Posición de las Demandantes

478. Tal como se mencionó anteriormente, las Demandantes no niegan que AGBA no obtuvo los préstamos solicitados al BID y el Banco Provincia, y no demostró haber intentado obtener financiamiento de otras instituciones. A este respecto, afirman que el Concedente y la Provincia no ofrecieron su apoyo durante estas negociaciones y que, desde mediados de 2001, la crisis emergente en Argentina impidió el acceso a ninguna fuente de financiamiento de terceros. Por otro lado, las Demandantes tampoco niegan haber aportado fondos propios, una posición que fue asumida o confirmada por AGBA desde su nota de mayo de 2001. Esto también explica la conclusión de las Demandantes de que las tarifas eran la única fuente de ingresos de la Concesionaria.

---

<sup>179</sup> Anexo 111 a Giacchino/Walck I.

479. Las Demandantes aceptan que el Contrato de Concesión se funda en la responsabilidad de la Concesionaria de realizar las inversiones necesarias, pero sostienen que no es posible culpar a AGBA y a sus inversores por no aportar los fondos correspondientes, ya que ni la Provincia ni UNIREC aportaron los fondos necesarios para la construcción de las plantas UNIREC. Asimismo, tras el surgimiento de la crisis a mediados de 2001, las dificultades económicas del país alcanzaron a la Concesión y dieron por tierra con cualquier esperanza de obtener financiamiento externo.

480. Desde la nota de AGBA del 17 de junio de 2001 (CU-135, RA-192), AGBA y sus accionistas modificaron su posición y comenzaron a confiar cada vez más exclusivamente en la crisis económica y sus consecuencias sobre el equilibrio económico-financiero de la Concesión. Esta nota hacía hincapié, incluso más que la del 17 de mayo de 2001, en la necesidad de renegociar la Concesión. Las Demandantes también afirman que los compromisos de inversión establecidos en el POES ya no eran relevantes, puesto que el primer POES Quinquenal fue aprobado por ORAB, el plan para el segundo año fue suspendido y los POES posteriores nunca entraron en vigencia.

b. Posición de la Demandada

481. La Demanda repite en reiteradas oportunidades, que la Concesionaria asumió en el Contrato la obligación de “llevar a cabo todas las inversiones necesarias para ejecutar el POES y asegurar la correcta prestación del Servicio” (Artículo 1.8). La razón invocada por AGBA en mayo de 2001 fue el “imprevisible” nivel de incobrabilidad registrado y las dificultades en la obtención de financiamiento. Sin embargo, de conformidad con el Artículo 13.1 del Contrato de Concesión, los riesgos económicos y financieros invocados no justifican el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

482. Las inversiones establecidas en el POES se relacionaban con la baja cobertura de los servicios de agua y desagües cloacales en la zona B, de 35% y 13% respectivamente. El riesgo de registrar ingresos insuficientes de los nuevos clientes estaba dado por el bajo nivel de ingresos de la población de la zona, lo que necesariamente implicaba bajos niveles de cobrabilidad. Una inversión tan grande, de aproximadamente USD 730 millones a lo largo de la Concesión, requería financiamiento propio o de terceros.

483. El hecho de que no se presentara una sola oferta en la primera licitación para la Zona B demostró que la Concesión era una operación de alto riesgo. Requería inversiones significativas que dependían del acceso al financiamiento en una época en que era difícil obtenerlo. El hecho de que el BID y el Banco Provincia se rehusaran a otorgar financiamiento demuestra que la Concesión había dejado de ser viable. Las Demandantes no dan una respuesta directa a esta cuestión.



484. AGBA dejó de realizar inversiones y de cumplir las metas establecidas en el POES, al menos desde principios de 2001. La valuación presentada por las Demandantes se basa en las premisas básicas de que AGBA habría realizado todas las inversiones acordadas y la Concesionara habría alcanzado un alto nivel de cobrabilidad – lo que no se condice con la realidad imperante, incluso antes de la adopción de las medidas de emergencia en enero de 2002. La Concesión de AGBA establecía claramente la obligatoriedad del POES.

485. La Demanda menciona también que el Banco de Japón no otorgó los montos necesarios para la construcción de las plantas UNIREC, porque la Provincia se encontraba en estado de cesación de pagos, pero esto sucedió después de que se declarara la Emergencia en la Provincia en julio de 2001. La situación de AGBA era diferente; su problema era la cobrabilidad y esto ya era evidente en el tercer trimestre del 2000, tal como se menciona en la nota de AGBA de mayo de 2001.

486. La Demandada califica de irrelevante el argumento de las Demandantes de que, en largo plazo, AGBA habría podido acceder a fuentes de financiamiento y que la falta de financiamiento era una situación temporal. En su nota de mayo de 2001, las Demandantes admitieron que su ecuación económico-financiera se había deteriorado con anterioridad a la Emergencia. AGBA no estaba realmente dispuesta a completar las obras comprometidas, y es por eso que insistía en la creación de un Fondo Fiduciario. También proyectó niveles de cobrabilidad que tornaban las operaciones inviables. La Demandada señala que las Demandantes no mencionaron que AGBA no había sido capaz de obtener financiamiento entre 1999 y 2001, es decir, con anterioridad a la declaración de emergencia, y anunció este hecho en mayo de 2001. Lo correcto habría sido que los accionistas de AGBA aportaran los fondos necesarios para cumplir con sus obligaciones de inversión.

c. Conclusiones del Tribunal

487. Los abundantes argumentos de las Partes no puede opacar la característica básica de la Concesión, que asigna la responsabilidad de disponer las inversiones necesarias exclusivamente a la Concesionaria.

488. De hecho, queda igualmente claro que AGBA no recibió los montos necesarios para las inversiones comprometidas, ya sea de terceros (especialmente el BID y el Banco Provincia) o de sus propios accionistas. Dada la responsabilidad de AGBA, carece de sentido el argumento de las Demandantes de que la Provincia o el ORAB se rehusaron a respaldar los esfuerzos de AGBA por obtener los préstamos solicitados, por un elevado monto de más de USD 200 millones.

489. Tampoco cabe duda de que la estrategia de AGBA de proveer fondos para la red exclusivamente a través del ingreso generado por la facturación de servicios (de conformidad con el principio de “neutralidad”) era insuficiente para mantener la viabilidad de la Concesión, en ausencia de financiamiento externo adicional durante los primeros años de la Concesión, cuando la cobrabilidad de facturas de los usuarios era baja y no se había emprendido ninguna obra de expansión que permitiera el cobro del cargo de obra.

490. El Tribunal observa que las Demandantes no presentan objeciones serias a la afirmación de que AGBA no logró obtener los fondos de terceros esperados de la facturación que su participación financiera en calidad de inversores se mantuvo cerca del mínimo correspondiente a la integración de sus acciones en AGBA<sup>180</sup>. El Tribunal entiende que, desde la nota de AGBA del 17 de junio de 2001, AGBA y sus accionistas modificaron su posición y comenzaron a invocar casi exclusivamente la crisis económica y sus consecuencias sobre el equilibrio económico-financiero de la Concesión. Asimismo, las Demandantes alegan que sus compromisos de inversión en virtud del POES ya no eran relevantes, puesto que el POES del primer año fue aprobado por ORAB, el plan para el segundo año fue suspendido y los POES posteriores nunca entraron en vigencia.

491. Sin embargo, las Demandantes no pueden escapar a la conclusión de que la aprobación del plan correspondiente al primer año y la neutralización del plan correspondiente al segundo tuvieron escasa importancia jurídica, ya que estos planes no eran obligatorios. El POES vinculante para AGBA era el primer POES Quinquenal, que cubría los años 2000 a 2004. A pesar de las dificultades económicas que llevaron a la crisis que comenzó a mediados de 2001, este POES Quinquenal no se suspendió ni se modificó, por lo que seguía vigente hasta el final de dicho periodo. AGBA estaba lejos de alcanzar el objetivo de invertir USD 230 millones para fines de 2004. En cualquier caso, esta gran suma no se podía financiar a último momento. Para ser efectiva, debía financiarse en partes sustanciales mucho antes de la fecha, a fin de progresar a tiempo con las obras requeridas y alcanzar el objetivo fijado para finales de 2004. Este Tribunal entiende, y el Testigo Hernando confirmó<sup>181</sup>, que – contrariamente a lo que efectivamente sucedió – el gasto hubiese tenido que ser previsto desde un principio, es decir que se debió haber tenido más dinero disponible al principio de la vida de la Concesión.

492. Para el ORAB también estaba claro que, para 2003, AGBA simplemente no disponía de los fondos necesarios para financiar un proyecto de la magnitud del contemplado en el POES Quinquenal, y tampoco dispondría de él en un futuro cercano como resultado de los cambios en Argentina. Cuando se preguntó a la Testigo Cinti, en

---

<sup>180</sup> Los Expertos de las Demandantes han explicado que, después del año 1, trabajaban con proyecciones y que no compararon sus modelos con hechos reales (TR-S, Día 6, pág. 1688/10-19).

<sup>181</sup> TR-S, Día 3, págs. 669/14-670/10.

su carácter de exrepresentante de ORAB, si estaba al tanto de esto, su respuesta fue simplemente: “Sí”<sup>182</sup>.

493. En esta etapa, el hecho a tener en cuenta es que AGBA y sus accionistas no aportaron a la Concesión los fondos de respaldo necesarios, independientemente de que se tratara de fondos de terceros o de los mismos inversores.

#### E. Equilibrio contractual vs. Riesgo empresario

494. Mientras las Demandantes hacen hincapié en el “equilibrio contractual” (1), la Demandada prefiere la frase “riesgo empresario” (2). El Tribunal demostrará que es posible combinar ambos conceptos, y que los derechos y condiciones establecidos en el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión son los que, en última instancia, deben prevalecer (3). Este enfoque también es aplicable al régimen tarifario y su ajuste (4). Por último, la dificultad de brindar el financiamiento suficiente vuelve a surgir como el principal elemento que genera preocupación en los primeros años de la Concesión, antes y durante la crisis que golpeó a la Argentina en 2001 (5).

##### 1. *Las Demandantes se centran en el equilibrio contractual*

495. Las Demandantes explican que la referencia más próxima a la noción de “equilibrio contractual” es “la ecuación económico-financiera del Concesionario” tal como establece el Artículo 12.4.1 del Contrato de Concesión. Ambas expresiones hacen referencia al mismo principio que suele incluirse en este tipo de contratos. Las referencias al equilibrio de la concesión son comunes. El Profesor Mata se refiere al “Equilibrio del Contrato de Concesión”<sup>183</sup> y a “una renegociación para establecer un nuevo equilibrio contractual”<sup>184</sup>. El Testigo Seillant menciona el “Equilibrio de Operación” como uno de los objetivos del proceso de renegociación.<sup>185</sup> El “equilibrio” es inherente a los contratos de concesión. El borrador de un Protocolo de Entendimiento al que se hizo referencia durante la renegociación, estaba basado en ese equilibrio.<sup>186</sup> El texto principal de ese borrador fue redactado por la Provincia<sup>187</sup> y contenía una definición de tal concepto.

496. Dicho principio formaba parte del Marco Regulatorio. El Artículo 39-II establece que los POES pueden modificarse de manera tal que no se altere el “equilibrio de la Concesión”. El Artículo 5.4 del Contrato señala que el POES Quinquenal puede ser modificado, en la medida en que tal modificación “no altere el equilibrio de la Concesión”. El Artículo 14.1.2 del Contrato también contempla al equilibrio en un caso

<sup>182</sup> TR-S, Día 3, pág. 843/3-10.

<sup>183</sup> Mata I, párrs. 209-221.

<sup>184</sup> *Ibid.*, párr. 341(14).

<sup>185</sup> Seillant I, párr. 114.

<sup>186</sup> Protocolo de entendimiento, 1 de diciembre de 2004 (CU-331).

<sup>187</sup> Octubre de 2004, Anexo H010 de Seillant I.

de fuerza mayor. El punto importante es que el equilibrio se encuentra en la base misma de la Concesión y del Contrato que lo regulaba. Interfiere, además, con la determinación de los niveles tarifarios (Sec. 12.1.1.) y las revisiones tarifarias (Sec. 12.3).

497. La Demandada observa, sobre este punto, que las Demandantes no pueden citar ningún artículo del Marco Regulatorio para respaldar ese supuesto principio de equilibrio de la Concesión. La referencia más similar a ese concepto es el Artículo 12.4.1, pero al citar el concepto de “ecuación económico-financiera del Concesionario”, las Demandantes citan sólo un fragmento del Artículo 12.4.1 y omiten mencionar que ese mismo inciso también explica que las disposiciones del Artículo 28-II del Marco Regulatorio deben cumplirse en todos los casos y que toda variación estará sujeta a las disposiciones del Artículo 12.3 del Contrato. El Artículo 12.3.1, vinculado a los Principios Generales aplicables en este sentido, confirma la necesidad de que la Concesionaria opere de manera efectiva y en función del riesgo empresarial asumido.

## 2. *La Demandada se centra en el riesgo empresario*

498. La Demandada menciona varias instancias en las que el Contrato señala expresamente que la Concesión estaba basada en el principio del riesgo empresario. El riesgo asumido surge directamente del marco legal aplicable a la Concesión, tal como establece claramente el Artículo 13.1 del Contrato, que señala lo siguiente: “El Concesionario asumirá la Concesión a su propio riesgo jurídico, técnico, económico y financiero”. Estos riesgos no estaban ocultos. El Consorcio formado por las empresas demandantes estuvo de acuerdo con el alcance de los términos y condiciones de la Oferta. La Testigo Cinti explica que la presentación realizada por el Consorcio demostraba gran interés por la adjudicación de la Región B, lo que permite inferir que era consciente de las características particulares de la zona B<sup>188</sup>.

499. Se estableció expresamente que la Concesión de AGBA estaba regida por el principio de riesgo empresario, lo que significa que las consecuencias de los riesgos atribuidos a la Concesionaria no serían absorbidos por el Concedente ni por los usuarios del servicio. Tal como señaló el Experto Mata, el alcance del riesgo empresario debe evaluarse caso por caso, a través del análisis del Contrato de Concesión y del marco aplicable<sup>189</sup>. El concepto de equilibrio financiero invocado por las Demandantes estaba supeditado al principio del riesgo empresario. La Resolución ORAB N.º 25/03 del 17 de septiembre de 2003 (CU-69) señaló que:

---

<sup>188</sup> Cinti II, párr. 8.

<sup>189</sup> Mata I, párr. 115.

“[E]l concepto de equilibrio del modelo económico financiero que articula la empresa, afecta el principio del riesgo empresario expresamente contenido en el artículo 13.1 del contrato de concesión”.

500. El riesgo de oferta asumido por AGBA comprendía toda la información y los datos que sirvieron de base a la Oferta, tal como establecían los numerales 1.5.2, 2.4 y 3.3.3 del Pliego de Bases y Condiciones. Consistía en percibir a lo largo de la Concesión los ingresos proyectados en la Oferta, a través del pago de la tarifa por los usuarios. Esto incluía, entre otras cosas, (a) la correcta estimación y proyección de la demanda de los usuarios; (b) una eficiente gestión de cobro de las tarifas; (c) el cumplimiento de los compromisos de inversión asumidos en el POES. Las disposiciones aplicables en este sentido son el Artículo 30-II del Marco Regulatorio y el Artículo 12.3.1 del Contrato de Concesión. El riesgo empresario asignado a AGBA también incluía una administración adecuada. El Experto Molinari recordó que la Concesionaria sabía que había asumido un riesgo técnico y empresario muy alto, que tendría que invertir grandes sumas de dinero y que la concesión requería de una administración de alta calidad durante muchos años antes de que la Concesionaria pudiera ver la recompensa de su esfuerzo<sup>190</sup>.

501. El ambicioso plan de inversiones que pactó la Concesionaria implicaba un alto riesgo de generación de ingresos y un alto riesgo de financiamiento. El desafío de aumentar el nivel de cobrabilidad era un riesgo empresario serio del que AGBA era consciente. La Región B tenía un déficit de infraestructura sanitaria considerablemente mayor que el de otras concesiones. Era una de las regiones con mayor densidad poblacional y estaba ubicada dentro de las áreas más pobres del país. Los niveles de cobro de AGOSBA con anterioridad a la privatización eran muy bajos: el 37% de los usuarios no pagaban sus facturas en 1999. La Concesionaria tenía que prever que los servicios que iban a expandirse alcanzarían a una parte de la población cuyos ingresos eran aún más bajos que los de la población que ya tenía acceso al servicio, con el resultado de que los niveles de cobrabilidad de los usuarios nuevos sería, por lo menos, tan bajo como los de los usuarios de AGOSBA antes de la privatización. Como la Concesión era un negocio que involucraba riesgos altos, en un área con mala infraestructura, donde la población tenía bajos ingresos, la Concesionaria debía enfrentar el desafío de obtener el financiamiento necesario para cumplir con las obligaciones asumidas. Los Oferentes eran conscientes de eso y, en la primera licitación que se realizó, ninguno de ellos presentó una oferta únicamente por la Región B; y AGBA lo sabía cuando ofertó solamente USD 1,3 millones por la Región B.

502. Las Demandantes afirman que, según la Demandada, el riesgo empresario incluye todo, desde la pesificación hasta el congelamiento de tarifas. La Demandada interpreta que el riesgo empresario implica que el inversor y la Concesionaria cargarán con las consecuencias que surjan de todo acto que pueda afectar a la Concesión, sea previsible o

---

<sup>190</sup> Molinari I, párr. 3.

imprevisible, incluidos los riesgos asociados a actos derivados de un caso de fuerza mayor. En opinión de la Demandada, una vez presentada y aceptada la oferta, y una vez firmado el Contrato y realizada la inversión, todo lo que ocurra debe ser enfrentado por la Concesionaria y los inversores.

503. Para la Demandada, AGBA y sus accionistas no asumieron su riesgo empresario. Ya habían informado en la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001 que la Empresa no contaba con la capacidad necesaria para realizar las inversiones exigidas en el programa de expansión y que era incapaz de alcanzar las metas establecidas en el Plan Quinquenal. En mayo de 2001, AGBA reconocía que la situación era de tal gravedad que le impedía cumplir con sus obligaciones contractuales, exclusivamente por razones que eran parte del riesgo empresario. A partir de ese momento, AGBA incumplió el Contrato. La falta de cumplimiento de AGBA con el POES ocurrió sólo 16 meses después de haber comenzado a prestar el servicio.

504. La Demandada ofrece información complementaria que indica que desde 1994, los derechos de los usuarios de servicios públicos gozan de rango constitucional y observa que las Demandantes no abordan ni impugnan esa afirmación.

505. El Artículo 42 de la Constitución Argentina, introducido en 1994, establece el principio de equilibrio en la relación entre los usuarios y las empresas que prestan servicios públicos privatizados (RA-216). Conforme a dicho artículo, los usuarios de bienes y servicios tienen derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, y las autoridades concederán la protección de esos derechos, incluido el control de calidad y eficiencia de las empresas de servicios públicos. Por lo tanto, los derechos de los usuarios de servicios públicos están protegidos en forma directa por la Constitución Argentina y las ganancias generadas por las empresas de servicios públicos deben derivar de la operación eficiente en condiciones de mercado, así como guardar relación con los intereses económicos de los usuarios. A la luz de esta protección constitucional, las ganancias generadas por dichas empresas deben ser razonables, es decir, deben derivar de la operación eficiente del servicio en condiciones de mercado, y guardar relación con la calidad del servicio suministrado, los intereses económicos de los usuarios y la razonabilidad de las ganancias obtenidas durante el plazo de la Concesión. Estas disposiciones concuerdan con los Artículos 28, 36 y 38 de la Constitución de la Provincia (RA-289).

### 3. *Consideraciones del Tribunal*

506. El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que los conceptos de equilibrio contractual y, más específicamente, de ecuación económico-financiera son principios fundamentales que rigen el Contrato de Concesión. Sin embargo, observa que, a pesar de las referencias brindadas por las Demandantes, dicho principio es más implícito

que explícito a la luz del Contrato. Contrariamente al argumento planteado por las Demandantes, dicho concepto no figura en el Artículo 14.1.2 sobre fuerza mayor. El concepto de “ecuación económico-financiera de la Concesión” se menciona en el Artículo 12.4.1 en relación con un cambio en el régimen tarifario únicamente, pero no se utiliza en la definición de tarifas que figura en el Artículo 12.1.1, ni tampoco es mencionado en el Artículo 12.3 relativo al ajuste de tarifas y precios.

507. Es más, el Tribunal observa que conceptos como “equilibrio” o “ecuación” tienen, esencialmente, múltiples facetas que incluyen, por razones de necesidad, los intereses de todas las partes y personas involucradas en la Concesión o alcanzadas por la eficiencia de su operación. Todos estos intereses deben ponderarse unos con otros. Esta postura difiere del enfoque de las Demandantes de utilizar el concepto de “equilibrio” y “ecuación económico-financiera” básicamente como un vehículo para respaldar los intereses de la Concesionaria, que se traduce en la ganancia de los accionistas.

508. Esto puede ser demostrado citando el Artículo 12.1.1, que es una disposición respecto de la cual las Demandantes sostienen que el concepto de equilibrio “interfiere”, a pesar de no ser parte del texto:

“La determinación del nivel tarifario requerido conforme al artículo 28-II de la Ley N.º 11.820, se basará en el principio general del establecimiento de valores tarifarios que contengan los costos de operación, mantenimiento y amortización de los servicios y permita un retorno razonable de las inversiones del Concesionario, en el contexto de una administración y operación eficiente y el fiel cumplimiento de las metas de calidad y expansión del servicio comprometidas”.

509. En el artículo, el equilibrio contractual puede reconocerse como una ecuación donde cubrir los gastos y el “retorno razonable de las inversiones” se ubican de un lado de la ecuación, mientras que el cumplimiento con las metas de calidad y expansión se ubican en el otro. En consecuencia, la ganancia de los inversores es parte de la ecuación, supeditada a que la Concesionaria cubra los costos y gastos, y cumpla fielmente con sus compromisos para satisfacer sus obligaciones.

510. En igual sentido, no es posible invocar el Artículo 5.4 del Contrato como una disposición que respalda la protección del equilibrio de la Concesión ante una modificación del POES Quinquenal sin señalar que el artículo también establece que ello es así “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 13-II del Marco Regulatorio”, donde se dispone que el ORAB “tendrá a su cargo asegurar la calidad de los servicios” y se establece, además, “la protección de los intereses de la comunidad”.

511. Por lo tanto, como el principio de equilibrio representa un balance, el interés del inversor de obtener un “retorno razonable” o ganancia debe compararse con el cumplimiento de los compromisos asumidos por la Concesionaria en el Contrato, que

incluyen una obligación de garantizar la operación de la Concesión a pesar de los riesgos involucrados.

512. El Tribunal también concuerda con la Demandada en que el riesgo empresario era un elemento importante a partir de la Toma de Posesión y durante todo el plazo de la Concesión. Las disposiciones del Artículo 13.1 del Contrato de Concesión, cuya primera parte fue citada precedentemente, no dejan lugar a dudas en este sentido. Incluso son más explícitas en el sentido de que el concepto de “riesgo empresario” no se utiliza sino que se le describe en detalle con sus partes específicas, que comprenden el “riesgo jurídico, técnico, económico y financiero”.

513. El riesgo implícito en la Concesión incluía, además, el ejercicio de poder por parte del regulador ORAB, en función de la Ley N.º 11.820 para controlar y regular a la Concesionaria y los servicios que suministraba (Art. 11-II). Debía garantizar la protección de los intereses de la comunidad, controlar, supervisar y verificar el cumplimiento de las normas vigentes y del Contrato de Concesión (Art. 13-II). Se le otorgó la facultad general de realizar cualquier acto que fuera necesario para el cumplimiento de sus obligaciones y de los objetivos del Marco Regulatorio, así como de las disposiciones regulatorias y contractuales aplicables (inciso u).

514. Cabe mencionar un aspecto adicional como elemento del equilibrio contractual y como parte de los riesgos de la Concesionaria. El rol del ORAB consiste en garantizar el cumplimiento por parte de la Concesionaria de las metas de calidad y de servicio definidas en el Contrato de Concesión y en gran parte del POES. Para desempeñar su rol, el ORAB también debe, como ya fue mencionado, velar por “la protección de los intereses de la comunidad” (Art. 13-II de la Ley N.º 11.820), que incluye la protección de “los intereses de los Usuarios” (Art. 4.3 del Contrato de Concesión). Asimismo, el ORAB estaba obligado a cumplir con diversas leyes de la República Argentina que prevalecen sobre el Contrato de Concesión, y la Concesionaria también estaba sometida a dichas leyes. Sobre la base de la información suministrada por las Partes, esto debe incluir, en particular, las disposiciones del Artículo 42 de la Constitución Argentina a la que hace referencia la Demandada.

515. Dicho esto, los accionistas de la Concesionaria gozan de la protección de diversas garantías contenidas en el TBI, que serán analizadas más adelante en el presente Laudo, en particular, la cláusula de trato justo y equitativo. Cabe señalar que en la medida en que los Oferentes conocían las disposiciones y los poderes regulatorios contenidos en el Marco Regulatorio y las disposiciones predominantes de la Constitución Argentina, debían saber que tales disposiciones y poderes tendrían que ser ejercidos por el ORAB y toda otra autoridad vinculada con la Concesión.



#### 4. *El régimen tarifario y su revisión*

516. Las Demandantes explican que las tarifas, tal como estaban establecidas en el Marco Regulatorio, ofrecían al inversor un sinnúmero de garantías en las que se basaron las Demandantes cuando decidieron invertir. Las garantías eran: (1) la tarifa cubriría los costos de prestación del servicio más el margen de beneficio de la Concesionaria; (2) las tarifas no podían ser unilateralmente modificadas por el Concedente como compensación de beneficios obtenidos en el pasado por la Concesionaria; (3) las tarifas podían ser revisadas cuando se produjeran modificaciones sustanciales en los costos de la Concesión o por la concurrencia de otras circunstancias sobrevenidas; (4) las tarifas serían calculadas en dólares estadounidenses, sin perjuicio de ser convertidas a pesos para su facturación al usuario; (5) para determinar las alteraciones en los costos que constituían causal de revisión extraordinaria se tenían en cuenta los índices de precios de los Estados Unidos; (6) las modificaciones de las tarifas no podían alterar la ecuación económico-financiera de la Concesionaria; (7) en caso de que el Concedente decidiera alterar las tarifas para cubrir fines sociales, debía compensar adecuadamente a la Concesionaria. Todos estos principios le proporcionaban a la inversión de las Demandantes una seguridad indispensable en un régimen tarifario guiado por el principio de tarifas máximas.

517. La Demandada recuerda que las tarifas estaban basadas en el principio consagrado en el Artículo 12.1.1 del Contrato de Concesión, según el cual la determinación del nivel tarifario incluiría los costos de los servicios y permitiría un retorno razonable sobre las inversiones de la Concesionaria, en un contexto de administración y operación eficientes, y de fiel cumplimiento de las metas de calidad y expansión comprometidas. En otras palabras, el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión establecían que: (a) la tarifa debía ser justa y razonable, de modo que le permitiera a la Concesionaria cubrir todos los costos y obtener una ganancia razonable; (b) para generar esa ganancia, la Concesionaria debía administrar y operar el servicio de manera eficiente; (c) las tarifas debían conducir a un uso racional y eficiente de los servicios suministrados, y de los recursos asignados a ese suministro, así como a la incorporación de un sistema medido obligatorio, que permitiera que las tarifas cobradas a determinados segmentos de usuarios compensaran los costos de los usuarios de menores ingresos. Estos principios generales establecen que las tarifas deben ser suficientes para cubrir los costos del servicio, supeditado a la eficiencia y al riesgo empresario.

518. La Demandada sostiene que el Contrato establecía que las tarifas estaban directamente relacionadas con el cumplimiento de las inversiones comprometidas por la Concesionaria. AGBA no cumplió con este requisito y tampoco logró cumplir fielmente con las metas de calidad de servicio y expansión, que fue un factor restrictivo grave al considerar los aumentos de tarifas. El régimen tarifario estaba estrechamente vinculado con el cumplimiento de todos estos compromisos. El principio de tarifas justas y razonables, reconocido en el derecho argentino y consagrado en el Contrato de

Concesión, estaba supeditado al “fidel cumplimiento de las metas de calidad y expansión del servicio comprometidas”, que incluía el riesgo empresario que caracteriza a la Concesión.

519. El Tribunal entiende que es necesario hacer una distinción entre la renegociación del Contrato de Concesión, y el ajuste de tarifas y precios. En vista de los requisitos establecidos para obtener tarifas más altas aprobadas por el Organismo, AGBA no podía tener la expectativa de un aumento de tarifas en el futuro cercano dado su incumplimiento general con los compromisos contenidos en los diversos POES. Una revisión tarifaria no eliminaba la exposición de la Concesionaria al principio de riesgo empresario (Art. 12.3.1) o su estricto deber de cumplir con las metas de calidad del servicio y expansión (Art. 12.1.1), sino que estaba supeditada al cumplimiento de los compromisos respecto de las inversiones necesarias para implementar el POES (Art. 1.8). Todo esto significa que la aprobación de un informe anual o su neutralización no tenían un impacto que beneficiara un posible aumento de tarifas. Los cambios en las metas establecidas en el POES sólo podrían haber tenido efecto únicamente a partir del segundo período quinquenal (Art. 12.3.4). Por otra parte, los requisitos para la determinación de las tarifas y su ajuste estaban tan claramente vinculados con los compromisos de la Concesionaria en virtud del Contrato y del POES, respectivamente los “costos emergentes de los POES en la correspondiente a infraestructura básica” (Art. 28-II, inciso d de la Ley N.º 11.820) que AGBA y sus accionistas no podían esperar lograr, mediante ese ajuste, un aumento de los ingresos de AGBA que le hubiera permitido compensar, al menos en parte, su falta de obtención de financiamiento externo<sup>191</sup>. El incumplimiento del POES fue una restricción importante para el aumento tarifario<sup>192</sup>.

## 5. *La causa del deterioro del equilibrio: inversión vs. crisis*

### a. Posición de las Demandantes

520. La propia República Argentina alegó que los hechos económicos que se desarrollaron en Argentina, a partir del segundo año de la Concesión eran de carácter excepcional, lo que también significa que el riesgo empresario asumido por la Concesionaria cuando tomó posesión de la Concesión estuvo fuera de toda proporción cuando las tensiones aumentaron como resultado de la crisis.

521. Las Demandantes se oponen a todas las afirmaciones de la Demandada respecto de la nota del 17 de mayo de 2001 y sostienen que la atención debería centrarse en su contenido. Para las Demandantes, es esencial señalar lo siguiente: (i) la presentación de AGBA destacaba la naturaleza “imprevisible” de la falta de pago por parte de determinados usuarios del servicio, en particular aquellos a los que AGOSBA había

<sup>191</sup> Ver Testigo Seillant, TR-S, Día 4, págs. 881/12-890/3; Lentini I, párrs. 172-175.

<sup>192</sup> Testigo Lentini, TR-S, Día 5, págs. 1352/17-1353/3.

suministrado el servicio, pero a los que no se les había emitido factura; (ii) AGBA describía las mejoras que había tenido la Concesión durante sus primeros 16 meses; (iii) AGBA insistía en la total imprevisibilidad de los datos de cobro disponibles; (iv) la Concesionaria se acercaba a la Provincia en un intento de explorar alternativas que fueran más prudentes que cortar el suministro; (v) lejos de rehusarse a realizar nuevas inversiones, AGBA hacía hincapié en la importancia de esas inversiones; (vi) AGBA sostuvo que los altos e imprevisibles índices de incobrabilidad habían afectado su capacidad de obtener el financiamiento que era fundamental para la Concesión y que el propio Banco de la Provincia Concedente, el Banco Provincia, no había respaldado la solicitud de financiamiento presentada por AGBA ante el BID; (vii) AGBA no estaba anunciando una decisión de no hacer las inversiones necesarias para alcanzar las metas contenidas en el POES, sino todo lo contrario: quería cumplir con todos sus compromisos y le solicitaba apoyo a la Provincia; (viii) AGBA presentaba al Concedente las fórmulas contenidas en el Contrato que harían que su propuesta fuera viable; (ix) AGBA no tenía ninguna intención de deshacerse del riesgo empresario o de transferirlo; (x) AGBA proponía un análisis conjunto, y una búsqueda mancomunada de soluciones y alternativas. En suma, la nota mostraba la buena fe y la conducta honesta de la Concesionaria. Utilizaba el tipo de lenguaje esperado de alguien cuya firme intención es cumplir con el Contrato hasta su vencimiento. Su intención era establecer una Comisión con la Concedente, a fin de diseñar mecanismos en conjunto que permitieran el suministro constante del servicio, en circunstancias que diferían enormemente de las que existían y eran previsibles al momento de la licitación.

522. Luego, las Demandantes analizan las circunstancias imperantes al 17 de mayo de 2001, así como los verdaderos motivos y el sentido de la nota. Las Demandantes recuerdan que la nota fue enviada luego de que la Concesionaria padeciera los actos y omisiones de la Provincia y del Organismo Regulador, que afectaron gravemente su capacidad de generar ingresos.

523. En primer lugar, las Demandantes afirman que los actos y omisiones del Concedente y del Organismo Regulador afectaron negativamente la generación de ingresos por parte de la Concesionaria y, al mismo tiempo, impidieron a la Concesionaria alcanzar algunas de las metas de la Concesión. Las circunstancias que precedieron al 17 de mayo de 2001 fueron las siguientes: (i) por medio de la Resolución N.º 3/00 del 24 de enero del 2000 (CU-39), el ORAB impuso el “Coeficiente de Zonificación” que exigía a AGBA otorgar a determinados usuarios los subsidios que AGOSBA había aplicado anteriormente, pero que no estaban incluidos en el Contrato. (ii) Inconsistencias en el Padrón Catastral impidieron que AGBA clasificara correctamente a una cantidad significativa de usuarios que vivían en inmuebles en los que se habían realizado mejoras sin declarar; estas mejoras fueron tenidas en cuenta para corregir la base impositiva inmobiliaria. AGBA nunca fue autorizada a aplicar la reclasificación en forma retroactiva. (iii) Para ese entonces, el Concedente ya había faltado a su promesa de poner

las plantas UNIREC en funcionamiento (acción programada para el primer trimestre de 2001). Lo anterior tuvo un impacto negativo en los proyectos de expansión de AGBA, pero además disparó una alarma negativa para los organismos de financiamiento. (iv) La actitud pasiva del Concedente para proteger los derechos de la Concesionaria fue manifiesta desde los primeros días de la Concesión, por ejemplo, cuando el Municipio de Merlo impuso multas infundadas o cuando las instalaciones de servicio de AGBA fueron objeto de actos vandálicos. Estas circunstancias tuvieron un claro impacto negativo en la percepción del servicio por parte de los usuarios. El Concedente tenía pleno conocimiento de estas circunstancias y acontecimientos aunque no hayan sido mencionados en la nota del 17 de mayo de 2001.

524. En segundo lugar, la nota del 17 de mayo de 2001 fue escrita cuando la crisis de la economía argentina ya había comenzado. Diversas declaraciones de la Demandada indican que el inicio de la crisis ocurrió cerca de la fecha en que la nota fue presentada. Una vez comenzada la crisis, el Ejecutivo Provincial emitió el Decreto N.º 1960/01 que declaró la emergencia económica en el territorio de la Provincia; esto ocurrió el 12 de julio de 2001 (CU-309, RA-167, 187), lo que demuestra que el inicio de la crisis puede situarse en el segundo trimestre de 2001. El hecho de que el 6 de enero de 2002 se haya sancionado la Ley de Emergencia Pública N.º 25.561 (CU-145, RA-168) fue el resultado de la crisis que venía sufriendo la República Argentina desde el segundo trimestre de 2001. Las Demandantes también mencionan que cuando la Provincia abandonó sus compromisos respecto de las plantas UNIREC en forma definitiva, eso debe haber ocurrido en el primer trimestre de 2001, momento en que las plantas iban a estar listas, porque el obstáculo definitivo fue el rechazo del Banco de Japón de garantizar la disponibilidad de los fondos, a raíz de la cesación de pagos por parte de la Provincia. Por otra parte, cuando el ORAB aceptó la solicitud de AGBA de neutralizar el POES para el segundo año, en julio de 2001, se refirió a la emergencia económica “que convierte a esta situación en extraordinaria, contemplada en el Contrato de Concesión”. Por lo tanto, la nota del 17 de mayo de 2001 no era una simple expresión del deseo de AGBA de transferir el riesgo empresario. Tampoco era un anuncio por parte de la Concesionaria de que no cumpliría con los compromisos de inversión asumidos. La nota de AGBA pretendía resolver las consecuencias que habían surgido de circunstancias extraordinarias, dentro de las limitaciones rigurosas impuestas por la buena fe y el Contrato.

525. En tercer lugar, las Demandantes explican que lo que AGBA buscaba obtener con esta nota del 17 de mayo de 2001, fue obtenido por AZURIX a través del Protocolo de Entendimiento celebrado el 15 de febrero de 2001<sup>193</sup>. Las consideraciones previas de ese Protocolo hacían referencia expresa a la situación económica y a la necesidad de crear “un mecanismo de trabajo con el objetivo de generar alternativas viables”. Al parecer, existían buenos motivos para celebrar un acuerdo similar en relación con la Concesión de

---

<sup>193</sup> Anexo 230 de Giacchino/Walck I.

AGBA, que era operada en la misma Provincia y en un área con aún menos recursos financieros. El Subsecretario de Servicios Públicos aparentemente compartía esta preocupación, al declarar en su nota de respuesta el 30 de mayo de 2001 (CU-174, RA-184) que “compartimos el mecanismo de una comisión de trabajo que surja de un protocolo de entendimiento, que permita realizar las modificaciones contractuales...” Las Demandantes afirman que dicha nota y la referencia a un Protocolo de Entendimiento demuestran que, a la fecha de la nota, la Provincia estaba dispuesta a revisar el Contrato. La Provincia no tenía la impresión de que AGBA ya no quería cumplir con el Contrato. En ese momento, la nota de AGBA no fue interpretada como un reconocimiento de la imposibilidad de satisfacer las obligaciones de la Concesionaria. El Concedente reconocía que había ocurrido una situación extraordinaria, pero la solicitud de una revisión del Contrato colapsó en vista del resultado de la concesión de AZURIX, para la que aún se encontraba pendiente la resolución de cuestiones críticas. Esto explica por qué la reiteración de AGBA sobre su posición en las notas del 13 de septiembre de 2001 (CU-210) y del 27 de diciembre de 2001 (CU-175) fue en vano.

b. Posición de la Demandada

526. La Demandada señala que, en su nota del 17 de mayo de 2001, AGBA fundamentó su solicitud en (i) la cantidad de usuarios morosos en relación con el pago de los servicios; y (ii) la falta de obtención de fondos para llevar a cabo las obras comprometidas. En cuanto al primer fundamento, AGBA sabía que había asumido un índice de cobrabilidad alto y la disponibilidad de mecanismos legales suficientes para poder ejecutar el corte del suministro y cobrar las deudas, pero luego comprendió que la implementación de esas herramientas legales era claramente insuficiente, imprevisible y representaba una modificación sustancial de las condiciones tenidas en cuenta a la hora de presentar la Oferta; tanto así que la consecuencia de esa situación fue discontinuar las obras de expansión.

527. La nota enviada por AGBA en mayo de 2001 es prueba, aportada por las propias Demandantes, de los errores cometidos en el ejercicio de la debida diligencia. AGBA menciona la imprevisibilidad en cuanto a la incobrabilidad y las dificultades para obtener financiamiento. En ningún momento hace referencia a medida alguna adoptada por una autoridad pública, o por el Concedente o el Organismo Regulador en particular. URBASER y su Consorcio figuraban como los únicos responsables de los errores cometidos.

528. Mediante la nota del 30 de mayo de 2001 (RA-184, CU-174), el Subsecretario de Servicios Públicos de la Provincia hizo diversas aclaraciones. En cuanto a los problemas de cobrabilidad, explicó que el proceso de licitación permitía a los Oferentes solicitar toda la información necesaria para elaborar correctamente la Oferta. El Pliego de Bases y Condiciones (N.º 2.4) establecía que no se admitirían reclamos basados en defectos o insuficiencias en la información suministrada durante o con posterioridad a la licitación.

También se señalaba que la incobrabilidad de facturas era un riesgo empresario asumido por el Oferente. En cuanto al financiamiento, el Subsecretario explicó que esa era la razón principal por la que la Provincia había convocado al sector privado para la concesión de los servicios. La Autoridad Concedente señaló, además, que el riesgo asumido por la Concesionaria estaba expresamente contemplado en el Contrato (Artículo 12.3.1)

529. La nota del 17 de mayo de 2001 demuestra que la ecuación económico-financiera del Contrato había sido alterada mucho antes de la implementación de las medidas de emergencia. La Testigo Cinti sostuvo que la Provincia podría haber rescindido el Contrato de AGBA a mediados de 2001, con base en los incumplimientos de la Empresa<sup>194</sup>.

530. Con la presentación de su nota del 17 de mayo de 2001, AGBA propuso celebrar un Protocolo de Entendimiento similar al celebrado con AZURIX. El Experto Lentini explica que esta solicitud de renegociación fue realizada como reacción a las expectativas del Adjudicatario que no se habían materializado, por haber subestimado los costos, sobreestimado los beneficios y/o sobreestimado su capacidad de gestión<sup>195</sup>. La Demandada agrega que, posteriormente, sucedieron diversas reuniones entre la Concesionaria y la Subsecretaría de Servicios Públicos, en las que se destacó el riesgo empresario asociado con el régimen tarifario inicial.

531. En su nota del 17 de julio de 2001 (RA-192), AGBA reiteró su solicitud de renegociación, pero esta vez invocando la “gravedad de la actual coyuntura económica y financiera” con posterioridad al Decreto N.º 1960/01. Luego, el 15 de agosto de 2001 (RA-193), AGBA realizó la misma solicitud, nuevamente haciendo referencia a la situación económica de la Provincia, y agregó que “nuestro planteo originario fue efectuado el día 17 de julio de 2001”. AGBA ya no invocaba la incobrabilidad y la falta de financiamiento.

#### c. Conclusiones del Tribunal

532. El Tribunal concluye que no es posible identificar el momento preciso en que se desató la “crisis” en la economía argentina y, más especialmente, en qué momento podría decirse que tal acontecimiento efectivamente afectó la Concesión de AGBA. A partir de las comunicaciones intercambiadas entre AGBA y el Concedente, puede interpretarse que esto debe haber ocurrido a mediados de 2001, entre junio y julio.

533. El Tribunal también considera que esa situación no fue un acontecimiento repentino que no dio señales antes de producirse. Tal como fue explicado por los Expertos, Argentina se enfrentaba a dificultades económicas, cada vez mayores desde los años 1998/1999, culminando en una etapa de recesión en 2001 que se convirtió en una

---

<sup>194</sup> TR-S, Día 3, págs. 710/19-711/12; Cinti I, párr. 128.

<sup>195</sup> Lentini I, párr. 164.

crisis. El hecho de que el surgimiento de dificultades graves se remonta al año 1998/1999 también fue reconocido por las Demandantes, cuando explican que la crisis argentina que derivó en la emergencia comenzó en las últimas etapas del segundo mandato del ex Presidente Menem (mediados de 1998), momento en que la recesión que sacudió a la Argentina se profundizó<sup>196</sup>.

534. El Tribunal debe centrar su atención en considerar los efectos de estos hechos de la vida económica argentina sobre la operación de la Concesión y la situación de AGBA como Concesionaria.

535. En este sentido, el Tribunal observa que, a pesar de la declaración de las Demandantes en contrario, no es cierto que las dificultades de AGBA hayan sido asociadas con la crisis antes de enviar su nota del 17 de junio de 2001. La nota del 17 de mayo de 2001 no invoca expresamente las dificultades económicas del país para respaldar la solicitud de AGBA<sup>197</sup>. En ese preciso momento, AGBA y sus accionistas aún esperaban que les fuera concedido el préstamo del BID en septiembre de 2001. Cuando las Demandantes argumentan que la nota de mayo de 2001 ya se fundamentaba en la crisis, pasan por alto que al mismo tiempo, habían reafirmado su optimismo de obtener un préstamo importante, que ciertamente se perdió pero sólo tiempo después, durante el 2001 cuando se desató la crisis y esto causó que el BID dejara de prestar dinero a la Argentina.

536. El Tribunal entiende que “crisis” se refiere a una interrupción grave en la economía de Argentina que afectó muy negativamente no sólo a todos los operadores económicos, financieros e industriales sino también, y más profundamente, a la población del país. Las Demandantes señalan, con acierto, que el riesgo empresario que asumió AGBA cuando tomó posesión de la Concesión estuvo fuera de toda proporción. La situación crítica afectó no sólo la participación de AGBA en el suministro y el desarrollo de los servicios de la Concesión, sino también su relación con los usuarios y, en particular, sus perspectivas de aumentar su capacidad y disposición para pagar sus facturas.

537. Volviendo a la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001, el Tribunal una vez más debe destacar que sus principales líneas argumentales eran (1) el monto inesperado de facturas impagas de buena parte de los usuarios, alrededor de 80.000, que estaban conectados desde antes sin que se les hubiera solicitado el pago de sus facturas o se les hubiera intimado para hacerlo y (2) la imposibilidad de AGBA de obtener financiamiento de otro modo que no fuera a través de los ingresos generados por los servicios de la Concesión en caso de que el préstamo del BID no fuera otorgado. Al leer las explicaciones

---

<sup>196</sup> Memorial de Demanda de las Demandantes, párr. 319.

<sup>197</sup> La nota hace referencia a esta situación al explicar la negación por parte del Banco de la Provincia del crédito-puente “lo que pone en evidencia el retraimiento de la plaza financiera local en el actual marco de elevada inestabilidad de variables macroeconómicas que afectan seriamente la situación económico-financiera de la Argentina, que son de público y notorio conocimiento”.

de las Demandantes, se entiende que, de hecho, las Demandantes no podían concebirlo de otra manera. Las Demandantes afirman correctamente que el contenido y la finalidad de la nota no deben leerse con una connotación negativa<sup>198</sup>. A pesar de las dificultades que había atravesado, AGBA expresó su voluntad de mejorar la cobrabilidad, luego de explorar alternativas menos abruptas que la interrupción de los servicios. AGBA también confirmó la necesidad de un monto considerable de inversiones.

538. La conclusión principal fue que AGBA no pudo alcanzar oportunamente las metas establecidas en el POES Quinquenal y solicitaba, en consecuencia, la implementación de mecanismos correctivos que serían elaborados por una comisión de trabajo, con la suspensión provisoria de las metas de expansión contenidas en el POES.

539. Si bien la proporción de insatisfacción con la situación y la capacidad de AGBA para sobrellevarla pueden ser materia de interpretación, el objetivo principal de la nota definitivamente es que la Concesionaria corría un gran riesgo de ya no ser capaz de cumplir sus compromisos, ni estaba dispuesta a hacerlo, sin el aporte de la Provincia, a través de una nueva negociación del Contrato de Concesión.

540. No es necesario que el Tribunal vuelva a analizar en detalle lo que las Demandantes caracterizan como actos y omisiones del Concedente y del Organismo que afectaron negativamente la generación de ingresos de la Concesionaria y que, de alguna manera, eran el telón de fondo de la nota del 17 de mayo de 2001, aunque no fueron mencionados en dicha misiva. Las Demandantes no presentan ninguna prueba de que estas circunstancias hayan tenido ese efecto en ese momento. Si hubieran tenido ese efecto y realmente eran importantes para AGBA, el contenido de la nota definitivamente habría sido distinto. La mayoría de estos reclamos fueron analizados como parte de las numerosas alegaciones de violación de Contrato que han sido planteadas por las Demandantes y se considera, en gran parte, que no hallan sustento en el Contrato (como la cuestión del “coeficiente de zonificación” y del “padrón catastral”).

541. Es más importante el impacto negativo de la falta de poner las plantas UNIREC en funcionamiento. Sin embargo, si este hecho hubiera tenido un efecto negativo en la perspectiva de AGBA para continuar favorablemente con la Concesión, AGBA definitivamente habría aprovechado la oportunidad de plantear este tema en su nota del 17 de mayo de 2001. Ello no habría sido congruente con la declaración de AGBA, realizada en la nota, de que los índices de incobrabilidad extremadamente altos tuvieron,

---

<sup>198</sup> Desde una perspectiva mucho más amplia, una solicitud de renegociación presentada 17 meses después del comienzo de una Concesión que tenía un plazo de vigencia de 30 años no es sorprendente. Un informe de un asesor del Banco Mundial que analiza miles de concesiones de América Latina durante el período comprendido entre 1985 y 2000 muestra que las concesiones de agua y sanidad tuvieron un índice de renegociación del 74,4%, y que tales renegociaciones ocurrieron, en promedio, 1,6 años después de la adjudicación de la concesión. Ver J. Luis Guasch, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions*, Washington, D.C. 2004, pág. 13 (RA-248).



como consecuencia directa e inmediata, la interrupción reciente de las obras de expansión. En tales circunstancias, la falta de operación de las plantas UNIREC no podía producir una imposibilidad de avanzar con las obras de expansión que la Concesionaria de todos modos había interrumpido por otros motivos.

542. El Tribunal observa que cuando la nota del 17 de mayo de 2001 fue redactada, la crisis, aunque aún no hubiera estallado a la vista de todos, era inminente y era razonable esperar que ocurriera en un futuro muy cercano, dentro de los círculos económicos, financieros e industriales. No obstante, cabe destacar que las circunstancias directamente vinculadas con este importante acontecimiento para la economía de Argentina no fue explícitamente vertido en la nota de AGBA ni mencionadas en el borrador de AGBA para un Protocolo de Entendimiento. Los dos obstáculos principales mencionados en la nota, en ese momento no estaban relacionados con la crisis, es decir, la caída en la cobrabilidad y el monto insuficiente disponible para inversiones. La Demandada apuntó acertadamente a la correspondencia de AGBA del 15 de agosto de 2001 (RA-193) donde se señala que la solicitud de renegociación que estaba basada en la crisis se había hecho originalmente en su nota del 17 de julio de 2001 (RA-192), sin hacer ninguna referencia a la nota del 17 de mayo de 2001. Ese momento se corresponde con el dictado del Decreto Provincial N.º 1960/01, el 12 de julio de 2001 (RA-167, 187, CU-309), poco antes de la nota de AGBA del 17 de julio y poco después de la nota del 17 de mayo.

543. El hecho de que se hubiera celebrado un Protocolo de Entendimiento en febrero de 2001 con la concesión vecina de AZURIX, que abría una puerta para la renegociación, representó un gran incentivo para AGBA, en su intento de avanzar en una dirección similar. Sin embargo, luego de una primera señal positiva de parte del Subsecretario de Servicios Públicos en su nota del 30 de mayo de 2001, y luego del borrador de la Provincia de un Protocolo de Entendimiento a ser firmado en junio de 2001<sup>199</sup>, esta tentativa fracasó. Así, AGBA siguió padeciendo las dificultades que había expresado en su nota del 17 de mayo de 2001.

544. Sobre este último aspecto, la primera cuestión que causaba preocupación en relación con el aumento necesario de la cobrabilidad, arrojó resultados más optimistas en los años posteriores, cuando AGBA se apartó de su política inicial de cortar el suministro a los usuarios morosos e implementó medidas más moderadas, ofreciendo incentivos positivos a aquellos usuarios que cumplieran con el deber de pagar sus facturas.

545. La segunda dificultad era muy diferente e imposible de resolver sin el financiamiento de terceros u otorgado por o a través de los accionistas. Indudablemente, esto era responsabilidad de la Concesionaria y, tal como fue explicado, el incumplimiento de la Concesionaria de ese deber fue de una proporción tan grande que alcanzar las metas

---

<sup>199</sup>Anexo 229 de Walck/Giardino I.

establecidas en el POES se convirtió en una posibilidad muy lejana a la realidad. Los Oferentes habían sido advertidos por su propio equipo de debida diligencia. En este sentido, el Testigo Quijada le dijo a este Tribunal que él había explicado la mala situación de la red y agregó: “Pues que el problema era importante y que había que hacer mucha inversión”<sup>200</sup>.

546. La necesidad de montos importantes de inversión era, como fue explicado, una de las principales características de la inversión desde el inicio. La política de AGBA de obtener fondos suficientes a partir de los ingresos derivados del pago de los servicios por parte de los usuarios fracasó drásticamente. La falta de financiamiento externo no logró compensar esa falta de ingresos internos, lo que definitivamente hizo imposible el cumplimiento del Contrato de Concesión por parte de la Concesionaria y la satisfacción de las metas del primer POES Quinquenal. La solicitud incluida en la nota del 17 de mayo de suspender las metas de expansión en forma temporal era consecuencia inmediata de esa situación, junto con la consecuente propuesta contenida en el borrador del Protocolo de Entendimiento, a ser firmado en junio de 2001 de centrarse únicamente en las inversiones urgentes.

547. No obstante, esta no es una conclusión que abarque toda la duración de la Concesión hasta el momento de su rescisión. La situación prevaleciente en el momento en que se escribió la nota del 17 de mayo de 2001 y la que vino después podrían haberse reparado si la República Argentina no hubiera sufrido los hechos dramáticos que sufrió luego de la crisis económica que comenzó a mediados de 2001 y que derivó en la emergencia del país desde principios de 2002. Lo anterior también merece ser tenido en cuenta.

## **VI. Trato justo y equitativo**

### **A. Ley aplicable al fondo de la controversia**

548. Las Demandantes alegan que la disposición básica aplicable al fondo de la controversia es el Artículo 42 del Convenio del CIADI, que debe aplicarse en forma articulada con el Artículo X(5) del TBI. El acuerdo entre las partes al que hace referencia el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI se consagra en el Artículo X(5) del TBI. Por consiguiente, las normas aplicables son las siguientes: los principios y derechos establecidos en el TBI, aquellos consagrados en otros tratados en vigor entre España y la República Argentina, el derecho argentino y los principios generales de derecho internacional. Las Demandantes señalan que la aplicación de las disposiciones, principios y derechos establecidos en el TBI son esenciales para la resolución de la controversia.

---

<sup>200</sup> TR-S, Día 2, pág. 381/12-13.

Señalan asimismo que este TBI es muy similar a otros TBI, e incluso al acuerdo del TLCAN.

549. Asimismo, las Demandantes observan que, a pesar de no ser vinculantes, también deben tomarse en consideración los Lineamientos para el Tratamiento de las Inversiones Extranjeras (CUL-36), cuyo fin es el de promover inversiones. Estos lineamientos complementan los tratados bilaterales o multilaterales. Las decisiones previas de arbitraje, si bien no tienen la fuerza de un precedente, determinan principios generales de derecho, que son fuentes de derecho internacional.

550. Las Demandantes también señalan que el Artículo X(5) del TBI también hace referencia al derecho interno del estado receptor. Las Demandantes cumplieron en todo momento con las normas de derecho interno. Fue por ello que terminaron con una participación del 47,4122% en AGBA. Las leyes de la Argentina disponen que los contratos están hechos para ser cumplidos. Se violó la ley. Las tarifas se congelaron en un tercio de su valor. Incluso después de casi nueve años, la situación aún no se ha subsanado. La aplicación del derecho interno tiene claros límites. El Tribunal Arbitral no es un tribunal interno. La cuestión es determinar si estos incumplimientos constituyen una violación del TBI. No obstante ello, las Demandantes agregan que los actos y omisiones que dieron lugar a estos reclamos no solo constituyen violaciones del TBI sino que también infringen la Constitución Argentina.

551. Las normas y principios de derecho internacional constituyen otro límite a la aplicación del derecho interno. Conforme al sistema constitucional de la Argentina, los tratados prevalecen sobre el derecho interno. Así lo determinó la Corte Suprema de Justicia en un fallo de 1992.

552. En síntesis, las Demandantes aducen que se violó el TBI, se violaron principios de derecho internacional y también las leyes de la República Argentina.

553. La Demandada también cita el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI y concuerda en que el acuerdo al que se hace referencia es el consagrado en el Artículo X(5) del TBI. Las Demandantes aceptaron esta disposición invocando el TBI a fin de poder presentar el reclamo. Por consiguiente, el Tribunal debe aplicar el TBI, el derecho argentino y los principios generales de derecho internacional aplicables a esta cuestión en particular.

554. Sin embargo, la Demandada alega que la afirmación de las Demandantes de que la aplicación de las disposiciones y principios del TBI es esencial para resolver esta controversia es errónea.

555. En primer lugar, el Tribunal debe aplicar el derecho internacional. Esto significa aplicar no solo el TBI, sino el derecho internacional en general. Un TBI no es una serie de normas aisladas. Eso es precisamente lo que dispone el Artículo X(5), al hacer referencia a las disposiciones de derecho internacional privado, que comprende todas las disposiciones aplicables de derecho internacional de carácter vinculante.

556. En segundo lugar, el Artículo X(5) dispone que el Tribunal debe aplicar las leyes de la República Argentina. Esta disposición impone el consentimiento de las partes a decidir las controversias que pudieran surgir de violaciones de otras normas de derecho internacional o del derecho interno de la Argentina. El derecho interno es el sistema jurídico al que el inversor se somete en forma voluntaria. El papel fundamental de la ley argentina es definir los derechos que asisten a las Demandantes. El derecho internacional general no define adecuadamente los institutos de contrato, acción, patente, etc. Estas cuestiones se regulan en el derecho interno. Una vez definidos, los derechos en cuestión gozan de la protección de ciertas normas de derecho internacional consuetudinario y del derecho de los tratados.

557. Debe aplicarse el TBI, el derecho argentino y el derecho internacional general en forma conjunta y armoniosa. El Tribunal debe aplicar estas tres fuentes distintas de derecho de manera tal que ninguna de ellas anule las otras. La libertad del Estado receptor de aprobar o modificar las normas y regulaciones para promover políticas de carácter general o específico prácticamente no se ve afectada por un TBI.

558. El Tribunal señala que el Artículo X(5) del TBI dispone claramente el principio de que los reclamos presentados a este Tribunal deben dirimirse de conformidad con las disposiciones del TBI. No obstante, ello no significa que algunas cuestiones particulares, relevantes a los requisitos asociados a los reclamos planteados conforme al TBI, no puedan determinarse en conjunción con (“y”) otras fuentes de derecho, tal como se indica en el Artículo X(5) que las considera aplicables, “si procede”. Cabe también señalar que, respecto de ciertas cuestiones en particular, el TBI hace referencia al derecho interno, es decir, relaciona el contenido y el alcance de los derechos asociados a distintas categorías de bienes (Art. I(2)), y en relación con las inversiones efectuadas “de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión”, lo que se refiere al derecho interno del Estado Parte en el que se hizo la inversión (Art. II(1), III(1), V). También hace referencia a las cuestiones reguladas por el derecho internacional general (Art. VII(1)).

## B. Artículo V del TBI y el estándar de trato justo y equitativo

### 1. *Posición de las Demandantes*

559. Las Demandantes comienzan explicando que las obligaciones consagradas en los Artículos III y IV del TBI están estrechamente relacionadas. Regulan derechos esenciales

del inversor extranjero, a saber (i) el derecho a que su inversión no se vea obstaculizada por medidas injustificadas o discriminatorias (ver Art. III) y (ii) el derecho a un tratamiento justo y equitativo, que no podrá ser menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país (Art. IV). El Artículo que antecede a los citados se titula “Promoción y admisión”, y todos ellos forman parte de un TBI celebrado “para la promoción y la protección recíproca de inversiones”.

560. Las Demandantes recuerdan que la exitosa campaña de privatización en la Argentina generó una mejora significativa de los servicios públicos a los que se destinó el capital extranjero. El Marco Regulatorio establecido por la Provincia era muy atractivo para los inversores. El requisito de protección comprendido en el test del trato justo y equitativo también se aplicaba una vez realizada la inversión. El estándar de trato justo y equitativo y el derecho a plena protección y seguridad, deben considerarse una unidad, y no se pueden interpretar en forma aislada. Fue precisamente esa protección y trato lo que la Argentina no acordó a las inversiones de las Demandantes.

561. El Marco Regulatorio establecía una serie de garantías que tenían por objeto brindar seguridad a cualquier inversor diligente, incluidos los mecanismos necesarios para garantizar que las tarifas fueran razonables y que, incluso ante una crisis monetaria, las tarifas se mantuvieran a niveles adecuados para cubrir los costos de servicio y una tasa de retorno, preservando así el equilibrio económico y financiero de la Concesión. Las Demandantes también señalan que el Informe de Schroders, de julio de 1998, disponía que los principales atractivos de la propuesta transferencia de servicios a los potenciales inversores era un marco de inversiones estable y atractivo tanto en la Argentina como en la Provincia.

562. El reclamo planteado por las Demandantes en este procedimiento se basa en el hecho de que la buena predisposición, demostrada por el Estado al inicio del proceso de privatización, no se mantuvo durante el término de una inversión realizada con miras al largo plazo. En el caso de AGBA, no se aplicó siquiera en los primeros años tras la firma del Contrato. Incluso antes de la denominada emergencia económica, el Concedente y el Organismo Regulador ya habían adoptado medidas que tenían un impacto negativo en la inversión. Al declararse la emergencia, la Provincia eligió eliminar los ajustes de tarifas, concebidos para ajustar las tarifas en épocas de crisis. El reclamo se basa en los hechos u omisiones del Gobierno Argentino y la Provincia, que perpetuaron y agravaron el impacto de la emergencia sobre AGBA y sus accionistas, negándoles cualquier posibilidad de restaurar el equilibrio económico-financiero de la Concesión.

563. Esencialmente, se privó a las Demandantes del retorno sobre sus inversiones antes de que transcurriera siquiera una décima parte del plazo de su inversión. Como resultado de las medidas que pesificaron las tarifas a un tipo de cambio de USD 1 = ARS 1 y las

congelaron, perdiendo así cualquier posibilidad de obtener los resultados que razonablemente se podrían haber esperado si se hubieran aplicado tarifas adecuadas para cubrir los costos y generar un retorno razonable. Poco después de un año desde estas medidas, se encontraron ante una reforma sustancial del Marco Regulatorio. El Nuevo Marco Regulatorio exigía un proceso de renegociación, pero el Concedente trató este requisito como una mera formalidad, y mantuvo en vigor todas las obligaciones de la Concesionaria. Esta situación se vio luego agravada por la rescisión del Contrato, poco después de transcurrida una quinta parte del plazo de la Concesión. De esta manera, la situación pasó a ser irreversible y desoladora. Asimismo, AGBA claramente fue discriminada si se la compara con ABSA.

564. La protección de trato justo y equitativo consagrada en el Artículo IV del TBI es un estándar absoluto que se aplica a cada inversión en su situación concreta. A diferencia de una cláusula de trato nacional o de nación más favorecida, esta no depende del trato dispensado a otras inversiones. El estándar debe aplicarse en términos absolutos. El estándar de trato justo y equitativo es un estándar objetivo que no requiere mala fe de parte del Estado receptor. No guarda relación con el trato nacional. Un determinado tratamiento puede resultar admisible conforme al derecho interno, pero no por ello excluye la posibilidad de un reclamo por trato injusto e inequitativo conforme al TBI. Un Estado debe brindar trato justo y equitativo a las inversiones extranjeras incluso si le negara dicho trato a sus propios nacionales. Los Estados están llamados a cumplir rigurosamente con la obligación de trato justo y equitativo.

565. Las Demandantes plantean también que el estándar excede el derecho internacional consuetudinario y que va más allá del estándar de trato mínimo. Hoy, para considerarse como trato injusto e inequitativo, ya no es necesario que el acto en cuestión se haya realizado de mala fe o que constituya un insulto (como se planteó en el caso *Neer* en 1926<sup>201</sup>). Esta concepción minimalista ha sido reemplazada por un estándar más flexible, en manos del Tribunal Arbitral.

566. Si bien los términos “justo” y “equitativo” son un tanto vagos, esto no significa que el estándar en su totalidad carezca de sustancia. Tal como lo indicó el Tribunal del caso *Mondev*, lo justo y equitativo no se puede juzgar en abstracto, sino que depende de los hechos de cada caso en particular<sup>202</sup>.

567. Entre otros tantos laudos arbitrales, las Demandantes citan la decisión del Tribunal del caso *National Grid*, que determinó que el estándar de trato justo y equitativo protege las expectativas legítimas del inversor al momento en que se efectúa la inversión, con

---

<sup>201</sup> *L.F.H. Neer and Pauline Neer c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo del 15 de octubre de 1926 (CUL-50, ALRA-200).

<sup>202</sup> *Mondev International Ltd c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo del 11 de octubre de 2002 (CUL-49).

base en declaraciones, compromisos o condiciones específicas ofrecidas por el Estado receptor<sup>203</sup>. Al aplicar este estándar, se solicita al Tribunal que considere los detalles particulares de las garantías ofrecidas al momento en que se realizó la inversión y la postergación injustificada y vana del proceso de renegociación.

568. Si bien la situación en el caso de la concesión de AZURIX no era tan grave como la de AGBA, el Tribunal que resolvió sobre esa concesión concluyó que el accionar de las autoridades provinciales reflejaban una conducta generalizada de la Provincia en violación del estándar de trato justo y equitativo<sup>204</sup>. El Tribunal también explicó que este estándar es un estándar objetivo, que no requiere del dolo o la mala fe de la Demandada. Las normas acordadas en el TBI presuponen una predisposición favorable frente a las inversiones extranjeras, incluido un comportamiento proactivo por parte del Estado para alentarlas y protegerlas. En el caso *Azurix*, la Demandada citó la Concesión de AGBA como ejemplo de desempeño más deficiente en comparación con *Azurix*. AGBA también se vio forzada, al igual que *Azurix*, a rescindir la Concesión debido al incumplimiento del Concedente, ya que la Provincia procuró adelantarse rescindiendo el contrato alegando supuestos incumplimientos de la Concesionaria. Al comparar las circunstancias relativas a la operación de las dos concesiones, si se violó el estándar de trato justo y equitativo en el caso *Azurix*, no se puede arribar a ninguna otra conclusión en el caso de CABB y URBASER.

569. En el caso *Suez/Agbar/Interagua*, la concesión se había adjudicado en 1995 en la Provincia de Santa Fe y fue rescatada por el Estado en enero de 2006. En su laudo del 30 de julio de 2010, el Tribunal concluyó que “the Province’s actions in refusing to revise the tariff according to the legal framework of the Concession and in pursuing the forced renegotiation of the Concession Contract contrary to that legal framework violated its obligations under the applicable BITs to accord the investments of the Claimants fair and equitable treatment.” (“Argentina, al rehusarse a ajustar las tarifas conforme al marco jurídico de la Concesión y promover la renegociación forzada del Contrato de Concesión, en contravención de ese marco jurídico, faltó al cumplimiento de las obligaciones que había asumido, en virtud del TBI aplicable, de acordar a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo”)<sup>205</sup>. En el caso paralelo de *Suez/Agbar/Vivendi*, el Tribunal arribó a la misma conclusión, con la diferencia de que se determinó que el primer incumplimiento de la Demandada se había producido el 6 de enero de 2002, al

---

<sup>203</sup> *National Grid P.L.C c. República Argentina*, Laudo del 3 de noviembre de 2008 (CUL-45, ALRA-219).

<sup>204</sup> *Azurix c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006 (CUL-13, ALRA-132).

<sup>205</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/19, Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010 (CUL-5, ALRA-239). Traducción del Tribunal.

aprobarse la ley de emergencia<sup>206</sup>. La concesión en este caso fue rescindida en marzo de 2006 y motivó la rescisión de la concesión de AGBA tres meses más tarde. En ambas decisiones, el árbitro Nikken, en una opinión separada, entendió que había habido una violación del estándar de trato justo y equitativo, pero consideró que el proceso de renegociación en sí no constituía una violación.

570. El Tribunal a cargo del caso *National Grid* arribó a una conclusión bastante similar “que la Demandada violó la norma del trato justo y equitativo porque: a) modificó fundamentalmente el marco jurídico con base al cual la misma la Demandada había propiciado la realización de inversiones y la Demandante las había efectuado, b) no se llevaron a cabo negociaciones durante el plazo de dos años transcurrido entre el momento de la adopción de las Medidas y la venta de las acciones en Transener por parte de la Demandante”. A pesar de que este caso se refiere a un servicio público distinto, se produjo una reforma sustancial del marco regulatorio y una falta de proceso serio y realista de renegociación. El Tribunal tomó en consideración las circunstancias imperantes en ese momento en la República Argentina, y concluyó que no se puede aislar completamente al inversor de las circunstancias del país en diciembre de 2001 y los meses subsiguientes. No obstante ello, el Tribunal limitó las exenciones de responsabilidad a la época entre el 6 de enero y el 25 de junio de 2002.

571. Las Demandantes luego explican, más específicamente que una de las manifestaciones más claras de la noción de trato justo y equitativo es el principio de transparencia y confianza legítima que constituye uno de sus pilares. Si un Estado adopta medidas que pueden afectar al inversor, debe analizarse si dichas medidas tienen un impacto en las expectativas razonables del inversor.

572. El Tribunal del caso *CME* manifestó que, en este caso en particular la obligación de trato justo y equitativo se había violado “mediante la destrucción de los acuerdos en virtud de los cuales se había atraído la inversión extranjera”<sup>207</sup>. En el caso *Metalclad*, El Tribunal concluyó que “México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible” y que las circunstancias habían demostrado “una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN”<sup>208</sup>. En el caso *Tecmed*, las autoridades mexicanas se negaron a renovar la autorización para funcionar dos años después de realizada la inversión. El Tribunal determinó que el principio de buena fe le exigía “brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió

---

<sup>206</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010, Caso CIADI N.º ARB/03/17 (CUL-8, ALRA-240).

<sup>207</sup> *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001 (CUL-56).

<sup>208</sup> *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/97/1, Laudo del 30 de agosto de 2003 (CUL-57).



realizar su inversión”. El inversor espera que el Estado receptor actúe “de manera que éste pueda conocer de manera anticipada las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades”<sup>209</sup>. Las conclusiones de este Laudo hicieron eco en el Laudo *Saluka*<sup>210</sup>.

573. Si el Laudo *Tecmed* determinó que la transparencia debía permitirle al inversor conocer de manera anticipada no sólo las normas o reglamentaciones sino también las políticas perseguidas por tal normativa, no cabe duda de que la Provincia y el Gobierno Nacional estuvieron lejos de ofrecer tal transparencia. Las Demandantes no podían esperar que la potestad de la Concesionaria de fijar las tarifas aplicables a la prestación del servicio se vieran afectadas de la forma en que sucedió. Más adelante, sufrieron las graves consecuencias de las modificaciones del Marco Regulatorio, con el expreso objetivo de dar cobertura legal a las empresas del estado. Por último, se encontraron, de manera totalmente imprevista, con la decisión del Poder Provincial Concedente de ejercer el mecanismo de rescisión, que posibilitó la nacionalización o confiscación de la Concesión, invocando supuestos incumplimientos sin fundamento alguno y por los cuales la Concesionaria jamás había sido sancionada. Por consiguiente, la Provincia utilizó el instrumento jurídico de la rescisión para un fin completamente distinto de aquel para el que fue concebido.

574. Otros Tribunales también han citado el Laudo *Tecmed* para determinar qué se entiende por transparencia. Uno de ellos fue el Tribunal del caso *Azurix*.

575. Otros dos casos son *Suez/Agbar/Vivendi* y *Suez/Agbar/Interagua*. En el primero de ellos, el Tribunal recalcó la necesidad de evaluar la confianza del inversor en función de criterios objetivos. Señaló que los tribunales arbitrales gradualmente le han dado un mayor peso a las expectativas legítimas creadas por un estado receptor. El “Gobierno del país receptor, a través de sus leyes, reglamentos, políticas declaradas y otras manifestaciones genera en él ciertas expectativas con respecto a la naturaleza del tratamiento que puede prever que se le dará en el Estado receptor”. Tras analizar las críticas del Comité de Anulación de *MTD* al Laudo *Tecmed*, el Tribunal del caso *Suez/Agbar/Vivendi* insistió en la necesidad de alimentar las expectativas del inversor sobre las Leyes y regulaciones del estado receptor. Ello revestía aún más importancia en el caso que nos ocupa, que se refiere a una inversión en el sistema de agua y cloacas de Buenos Aires, en el cual Argentina “procuró deliberada y activamente crear esas expectativas en las Demandantes y en otros potenciales inversores para obtener el capital y la tecnología que necesitaba para revitalizar y ampliar el sistema de agua y desagües cloacales de Buenos Aires”. El mismo Tribunal concluyó que el Contrato de Concesión y el marco jurídico de la Concesión “establecen las condiciones ofrecidas por la Argentina

---

<sup>209</sup>*Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003 (CUL-58, ALRA-15).

<sup>210</sup>*Saluka Investments BV c. República Checa*, Laudo Parcial del 17 de marzo de 2006 (CUL-59, ALRA-137).

a la fecha en que las Demandantes realizaron su inversión”, de modo tal que podían crear expectativas legítimas, razonables y justificadas de que la “Argentina respetaría el Contrato de Concesión a lo largo de los 30 años de vida de esta última [la Concesión]”. En tal sentido, se señaló que: “Al igual que todo inversor racional, las Demandantes concedieron gran importancia al régimen de tarifas estipulado en el Contrato de Concesión y en el marco regulatorio”.

576. Si las empresas que invirtieron en Aguas Argentinas tenían expectativas legítimas para confiar en la continuidad del marco regulatorio y el cuadro tarifario bajo los cuales realizaron su inversión, lo mismo se aplica, como mínimo, acerca de CABB y URBASER cuando éstas decidieron invertir en AGBA.

577. En respuesta a los argumentos de la Demandada, las Demandantes señalan que el alcance que le atribuye la Demandada al estándar de trato justo y equitativo es significativamente más limitado que el reconocido habitualmente. La posición de la República Argentina es que el estándar de trato justo y equitativo refleja el estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario. El umbral para determinar que se produjo un incumplimiento es alto. En sustento de dicha posición, la Demandada cita esencialmente una interpretación parcial y sesgada de los desarrollos en los procesos arbitrales sustanciados conforme al Artículo 1105 del TLCAN. Esta interpretación no es correcta, e incluso si lo fuera, no se aplicaría al TBI España-Argentina.

578. De conformidad con este TBI, el estándar de trato justo y equitativo es más amplio que el estándar de trato mínimo. Varios juristas han sostenido que el estándar de trato justo y equitativo otorga una mayor protección en casos como el que nos ocupa, y que el trato justo y equitativo consagra un estándar mayor adicional al estándar de trato mínimo del derecho consuetudinario. La existencia de un proceso de privatización y de un compromiso de mantener un cierto nivel de tarifas, por lo general, se señala como elementos concluyentes a la hora de determinar la existencia de expectativas legítimas del inversor respecto de la preservación de sus derechos. El incumplimiento de tales compromisos constituye una violación de la obligación de conceder a la inversión trato justo y equitativo.

579. La cita del Laudo *BG* es perfectamente apropiada<sup>211</sup>. Allí se subraya la relevancia de haber ofrecido un marco regulatorio atractivo y tarifas en dólares estadounidenses que garantizaban una cierta tasa de retorno sobre la inversión; y se prueba que la República Argentina violó dichas expectativas mediante la pesificación y, al hacerlo, violó también su obligación de conceder a la inversión un trato justo y equitativo. En el Laudo se explica que, cuando se produjo la devaluación de la moneda, la Argentina modificó fundamentalmente el Marco Regulatorio de las inversiones que debía aplicarse

---

<sup>211</sup> *BG Group Plc c. República Argentina*, Laudo final del 24 de diciembre de 2007 (CUL-96, ALRA-218).

precisamente ante una devaluación de la moneda y variaciones en los costos. La Argentina dejó sin efecto los compromisos asumidos frente al inversor cuando éste había puesto la mayor parte de sus expectativas legítimas y razonables en la estabilidad y predictibilidad del marco jurídico y comercial de las inversiones.

## 2. *Posición de la Demandada*

580. La posición básica de la Demandada es que el estándar de trato justo y equitativo refleja el estándar de trato mínimo del derecho internacional consuetudinario. El trato justo y equitativo no es un estándar de conducta nuevo y autónomo. No hay pruebas concluyentes de que esa haya sido la intención de los Estados Parte al celebrar el TBI. El Árbitro Nikken así lo explica en su voto en disidencia en los Laudos *Suez* (ALRA-180).

581. La posición de asimilar el estándar de trato justo y equitativo al estándar de trato mínimo del derecho internacional ha sido elegida por varios Estados y por decisiones de tribunales y cortes internacionales, al igual que por muchos juristas. Este estándar guarda estrecha relación con las nociones de razonabilidad y proporcionalidad contempladas en el caso *Neer*. El Tribunal del caso *Glamis* adoptó la misma posición<sup>212</sup>.

582. Si bien ese estándar refleja el estado de la evolución del derecho internacional consuetudinario, el umbral para determinar que se produjo una violación del estándar sigue siendo alto. Muchos tribunales han limitado el estándar a aquellas situaciones en las cuales se consideró que la conducta del Estado receptor había sido groseramente injusta o arbitraria. Los hechos que dan lugar a una violación del estándar son aquellos que, cuando se los pondera en el contexto fáctico correspondiente, constituyen una clara denegación de justicia o arbitrariedad manifiesta que no alcanzan los estándares internacionales aceptables.

583. Las Demandantes se confunden al interpretar que las decisiones dictadas por algunos tribunales implican convertir el trato justo y equitativo en algo distinto del estándar citado por los Estados. El argumento de las Demandantes de que el trato justo y equitativo ha pasado ser un “estándar flexible en manos del Tribunal Arbitral” es extremadamente peligroso.

584. El Laudo *Tecmed* citado por las Demandantes ha sido objeto de serias críticas. Entre otras, el Comité de Anulación del caso *MTD* concluyó que un tribunal que pretendía convertir las expectativas legítimas del inversor en una serie de derechos distintos de los establecidos en el TBI o que surgieran de que éste se estaría excediendo en sus funciones<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> *Glamis Gold Ltd c. Estados Unidos de América*, Laudo del 8 de junio de 2009 (ALRA-201, CUL-63).

<sup>213</sup> *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile*, Caso CIADI N.º ARB/01/7, Decisión sobre Anulación del 21 de marzo de 2007 (ALRA-205).

585. En respuesta a los argumentos de las Demandantes, la Demandada explica que cuando un término utilizado en un tratado tiene un determinado significado reconocido en el derecho internacional consuetudinario, la referencia a ese derecho consuetudinario es el “sentido corriente” de dicho término. Por consiguiente, el sentido corriente del trato justo y equitativo no difiere del estándar de trato mínimo del derecho internacional consuetudinario. Las reglas generales de interpretación de los tratados permiten ubicar el estándar de trato justo y equitativo en el mismo nivel que el estándar de trato mínimo conforme a derecho internacional. También prohíben la incorporación de las expectativas de los inversores y la estabilidad del marco regulatorio al estándar de trato justo y equitativo.

586. El trato justo y equitativo no garantiza una interpretación amplia cuyo fin último es el de proteger las expectativas del inversor. Este último concepto no se menciona en el TBI ni en ningún otro TBI suscrito por la República Argentina. Asimismo, el trato justo y equitativo no constituye una garantía de rentabilidad para los inversores extranjeros. Esta referencia al “objeto y fin” del TBI tampoco permite asimilar el estándar de trato justo y equitativo con las inversiones de los inversores. El TBI tampoco hace referencia a la “confianza legítima” invocada por las Demandantes, que no logran explicar el significado de dicho término.

587. Las Demandantes discrepan con la República Argentina de la interpretación del estándar de trato justo y equitativo consagrada en el Artículo 1105 del TLCAN. La Demandada sostiene que la falta de una aclaración, como la establecida en el Artículo 1105 del TLCAN, no cambia el sentido ordinario de los términos utilizados en tratados que no contienen la misma explicación. El estándar de trato justo y equitativo también ha sido asimilado al estándar de trato mínimo en decisiones de otros tribunales en materia de arbitrajes internacionales que se basaron en dichos tratados.

588. El hecho de que el estándar refleje la evolución del derecho internacional consuetudinario no significa que incluye los elementos de trato justo y equitativo invocados por las Demandantes, tales como las expectativas de los inversores o la estabilidad del marco regulatorio. Los hechos que dan lugar a una violación del estándar son aquellos que, al analizarlos en el contexto fáctico correspondiente, constituyen arbitrariedad manifiesta, discriminación, clara denegación de justicia o falta de debido proceso, cuyo resultado resulta contrario al sentido de propiedad judicial.

589. La incorporación de las expectativas de los inversores al estándar de trato justo y equitativo no se deriva de una interpretación que se ajuste al “sentido corriente” de los términos “trato justo y equitativo”. Tal como lo explica el Profesor Kingsbury, tratar las “expectativas legítimas” casi como una fuente autónoma de responsabilidad no es algo

que surja del texto de la mayoría de los TBI<sup>214</sup>. El estándar de trato justo y equitativo no exige que el régimen jurídico interno del estado Receptor se mantenga intacto. Tal como lo explica el Experto, la idea de que las expectativas legítimas y, por tanto, el trato justo y equitativo, implican la estabilidad del marco jurídico y comercial no es correcta si se formula de forma extremadamente amplia e irrestricta<sup>215</sup>.

590. La Demandada reitera que el trato justo y equitativo no ofrece ninguna garantía de estabilidad del marco de negocios de las inversiones. Los tratados bilaterales de inversión no son políticas de seguro contra los malos negocios. No fueron concebidos para ofrecer ninguna garantía de rentabilidad a los inversores extranjeros. Los tribunales arbitrales deben tomar en consideración la situación particular de un gobierno que tiene responsabilidades esenciales que subsisten y que no están excluidas del TBI. Las Demandantes quieren que el Tribunal aplique el estándar de trato justo y equitativo completamente aislado del contexto en el cual se adoptaron las medidas de emergencia supuestamente contrarias a ese estándar.

591. Las Demandantes procuran invocar un derecho a la inmutabilidad del Marco Regulatorio. No obstante, el estándar de trato justo y equitativo no es una póliza de seguro contra los malos negocios, y los TBI no fueron concebidos para ofrecer garantías de rentabilidad a los inversores extranjeros. Tal como lo manifestara el Tribunal del caso *Total*, los Estados Parte de un TBI no renuncian, por su mera firma, a su potestad regulatoria, ni ello limita su responsabilidad de modificar su legislación en el ejercicio habitual de sus prerrogativas y obligaciones<sup>216</sup>. Tal como sostuvo el Tribunal del caso *Continental*, la estabilidad del marco jurídico aplicable a las inversiones no es una obligación jurídica *per se* para las partes del TBI<sup>217</sup>. Y el Tribunal del caso *EDF c. Rumania* concluyó que el estándar de trato justo y equitativo no supone el congelamiento virtual de la regulación de las actividades económicas, en contraste con la potestad regulatoria normal del Estado y la naturaleza evolutiva de la vida económica<sup>218</sup>. Por este motivo, el Tribunal del caso *Parkerings* concluyó que salvo por la existencia de un acuerdo, tal como una cláusula de estabilización o algo similar, no hay nada objetable en la modificación del marco regulatorio vigente al momento en que el inversor hizo su inversión<sup>219</sup>.

---

<sup>214</sup> Kingsbury, párr. 20.

<sup>215</sup> *Ibid.*, párr. 24.

<sup>216</sup> *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad del 27 de diciembre de 2010 (ALRA-210).

<sup>217</sup> *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/03/9, Laudo del 5 de septiembre de 2008 (ALRA-140).

<sup>218</sup> *EDF (Services Limited c. Rumania*, Caso CIADI N.º ARB/05/13, Laudo del 8 de octubre de 2009 (ALRA-209).

<sup>219</sup> *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI N.º ARB/05/8, Laudo del 11 de septiembre de 2007 (ALRA-206).

592. El intento de las Demandantes de reducir el estándar de trato justo y equitativo a una obligación absoluta de proteger las expectativas del inversor respecto de ganancias en cualquier circunstancia, incluso en el caso de negligencia por parte del inversor mismo o de un tercero, es contrario a la razón y jurídicamente inadmisibles. El Tribunal del caso *Total* explicó que también deben tomarse en consideración el contexto de evolución de la economía del estado receptor y la razonabilidad de los cambios normativos. También tomó en consideración que los cambios al marco regulatorio, del gas introducidos por las medidas adoptadas, debían analizarse en el contexto de la grave emergencia económica que atravesaba la Argentina en 2001-2002. El Tribunal del caso *Suez* determinó que no se puede analizar únicamente las expectativas subjetivas de las Demandantes. Por el contrario, el Tribunal debe analizar esas expectativas desde un punto de vista objetivo y razonable: ¿Cuáles deberían haber sido las expectativas legítimas y razonables de un inversor razonable, sobre de una propuesta de inversión en una concesión de servicio de agua y desagües cloacales que se extendería por un período de 30 años en la Argentina, considerando el marco jurídico de la concesión y teniendo en cuenta la historia del país y sus circunstancias políticas, económicas y sociales? Un abordaje adecuado sería lograr un equilibrio entre las expectativas legítimas de las Demandantes y la potestad de la República Argentina de dictar normas por razones de orden público. Este fue el método adoptado por el Tribunal del caso *Saluka*, al manifestar que ningún inversor podía esperar razonablemente que las circunstancias imperantes al momento en que se hizo la inversión se mantuvieran completamente intactas.

593. Al momento del proceso de la licitación, la Argentina siempre se había referido a la situación socioeconómica del país a fines de 1999. Las circunstancias particulares respecto de la Concesión se habían comunicado a los Oferentes, en particular mediante el Informe Schrodgers. Por consiguiente, en ese momento se les comunicó a los Oferentes que se trataba de una Concesión de alto riesgo, que requería inversiones significativas y que tenía un bajo nivel de cobertura y tasas muy bajas de cobrabilidad. También se les explicó que la gente a la que se le prestarían servicios tenía recursos económicos muy limitados y se habían visto gravemente afectados por la crisis económica, social e institucional que había golpeado a la República Argentina. Estos riesgos no solo no se informaron a los Oferentes, sino que también quedaron en claro por la falta de Oferentes y la pequeña suma por la cual se adjudicó la Concesión.

594. La determinación de la violación de las obligaciones del Estado receptor, conforme al estándar de trato justo y equitativo, debe realizarse con la más alta deferencia que el derecho internacional, por lo general extiende al derecho de las autoridades internas de regular dichas cuestiones dentro de sus propios límites. Está sobreentendido que el inversor puede esperar que el Estado receptor implemente sus políticas de buena fe, mediante conductas que encuentren una justificación razonable en las políticas públicas, en la medida en que afectan a los inversores. La evolución del derecho del Estado receptor forma parte del entorno en el que operan los inversores. El derecho

internacional reconoce que un inversor se obliga a las leyes del Estado receptor y asume el riesgo de que haya modificaciones subsiguientes a las normas o que se podrán adoptar nuevas medidas. El Tribunal del caso *Parkerings* subrayó que cualquier hombre de negocios o inversor sabe que las leyes evolucionan con el tiempo. El estándar de trato justo y equitativo requiere un trato de buena fe, transparente y razonable, libre de toda arbitrariedad y discriminación y no protege las expectativas de absoluta estabilidad del marco legal y comercial. El entorno social y económico de un Estado receptor es relevante para dicha determinación. En tal sentido, debe tomarse en consideración la discrecionalidad del Estado para dictar resoluciones por razones de interés público o de orden público.

595. Incluso si debiéramos incluir las supuestas expectativas legítimas de los inversores en el estándar de trato justo y equitativo, no se puede alegar seriamente que la creación de la Agencia de Desarrollo de Inversiones o la publicación de su informe dieron lugar a expectativas legítimas de parte de las Demandantes en este caso. Estos hechos se produjeron años antes de la supuesta inversión, no estaban dirigidos a las Demandantes y no consagraban compromisos específicos respecto de la Concesión de AGBA. De igual manera, las manifestaciones del Presidente de la República no pueden generar dichas expectativas. Tampoco contenían ningún compromiso específico en relación a las Demandantes.

596. Asimismo, las Demandantes sostienen que como supuestamente se frustraron las expectativas legítimas de Aguas Argentinas y AZURIX, tal como lo determinaron los tribunales a cargo de estos casos, el Tribunal debe concluir que en este caso también se violaron las expectativas legítimas de las Demandantes. La conclusión de las Demandantes carece de sustento jurídico, y no distingue entre esos arbitrajes y éste. Las concesiones eran muy distintas unas de otra. En primer lugar, el momento es distinto. Las concesiones referentes a las distintas empresas de Aguas Argentinas se adjudicaron en 1993 y 1995, es decir, entre 4 y 7 años antes de que se le adjudicara la Concesión a AGBA. Fue en 1998 que Argentina comenzó a experimentar la recesión económica y, fue en ese contexto que las Demandantes decidieron realizar la supuesta inversión, en una región en la que la población tenía un nivel socioeconómico y educativo extremadamente bajo. Por consiguiente, el contexto de recesión y las características particulares del área de la concesión demuestran que las supuestas expectativas de las Demandantes no pueden haber sido las mismas que pudieron tener quienes invirtieron en otras concesiones. Lo que difiere en particular es el hecho de que la característica más saliente de la Región B es que se trataba de una Concesión de alto riesgo, que cubría una de las áreas más pobres de la Argentina. Esto se reflejaba en niveles muy bajos de cobertura de los servicios de agua potable y desagües cloacales. Por tanto, era esencial que el adjudicatario cumpliera con sus obligaciones de expansión del servicio y realizara inversiones afines con las metas y objetivos establecidos en el Contrato. Este no fue el caso con las demás concesiones. En efecto, en el arbitraje de Azurix no se invocaron las

medidas de emergencia. La rescisión del contrato tuvo lugar prácticamente al mismo tiempo que la declaración de la emergencia.

597. Tal como lo han reconocido las Demandantes, este Tribunal tiene la obligación de considerar las circunstancias de este caso. En referencia a la Ley N.º 25.561, las Demandantes no alegan que esta haya violado sus expectativas legítimas, sino que traicionó su “confianza”, situación que se vio agravada por la demora injustificada de un proceso de renegociación que jamás se llevó a cabo seriamente y con un enfoque realista por parte del Concedente. El TBI no establece ninguna obligación de proteger la “confianza” de los inversores. En todo caso, fue la confianza de la Provincia la que se vio efectivamente traicionada, ya que confió en que la Concesionaria realizaría las expansiones y las inversiones necesarias para mejorar la situación de la población de la Región B.

598. Tal como se explicó en el caso *Suez*, no existe un principio de equilibrio económico-financiero. E incluso si existiera tal principio, la primera interferencia del Contrato de Concesión fue provocada por la Concesionaria a mediados de 2001, antes de la adopción de las medidas de emergencia. Los motivos invocados en ese momento fueron el nivel de incobrabilidad “imprevisible” registrado y las dificultades para obtener el financiamiento necesario. Dado que la Concesionaria jamás pudo obtener el financiamiento requerido, sus gastos fueron más bajos que los previstos originalmente, ya que no tuvo que devolver préstamos que nunca obtuvo. Y como muchas de las inversiones requeridas jamás se realizaron, ello también tuvo un impacto en la ecuación económico-financiera de la Concesión. Los costos principales de las concesiones de agua y cloacas son los relativos a la energía y los sueldos; y estos dos rubros prácticamente no se modificaron desde 2001. Por lo tanto, cualquier incremento en las tarifas se habría traducido en ganancias extraordinarias para la Concesionaria, mientras que los ingresos reales de los usuarios, junto con su capacidad de pago, caía rápidamente. En todo caso, una de las características distintivas de la Concesión es la referencia al “fiel cumplimiento de las metas de calidad y expansión del servicio comprometidas” tal como se indica en el Artículo 12.1.1 del Contrato. Esto significa que las tarifas dependían exclusivamente del “fiel cumplimiento” de los compromisos de inversiones. Por consiguiente, la aspiración de AGBA de obtener grandes aumentos de tarifas, después de anunciar mucho antes de que desatara la crisis que no realizaría las inversiones comprometidas, resulta particularmente inadmisibles. Las Demandantes también hacen referencia a una supuesta garantía respecto de las tarifas expresadas en dólares estadounidenses. No obstante ello, la única referencia a la facturación de las tarifas en pesos argentinos y la conversión correspondiente se establecía en el Artículo 20 del Anexo Ñ, donde se establecía también que se aplicaría el tipo de cambio establecido en la Ley de Convertibilidad N.º 23.928, y agregaba “o la disposición legal que la reemplace, al día de cierre de los procesos de facturación”.



599. La crisis que atravesaba la Argentina modificó las condiciones en las que se había adjudicado la Concesión de AGBA las cuales, en todo caso, ya se había frustrado con el anuncio de AGBA de mayo de 2001 de que no realizaría las inversiones comprometidas. Debido a la crisis, ni el Marco Regulatorio ni el Contrato de Concesión ofrecían los mecanismos necesarios para mantener o restaurar el equilibrio entre los derechos y las obligaciones establecidas en el Contrato, o para proteger los derechos de los usuarios. Por ello, se necesitaba una renegociación contractual a los fines de adaptar el régimen a un nuevo contexto económico y social. En esas circunstancias, atar la evolución futura de las tarifas al tipo de cambio entre el peso argentino y el dólar estadounidense (i) era inaplicable ante el colapso del régimen de convertibilidad y la fuerte devaluación del peso argentino frente al dólar, (ii) habría aniquilado el principio de una tarifa justa y razonable, y (iii) habría perjudicado gravemente a la Provincia, a la Concesionaria y a los usuarios. Como consecuencia, las disposiciones contractuales relativas al cálculo de las tarifas en dólares estadounidenses, el ajuste según índices extranjeros y las revisiones tarifarias se tornaron obsoletos e inaplicables debido a los cambios en el sistema económico. Por consiguiente, el objeto de la reestructuración del Contrato de Concesión fue precisamente el mantener y preservar los principios del régimen tarifario citados anteriormente.

600. Las Demandantes pretenden alegar que no hubo una adecuada renegociación. Esto es incorrecto, ya que a pesar de los incumplimientos de la Concesionaria previo a la crisis, la Provincia hizo todo cuanto estaba a su alcance para llevar adelante la renegociación. El principal objetivo de este proceso era ajustar el Contrato de Concesión, en la medida de lo posible y por acuerdo mutuo, a fin de preservar la provisión del servicio básico de agua potable y desagües cloacales y, así mantener vivo el Contrato. Durante el proceso de renegociación, la Provincia hizo grandes esfuerzos en relación con la ecuación económico-financiera del Contrato, especialmente al abstenerse de sancionar a la Concesionaria por sus incumplimientos.

601. La Provincia incluyó un listado detallado de las causales de rescisión del Contrato de Concesión en el Decreto N.º 1666/06. La rescisión se encontraba justificada, y no pudo haber frustrado las expectativas legítimas de las Demandantes, porque se llevó a cabo de conformidad con las disposiciones del Contrato. El hecho de que se renacionalizaran una serie de concesiones de agua no es una mera cuestión “política”, tal como aducen las Demandantes. Como cuestión de prueba, cabe plantear que parte de las metas establecidas en la privatización de las concesiones de agua y cloacas jamás se cumplieron, y que esto llevó a la rescisión de los contratos. Un informe del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) sostiene que el fracaso de las concesiones de aguas en América Latina se debió a que las Concesionarias cometieron actos condenables durante la ejecución de los contratos. Asimismo, hay una tendencia global a renacionalizar las concesiones de agua y cloacas.

602. La Provincia debía garantizar la continuidad del suministro básico de agua a millones de argentinos. La protección de este derecho humano universal constituye el marco en el cual debieron enmarcar sus expectativas las Demandantes, y aún debiera serlo.

### 3. Conclusiones del Tribunal

#### a. Posiciones extremas

603. En primer lugar, el Tribunal considera apropiado descartar las posiciones extremas que exceden cualquier interpretación razonable del estándar de trato justo y equitativo y no reflejan convincentemente la tendencia de la jurisprudencia y doctrina imperantes.

604. Por otra parte, no hay fundamentos suficientes para afirmar que las numerosas cláusulas de trato justo y equitativo incluidas en tantos TBI, incluido el aplicable al caso que nos ocupa, no tengan otro fin que declarar aplicable el estándar recogido por el derecho internacional consuetudinario en la primera mitad del siglo XX. En todo caso, el Artículo X(5) establece claramente que la cláusula de trato justo y equitativo del TBI se puede interpretar por referencia a los principios generales del derecho internacional. Ello incluye una referencia al derecho internacional en su conjunto, y no a ninguna parte específica de éste.

605. Incluso si debiera prevalecer el derecho internacional consuetudinario, queda aún por determinar si esta ley no ha avanzado progresivamente hacia un estándar más amplio de protección de los inversores, según la práctica jurídica y *opinio juris* en materia del derecho internacional de inversiones. Conforme al derecho internacional consuetudinario, éste era un estándar aplicable a las relaciones entre Estados. Al aplicarse a los inversores, tiene el potencial de adquirir otro significado. No obstante ello, resulta recomendable una cierta cautela considerando el hecho de que las fuentes de derecho que rigen la interpretación del estándar de trato justo y equitativo del TBI, al igual que todas las disposiciones del tratado, son las enumeradas en el Artículo X(5). Esta disposición se refiere a los principios generales de derecho internacional. No se le da otra ponderación a la práctica del arbitraje de inversiones como fuente de derecho, lo cual se ajusta a la práctica imperante en el sistema del CIADI, que no otorga a los laudos valor de precedente.

606. Al otro extremo del espectro, las Demandantes entienden que el estándar de trato justo y equitativo y sus posibles manifestaciones en términos tales como “expectativas legítimas” son idénticos o se asimilan mucho a los compromisos jurídicos que son los pilares de la inversión realizada en un caso en particular. Si debiera adoptarse un enfoque como este, el estándar de trato justo y equitativo se transformaría prácticamente en un

conjunto de derechos y obligaciones acordados entre el inversor y el Estado receptor o cualquier otra autoridad bajo su control. La pregunta de la Demandada respecto del origen jurídico de esta interpretación resulta pertinente.

607. En el caso que nos ocupa, esta posición tendría el efecto de colocar los derechos contractuales del inversor, derivados del Contrato de Concesión bajo el paraguas de la cláusula de trato justo y equitativo. En este sentido, la posición de las Demandantes es ambigua. En efecto, por un lado, las Demandantes han manifestado firmemente que no reclaman ante este Tribunal por derechos contractuales surgidos de su participación en AGBA, pero alegan también que tienen expectativas legítimas de que se protejan y preserven sus derechos contractuales. La cláusula de trato justo y equitativo no es una garantía de estabilidad del contrato para el inversor<sup>220</sup>. Una interpretación en contrario quebrantaría la opinión generalmente aceptada de que una inversión incluye, por definición, un cierto nivel de riesgo.

608. Asimismo, si se impusiera la posición de las Demandantes, las “expectativas legítimas” del inversor, en función de lo que éste haya considerado relevante a la hora de decidir realizar su inversión, pasarían a integrar las condiciones que subyacen a la garantía de protección de una disposición clave del TBI y, algo aún más importante, pasarían a formar parte de la definición del contenido y el alcance de la responsabilidad del Estado. De esta forma, las obligaciones asumidas por los Estados Contratantes del TBI variarían según la opinión de los inversores de lo que ellos consideraron como factores determinantes a la hora de tomar la decisión de invertir. Este concepto no encuentra sustento en el TBI aplicable en la especie, ni en la mayoría de los TBI, sin perjuicio de algunas decisiones arbitrales marginales que han aceptado la posición de los inversores respecto de la “promoción” necesaria de la inversión extranjera.

b. Posiciones infundadas

609. En segundo lugar, el Tribunal debe descartar las expresiones y conceptos que supuestamente determinarían el significado del estándar, pero que en realidad no lo hacen.

---

<sup>220</sup> Si bien las Demandantes tienden a discrepar con esta observación e insisten en sus expectativas de que se respetaran los derechos contractuales de AGBA, surge un cierto escepticismo respecto de su posición al releer la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001, en la cual la Empresa insiste, en respaldo de su pedido de que se suspendieran temporalmente las metas de expansión y citando a varios autores legales, en la potestad “que permite que la Administración introduzca modificaciones a los contratos ante el cambio de circunstancias”, en particular en el caso de contratos de una cierta importancia, tales como concesiones de servicios públicos. Incluso citan a un autor que sostuvo: “La razón de oportunidad conlleva la revisión contractual con el objeto de posibilitar el cumplimiento eficiente del interés público”. El Experto Bianchi, presentado por las Demandantes, no incluyó esta carta en su análisis (TR-S, Día 8, págs. 2102/12-2103/9, 2144/15-2151/16).

610. Un ejemplo es la expresión “estándar de trato mínimo”, que es ambigua cuando no se identifica simultáneamente la base legal de dicho estándar. Todo estándar es “mínimo” comparado con cualquier otro estándar “más amplio”. Estos términos solo tienen sentido cuando se les relaciona con un cuerpo normativo capaz de demostrar el estándar mismo. En teoría, una solución distinta de un estándar idéntico al “máximo” esperado por el inversor, en función de los compromisos asumidos en este caso en particular, se podría calificar como “mínimo”. Si bien esto no tiene mucho sentido, esa expresión no ofrece ningún indicio respecto de la forma de identificar ese “mínimo”. El término carece de sustancia, en la medida en que uno procuraría interpretarlo de manera más concreta que simplemente afirmando que el estándar debe nivelarse según el “máximo” de derechos y expectativas que un inversor podría estar tentado a reclamar. No resulta muy esclarecedor afirmar que, en comparación con ese trato mínimo, el estándar debe considerarse “más amplio”

611. Sin duda es posible aceptar la idea de que el concepto de trato justo y equitativo debe determinarse según las circunstancias del caso en particular. Cada uno de estos términos, “justo”, “equitativo” y “trato” implican ese componente. Sin embargo, teniendo esto en mente, la interpretación del estándar no resulta en absoluto útil. Cuando la Demandante explica que el trato mínimo del derecho internacional consuetudinario ha sido reemplazado por un estándar más flexible que queda en manos del Arbitral Tribunal, ello no contribuye en mucho para identificar el contenido de dicho estándar. No surge mucho más de la recomendación reiterada en muchos laudos de que el trato justo y equitativo debe depender de los hechos de cada caso en particular. El significado del requisito de trato justo y equitativo no puede quedar librado a la discrecionalidad del tribunal arbitral a cargo de analizar un caso en particular. Este enfoque llevaría a una divergencia arbitraria entre los tribunales de inversión, lo cual sin duda no es el objeto de una cláusula de trato justo y equitativo, aunque no siempre resulte posible evitar esas divergencias. También imposibilitaría el objetivo de crear un ambiente seguro para la protección de inversiones.

612. Por consiguiente, la cláusula de trato justo y equitativo requiere que se apliquen al menos una serie de elementos al estándar, de manera tal que impliquen un cierto rasgo de generalidad, permitiendo así la aplicación general a casos de inversión.

c. Consideraciones básicas

613. El estándar de trato justo y equitativo debe ser objetivo, y no puede basarse en las opiniones personales de los árbitros o en las expectativas personales de una parte. Por consiguiente, debe representar una fuente de derecho de carácter normativo que pueden invocar el Tribunal y las Partes.

614. Como el estándar de trato justo y equitativo está enmarcado como obligación del Estado receptor, crea derechos para el inversor, que éste puede invocar. Estos derechos protegen al inversor contra cualquier acto u omisión del Estado receptor que no se encuadren en el trato justo y equitativo. En consecuencia, esto significa que los actos del Estado receptor que se encuadran en la noción de trato justo y equitativo no afectan los derechos del inversor ni generan responsabilidad del Estado receptor.

615. Por lo tanto, el próximo paso es determinar el alcance de los hechos, actos u omisiones del Estado receptor que no generan el derecho de protección de un inversor conforme al estándar de trato justo y equitativo y que el inversor debe esperar enfrentar. Es por ello que la interpretación de este estándar se centra, por lo general, en las expectativas legítimas del inversor, incluidos todos los actos y omisiones del Estado receptor comprendidos en el estándar de trato justo y equitativo. Esto sirve un doble objetivo: por un lado, el Estado receptor cumple con las obligaciones del Tratado, mientras opera dentro del rango de eventos que el inversor podría esperar; y por el otro, el inversor goza de la protección del TBI que le garantiza que no se producirán eventos inesperados o, de producirse, que estos generarán responsabilidad del Estado receptor. Si bien el Tribunal entiende la excepción planteada por la Demandada de que el Artículo IV del TBI no permite una interpretación amplia que cubra las “expectativas legítimas” del inversor, la discrepancia se reduce simplemente a la interpretación y el significado del término “legítimas”.

d. El estándar no se basa en una serie de expectativas

616. Si consideramos que un cierto tipo de expectativas de los inversores debe estar cubierto por el estándar de trato justo y equitativo, estas expectativas no se pueden identificar como si tuvieran un único significado. Si así fuera, necesariamente significaría que la expectativa legítima del inversor sería igual a su propia interpretación de los derechos protegidos de conformidad con el contrato que rige su inversión. Tal como hemos indicado anteriormente, esto no se corresponde con el significado y el alcance de protección que otorga una cláusula de trato justo y equitativo.

617. En cada situación puede haber más de una solución que satisfaga el umbral de lo que es justo y equitativo. Existe un margen entre las expectativas derivadas del contrato y las expectativas que el inversor consideró que se encuadraban en el concepto de trato justo y equitativo. Es por este motivo que las controversias puramente contractuales, independientemente de la solución que les resulte aplicable, no se tornan críticas conforme al estándar de trato justo y equitativo cuando existe más de una solución o interpretación y ninguna de ellas compromete el estándar del TBI.

e. El estándar comprende todo el marco jurídico, social y económico

618. El mero foco en el contrato de inversión es demasiado acotado por otro motivo. Los compromisos del Estado receptor y, por ese motivo, las expectativas del inversor, no están exclusivamente relacionados con los derechos del inversor conforme al contrato.

619. Las expectativas del inversor, y su importancia en este caso en particular, se miden igualmente por los compromisos contractuales asumidos. Sin embargo, estos derechos contractuales no se pueden analizar en forma aislada. Se ubican en un marco jurídico que regula los derechos y obligaciones del Estado receptor y sus autoridades, sujeto a las protecciones que ofrece el TBI. En el Contrato de Concesión aplicable al caso bajo análisis, se hace mucho énfasis en la potestad regulatoria del Organismo Regulador. Los derechos y obligaciones de los accionistas de AGBA se rigen por la ley aplicable establecida en el Artículo X(5) del TBI, que comprende, en los casos en que corresponde, la ley del Estado receptor.

620. El entorno legal formaba parte del marco jurídico que regía la Concesión y parte de lo que los inversores podían esperar que se les aplicara a ellos y a sus inversiones en AGBA. Lo que importa, respecto de la protección del estándar de trato justo y equitativo, son las modificaciones, interferencias y disturbios que supuestamente se produjeron durante la vida de la Concesión y que deben evaluarse contra las expectativas que tenían los inversores en el momento relevante, en virtud de la protección y contra el trato injusto e inequitativo.

621. Asimismo, el Estado receptor está sujeto a las obligaciones conforme al derecho internacional y constitucional. Por consiguiente, legítimamente se puede esperar que el Estado receptor se conduzca de conformidad con las normas fundamentales del estado de derecho. El alcance de estas normas es muy amplio. Cubren el compromiso contractual de promover y atraer inversiones extranjeras. También incluyen los principios fundamentales como el debido proceso y la buena fe. Estos principios, al igual que otros tantos de naturaleza similar, por lo general se consideran parte de la protección de trato justo y equitativo. En otras palabras, están comprendidos en el rango de normas que el inversor puede esperar legítimamente que se protejan en el marco del estándar de trato justo y equitativo.

622. Esto significa que los intereses del inversor no se pueden identificar como separados y distintos del marco legal en que se ubicaron a la hora de realizar la inversión. Esto incluye, en primer lugar, el respeto por los derechos y potestades que ejercen las autoridades competentes establecidas en el Contrato de Concesión y en el Marco Regulatorio. Asimismo, existen deberes del Estado receptor que deben prevalecer sobre el Contrato y que, por tanto, también forman parte de la ley aplicable a la inversión conforme al Artículo X(5) del TBI. En el caso que nos ocupa, el deber en cuestión surge

de las responsabilidades impuestas al Gobierno por la Constitución Nacional, de garantizar la salud y el acceso al agua para toda la población y adoptar las medidas necesarias para tal efecto. Este era un importante objetivo de la privatización de los servicios de agua y cloacas, incluida la inversión en este caso en particular. Cuando se adoptan medidas cuyo fin y efecto es garantizar los derechos fundamentales de rango constitucional, estas medidas no pueden considerarse violatorias del estándar de trato justo y equitativo, porque se debe interpretar que el inversor las aceptó al celebrar el Contrato y al realizar su inversión. En síntesis, cabía esperar que estas medidas formaran parte del marco jurídico de las inversiones. Ello no significa que no estén sujetas al estándar de trato justo y equitativo. El Gobierno debe ejercer esta responsabilidad de manera tal de cumplir con el estándar. El inversor no puede invocar la protección de sus propios intereses como objetivo principal, porque dichos intereses formaban parte de un marco jurídico que contempla también los intereses fundamentales del Estado receptor, originados en fuentes de derecho que prevalecen sobre el Contrato, de conformidad con el derecho internacional o constitucional. La práctica reciente en arbitraje de inversiones revela enfoques que articulan de forma más equilibrada los respectivos intereses de los inversores y del Estado receptor<sup>221</sup>.

623. El estándar de trato justo y equitativo no se centra exclusivamente en los intereses y expectativas jurídicas. También incluye el entorno social y económico del Estado receptor, que también forman parte de las expectativas que debe considerar el inversor a la hora de tomar sus decisiones comerciales.

624. En tal sentido, la Demandada recuerda acertadamente que la Provincia debía garantizar la continuidad del suministro básico de agua a millones de argentinos. La protección de este derecho básico universal constituye el marco en el cual deben inscribirse las expectativas de las Demandantes.

625. La Resolución ORAB N.º 56/02 del 27 de agosto de 2002 (CU-102, RA-204) ofrece un ejemplo más ilustrativo de un caso en que fue necesario ajustar las expectativas de AGBA y de sus accionistas de preservar sus derechos contractuales para responder a las preocupaciones de interés público, que no pueden postergarse por el estándar de trato justo y equitativo. Se le ordenó a AGBA que suspendiera cualquier medida de corte de servicio respecto de los usuarios en condiciones de pobreza e indigencia mientras

---

<sup>221</sup> Ver *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI N.º ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Decisión sobre Ley Aplicable y Responsabilidad del 30 de noviembre de 2012: “While the investor is promised protection against unfair changes, it is well established that the host State is entitled to maintain a reasonable degree of regulatory flexibility to respond to changing circumstances in the public interest. Consequently, the requirement of fairness must not be understood as the immutability of the legal framework, but as implying that subsequent changes should be made fairly, consistently and predictably, taking into account the circumstances of the investment.” (párr. 7.77) Ver, en igual sentido, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI N.º ARB/05/8, Laudo del 11 de septiembre de 2007, párr. 332 (ALRA-206).

persistiera la emergencia económica. Ante la resistencia de AGBA, el ORAB debió explicar la necesidad y el objeto de proteger la salud pública conforme a la Ley N.º 11.820:

“Que la prestación del servicio público sanitario reviste carácter esencial en la vida de las personas, por lo cual la falta de suministro puede ocasionar graves situaciones que pongan en peligro la salud pública, generando consiguientemente riesgo sanitario y afectando, en mayor grado, a los sectores vulnerables con el aumento inexorable de la marginalidad y la exclusión social;

Que, en este sentido, la obligatoriedad de la conexión consagrada por el artículo 8-11 de la Ley N.º 11.820 del marco regulatorio, tiene por objeto proveer un abastecimiento seguro de agua potable, eliminando consecuentemente las fuentes alternativas sin el correspondiente control, protegiendo de ese modo la salud, no sólo para los habitantes de la vivienda sino generando externalidades positivas para su entorno social;

Que, sin perjuicio de ello, se busca el logro de la universalidad del servicio público sanitario, consagrándolo como un derecho de todos los habitantes de la provincia y en resguardo de los derechos constitucionalmente adquiridos, razón por la que este Organismo debe velar por el fiel cumplimiento de los mismos;

Que, asimismo, debe resguardarse el objetivo de proteger a los usuarios carenciados para que puedan ejercer su derecho de acceso al servicio de agua potable y desagües cloacales atendiendo de ese modo, al bienestar general de la población, por cuanto resulta imprescindible para el cuidado de la salud, la calidad de vida y el desarrollo integral del individuo y la familia”.

f. Las expectativas protegidas del inversor

626. Para exceder el umbral de violación del estándar de trato justo y equitativo, los actos u omisiones a considerar deben tener un cierto peso. Los derechos y expectativas del inversor deben haber sido afectados en partes esenciales. Controversias menores, como aquellas que el Tribunal identificó como puramente contractuales en el Capítulo IV, no satisfacen el umbral para ser injustas e inequitativas, sin perjuicio de sus posibles efectos adversos.

627. La entidad de los actos u omisiones debe resultar de la confianza del inversor en los compromisos o promesas realizados por el Estado receptor, o en su nombre, en apoyo de la inversión y para atraer dichas inversiones. Si los representantes del Estado Receptor estaban al tanto o debieron haber estado al tanto de que determinados compromisos o garantías resultaban decisivos para que el inversor decidiera llevar a cabo su inversión, generalmente se considera que la violación o inobservancia de dichos compromisos genera responsabilidad por parte del Estado conforme al estándar de trato justo y equitativo.



628. Una categoría especial del respeto a la confianza es el derecho del inversor a ser tratado con cierta transparencia. Si bien este requisito se menciona a menudo en las decisiones arbitrales, e indudablemente tiene valor como principio, sus límites precisos no son claros. La transparencia en la forma en que el Estado receptor maneja sus asuntos no puede requerir que éste actúe divulgando por completo todos los aspectos de su accionar. Por el contrario, significa que, respecto de un inversor extranjero, las autoridades del Estado deben actuar de manera tal que formente un clima de cooperación adecuado para las actividades de inversión. Los inversores deben confiar en que el Estado receptor utilizará sus mejores esfuerzos para sostener la operación en el territorio de su Estado. Contrariamente a lo que plantean las Demandantes, el requisito de transparencia no puede significar que el trato debido por el Estado receptor a la inversión se fije en los inicios de la concesión y permanezca inmutable, y que el inversor no pueda sufrir ningún cambio de circunstancias en toda la vida de la inversión, solo por el hecho de que estos cambios no se divulgaron desde el principio<sup>222</sup>. El inversor debe tener consciencia de la obligación del Estado de resolver las distintas situaciones y los problemas que se pueden suscitar con el tiempo y que son imposibles de prever. El estándar de trato justo y equitativo no constituye un estándar según el cual el inversor deba permanecer completamente aislado e inmune a los esfuerzos del Estado receptor por resolver dichas situaciones con miras a satisfacer el interés público. Por ejemplo, si el Estado receptor sufre la amenaza de una epidemia que puede afectar la salud de un gran número de personas, debe adoptar todas las medidas que exige la situación, independientemente de que ello suponga afectar los intereses de los inversores, en el entendido de que las autoridades deberán proceder con deferencia frente a sus intereses y con miras a restaurar la preservación eficiente de dichos intereses, en tanto y en cuanto así lo permitan las circunstancias. Lo que requiere el estándar de trato justo y equitativo es que el Estado receptor tome en consideración las expectativas básicas del inversor respecto del destino de su inversión al reaccionar ante circunstancias imprevistas. No hay ningún obstáculo para que el Estado cumpla con sus obligaciones simplemente porque surgió un problema que pone en juego el interés público del cual no se informó al inversor al realizar su inversión.

629. El umbral para que el trato no sea justo o equitativo también surge de su intensidad o gravedad, y ambos factores están sujetos a variaciones según la duración de su impacto en cada caso en particular.

630. Un trato injusto o inequitativo de tal magnitud debe afectar las expectativas del inversor en términos reales. La garantía que ofrece el estándar de trato justo y equitativo

---

<sup>222</sup> Las Demandantes citan documentos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Allí se establece que la justicia exige que se informe al inversor de las decisiones antes de imponerlas, y que el grado de transparencia en el entorno regulatorio afecta la capacidad del inversor de evaluar si se ha garantizado el trato justo y equitativo a una inversión en un caso determinado (CUL-47).

protege los derechos y expectativas del inversor y su contenido tal como existían al momento en que se produjo el trato supuestamente injusto e inequitativo. Cuando las expectativas protegidas por el trato justo y equitativo datan de un momento anterior, solo están protegidas en la medida en que se hayan mantenido igual hasta el momento en que produjo el trato. El trato justo y equitativo debe medirse considerando el estado real de la inversión antes del trato por parte del Estado receptor que da origen al reclamo. No se puede medir contra una condición hipotética de la inversión. Tampoco se puede evaluar el daño como consecuencia de una violación de una obligación basada en la cláusula de trato justo y equitativo cuando la medida adoptada no produjo los efectos correspondientes a una disminución en los bienes o futuros ingresos del inversor. En síntesis, la protección que brinda al inversor el trato justo y equitativo no puede transformar un contrato en otro menor, ni puede restaurar los derechos o expectativas a los que el inversor renunció o perdió por negligencia propia.

631. Otro ejemplo se refiere a una renegociación ulterior a una interferencia sustancial del marco contractual. Una cuestión así o el método para abordarla, en algunas circunstancias, puede violar el estándar de trato justo y equitativo. No obstante, en tal caso, este estándar debe reflejarse a la luz de las expectativas razonables del inversor respecto de la participación del Estado receptor en la negociación y su posible desenlace. No se medirá en comparación con las expectativas que tenía el inversor al celebrar inicialmente el contrato, en un momento en que no tenía motivos para pensar y considerar que ese hecho podía producirse.

632. Esto también significa que una medida que afecta el estándar de trato justo y equitativo en el largo plazo puede no alcanzar el grado de gravedad necesaria si se la deja sin efecto lo suficientemente pronto como para evitar que sus efectos se extiendan más allá del rango de lo que podría resultar admisible como trato justo y equitativo. Es por este motivo que generalmente se acepta que las medidas que *prima facie* se presentan como trato justo e inequitativo pueden no alcanzar ese umbral en el futuro si se proponen negociaciones y éstas se llevan adelante de modo tal de eliminar o compensar las consecuencias de las medidas inicialmente adoptadas.

633. Ahora resulta necesario analizar estas cuestiones en mayor detalle a la luz de los hechos que afectaron la vida de la Concesión y que se pueden dividir en tres partes, en referencia a los efectos de las medidas de emergencia adoptadas en 2002 (VII), los intentos por renegociar la Concesión en 2003-2005 (VIII), y, por último, la rescisión del Contrato en 2006 (IX).

## VII. Las Medidas de Emergencia y sus efectos en la Concesión

### A. La crisis

634. Las partes concuerdan en que la crisis que llevó a la promulgación de las medidas de emergencia adoptadas a inicios de 2002 comenzó a mediados de 1998, cuando la recesión se agravó, como resultado de la crisis rusa de agosto de 1998 y la devaluación de la moneda del Brasil a inicios de 1999. Después del 24 de octubre de 1999, el nuevo presidente adoptó duras medidas de ajuste, incluido el aumento de impuestos en enero del año 2000. La deuda soberana asfixiaba al Gobierno e incrementaba el déficit fiscal, incrementando el riesgo de default. A pesar de las medidas adoptadas, comenzó una fuga de depósitos bancarios en marzo de 2001. En junio de 2001, el Gobierno procuró ayuda adicional del Fondo Monetario Internacional. Sin embargo, continuaron la recesión y la fuga de capitales. Se adoptaron medidas adicionales en julio y agosto, tales como la Ley N.º 25.453, la Ley de “Déficit Cero”, y la Ley N.º 25.466, la Ley de “Intangibilidad de los Depósitos”. Todos los indicadores cayeron en la segunda mitad del año. Debido a la fuga cada vez mayor de dinero de los bancos<sup>223</sup>, el 3 de diciembre de 2001, se dictó el Decreto N.º 1570/01 (RA-142) prohibiendo las extracciones mayores de USD 250. El Decreto también prohibió las transferencias al extranjero, a excepción de las relativas a operaciones de comercio exterior. El gobierno hizo un intento desesperado por frenar la amenaza de un colapso bancario. Luego, se produjo una repentina restricción de liquidez, que congeló el comercio y el crédito. Se incrementó el malestar social. Un estrenado Presidente anunció el default de Argentina de su deuda soberana. Cuando se nombró otro presidente una semana más tarde, el 3 de enero de 2002, se prometió respetar el tipo de cambio.

635. Las Demandantes alegan que la explosión de la crisis se produjo alrededor de la fecha en que AGBA presentó su nota del 17 de mayo de 2001 al Ministro de Obras y Servicios Públicos (CU-173, RA-183). La Ley N.º 12.757 del 23 de julio de 2001 declaró el estado de emergencia administrativa, económica y financiera en la Provincia (CU-195, RA-164). El Gobernador de la Provincia emitió el 12 de julio de 2001 una norma similar en el Decreto N.º 1960/01 (RA-167, 187, CU-309), declarando que la potestad del Poder Ejecutivo Provincial de rescindir los contratos públicos que impusieran obligaciones al Gobierno no se extendería a los acuerdos celebrados en el marco del proceso de privatización (Art. 3).

636. Una vez más, la Demandada discrepa con las Demandantes, que insisten en que la crisis no comenzó hasta 2001. La Demandada cita economistas líderes que plantean que la crisis se venía desarrollando desde 1998, y que alcanzó su máxima expresión en

---

<sup>223</sup> El Testigo Ratti señala que en 2001, se retiró el 25% de todos los depósitos del sistema financiero. Las extracciones en dólares estadounidenses provocaron una caída aproximada del 40% en las reservas internacionales del país (párr. 12).

2001. Desde el segundo semestre de 1998, la economía de la Argentina se sumió en una larga depresión. El Profesor Eichengreen, Experto de la Demandada, comparte esta opinión de que “la economía argentina se encontraba en recesión desde 1998 debido a factores externos, claramente”<sup>224</sup>. Al momento de la entrada en vigencia del Contrato de Concesión (Toma de Posesión) la crisis ya venía afectando al país desde hacía más de un año. En la Memoria y los Estados Contables de AGBA de 2002 se admite que la economía argentina estaba en recesión desde 1998 (CU-29)<sup>225</sup>. La Concesionaria no podía considerarlo impredecible. En todo caso, las consecuencias de la crisis forman parte del riesgo empresario.

637. Asimismo, la Demandada recuerda que una de las medidas adoptadas para mitigar la crisis fue la implementación de programas para recortar el gasto público, comenzando con la reforma impositiva de diciembre de 1999. En 2001, se registró un nuevo aumento de impuestos y una reducción del 13% en los sueldos de los empleados de gobierno y en las jubilaciones. El FMI subrayó los “substantial efforts by the Argentine government”. (RA-138). El Gobierno mantuvo una fuerte política para mantener el régimen de convertibilidad. A fines de 2001, cuando el Poder Ejecutivo de la Argentina se vio forzado a limitar los retiros de los depósitos bancarios y el FMI retiró su apoyo a la República Argentina, la crisis se convirtió en colapso<sup>226</sup>. Se sucedieron cinco presidentes en el término de dos semanas. Ello provocó un contexto social extremadamente delicado, y numerosas protestas sociales debido a los incrementos en los índices de pobreza e indigencia.

638. El Tribunal ya ha explicado, respecto a los antecedentes de la nota del 17 de mayo de 2001, que el preciso momento en que estalló la crisis de la economía Argentina no tiene mayor relevancia en el contexto de la operación de la Concesión y de la situación de AGBA. Las dificultades que enfrentaba la Concesionaria se percibían ya mucho antes y tuvieron sus primeras manifestaciones graves antes de la Toma de Posesión. La marcada caída de la cobrabilidad fue una de las secuelas de la degradación económica del país y había afectado gravemente a los habitantes de la Región B. Otra de las consecuencias era la dificultad de obtener financiamientos en las sumas que se esperaban al momento de la Toma de Posesión. Si bien las Demandantes pueden decir que los problemas que sufrieron en tal sentido no se manifestaron hasta que ellas presentaron su solicitud ante el BID,

---

<sup>224</sup> TR-S, Día 5, pág. 1386/7-9; también Eichengreen, párr. 12. Él agregó que la crisis financiera asiática de 1997 generó muchas dudas entre los bancos e inversores internacionales, que se volvieron más cautos a la hora de comprar deuda de mercados emergentes (TR-S, Día 5, pág. 1400/13-17) y que la recesión que la Argentina sufría desde 1998 contribuyó a los déficit fiscales que vinieron luego (TR-S, Día 5, págs. 1403/22-1404/2).

<sup>225</sup> El Prof. Eichengreen señala que “el nivel de endeudamiento era conocido a todas las partes en cuestión, y esto incluía también a los inversionistas nacionales e internacionales, desde el año 2000” (TR-S, Día 5, pág. 1387/17-20).

<sup>226</sup> En las palabras del Testigo Cipolla: “La crisis provocó el colapso del sistema político, económico, social, sanitario, de educación, trabajo y seguridad, pilares fundamentales que el que gobierna está obligado a garantizar en cualquier estado de derecho”. (párr. 29)

deben admitir que un oferente razonable habría realizado las investigaciones necesarias mucho antes de la Toma de Posesión, a fin de tener certeza de que podría cumplir las metas de financiamiento de las que tenía pleno conocimiento, a pesar de que el Plan Quinquenal aún no se había elaborado y aprobado.

639. Una vez desatada la crisis, AGBA enfrentó dificultades aún más serias, y así lo manifestó en la nota del 17 de julio de 2001 al ORAB (CU-135, RA-192). AGBA le informaba “demoras de los plazos previsibles para la efectivización de los desembolsos destinados a la ejecución de las obras de infraestructura y expansión del Servicio”, en la medida en que se veían “imposibilitados de continuar desarrollando las obras comprometidas en el POES, con un ritmo suficiente para permitir su conclusión dentro los plazos oportunamente previstos a tal efecto”. Por consiguiente, AGBA manifestaba que no paralizaría las obras de expansión, pero que dispondría de una “adecuación de su ritmo de ejecución” sin afectar “las metas y normas referentes a la Calidad del Servicio, el que se continuará prestando con plena satisfacción de las previsiones del Contrato al respecto”. Ante el rápido deterioro de la situación, en su nota del 15 de agosto de 2001 (RA-193), AGBA agregaba que:

“Queda por demás entendido que si esta situación es causa suficientemente justificada de rescisión contractual sin culpa, lo es también como causal justificada de demora en la ejecución de los trabajos correspondientes al Plan de Expansión”.

En una nota ulterior del 10 de octubre de 2001<sup>227</sup>, AGBA reiteraba la imposibilidad objetiva de completar las obras de expansión en los plazos establecidos en el POES, solicitando nuevamente la neutralización de dichos plazos.

## B. Las medidas de emergencia

640. Las Demandantes ofrecen una descripción detallada de la legislación de emergencia dictada en los ámbitos federales y provinciales, incluidas las consecuencias adversas para la Concesión. La Demandada centra su análisis en las dimensiones institucionales, económicas, políticas y sociales de la crisis que desataron la situación social y económica más dramática jamás atravesada por la República Argentina, y alegan también que la Concesión se encontraba en una situación delicada mucho antes de que se adoptaran las medidas de emergencia.

### 1. *Consideraciones de las Demandantes*

641. Las Demandantes explican, respecto de la “emergencia nacional” que desde el inicio de 2002, la Administración de Duhalde comenzó a emitir una serie de leyes y otra normativa, entre las cuales podemos destacar: (1) La Ley de Emergencia Pública y

---

<sup>227</sup> Anexo 184 a Giacchino/Walck I.

Reforma del Régimen Cambiario, N.º 25.561 del 6 de enero de 2002, La Ley de Emergencia (CU-145, RA-168) derogó el régimen de convertibilidad cambiaria para los contratos celebrados por la administración, y dejó sin efecto las cláusulas que disponían ajustes en dólares u otras monedas extranjeras, y fijó las tarifas a un tipo de cambio de ARS 1 = USD 1. La Ley también abrió la puerta a la renegociación de los contratos de servicio público (Artículos 9 y 10). (2) El Decreto N.º 71/02 del 9 de enero de 2002 (CU-146) fijó el nuevo tipo de cambio oficial a ARS 1,4 por 1 USD y dispuso la pesificación de todas las deudas de personas físicas y jurídicas a un tipo de cambio de ARS 1 = USD 1. (3) La Resolución N.º 6/02 del Ministerio de Economía del 9 de enero de 2002 (CU-147) ordenó la reprogramación de los depósitos. (4) El Decreto N.º 214/02 del 3 de febrero de 2002 (CU-148, RA-144), el Decreto de “Reordenamiento del Sistema Financiero” dispuso la pesificación de todas las obligaciones de pagar sumas de dinero, independientemente de su causa u origen. Estas medidas instrumentaron lo que se denominó “pesificación asimétrica”, mediante la cual todas las deudas del sistema financiero se pesificaron a un tipo de cambio 1:1, en tanto que las instituciones financieras reconocieron los depósitos en moneda extranjera a un tipo de cambio de ARS 1,4 por dólar. El Gobierno cubrió la diferencia mediante la emisión de deuda.

642. Las Demandantes agregan que el 2 de diciembre de 2002, el Ministro de Economía anunció la liberación de los depósitos congelados. El 28 de diciembre de 2006, la Corte Suprema de la República Argentina ratificó la pesificación.

643. Volviendo al panorama en la Provincia, las Demandantes señalan que poco después de la aprobación de la Ley Federal N.º 25561, el Organismo Regulador amplió sus efectos a la Provincia de Buenos Aires mediante la Resolución ORAB N.º 04/02 del 11 de enero de 2002 (CU-149), mediante la cual se le ordenaba a AZURIX y AGBA que facturaran a sus clientes utilizando un tipo de cambio de ARS 1 = USD 1, a pesar de que la Provincia aún no se había adherido a las disposiciones de la Ley N.º 22.561.

644. Cuando AGBA notificó al ORAB que se atendería a las disposiciones del Contrato y aplicaría el tipo de cambio de ARS 1,4 por USD y que utilizaría ese tipo de cambio a los fines de su facturación (nota del 21 de enero de 2002, CU-150), el ORAB respondió de inmediato ordenándole a AGBA que diera cumplimiento a la Resolución N.º 04/02 (nota del 23 de enero de 2002, CU-151). Esto demuestra que el ORAB actuaba como instrumento del Concedente, siguiendo sus instrucciones, a pesar de que la Ley N.º 25.561 aún no se había extendido a la Provincia. El recurso interpuesto por AGBA en contra de la Resolución ORAB N.º 04/02 (CU-152) fue rechazado mediante la Resolución N.º 06/03 del 19 de marzo de 2003 (CU-153), alegando que la Ley N.º 25.561 había modificado la Ley de Convertibilidad N.º 23928 y había derogado las cláusulas de ajuste en dólar. La Resolución no mencionaba que al momento en que se dictó la decisión recurrida, la Provincia aún no se había adherido a la Ley de Emergencia. De hecho, la Provincia adoptó dicha ley mediante la Ley N.º 12858 del 28 de febrero de 2002 (CU-

154, RA-169). El ORAB mencionó asimismo que al momento de dictarse la Regulación N.º 06/03, ya se había dictado el Decreto Federal N.º 71/02 del 9 de enero de 2002 disponiendo el nuevo tipo de cambio oficial de ARS 1,4 por 1 USD.

645. Después de que la Provincia se adhiriera a la Ley de Emergencia Nacional, se dictaron otras leyes y reglamentaciones. Mediante el Decreto Provincial N.º 1175/02 del 5 de junio de 2002 (CU-171, RA-170) se creó un comité especial para la evaluación del impacto de la crisis sobre las tarifas y los contratos públicos. La Ley Provincial N.º 13154 del 19 de enero de 2004 (CU-155) ratificó el Decreto N.º 878/03 y autorizó al Ejecutivo a adecuar los contratos de servicios públicos, fijando el 31 de diciembre de 2004 como plazo para tal fin.

## 2. *Consideraciones de la Demandada*

646. La Demandada explica que para fines de 2001, cuando se disiparon los efectos de las medidas adoptadas, la República Argentina se vio forzada a adoptar con urgencia una serie de medidas económicas y sociales dirigidas a preservar el orden público y la integridad de la economía y la sociedad. Después de una devaluación abrupta de la moneda, se reconoció que el régimen financiero que había estado vigente había llegado a su fin (es decir, el régimen de convertibilidad entre el ARS y el USD). Para fines de diciembre de 2001, la República Argentina debió suspender el pago de sus obligaciones de deuda soberana a los acreedores privados.

647. A mediados de diciembre de 2001, renunció el presidente y se sucedieron cinco otros presidentes en el término de dos semanas. Un nuevo presidente asumió el 1 de enero de 2002. Los líderes y representantes políticos comenzaron a ser seriamente cuestionados. Tanto la capital de la Argentina como las provincias sufrieron malestar social y se produjeron protestas masivas. El control del Gobierno sobre el territorio se vio seriamente comprometido.

648. En este contexto, el Estado debía continuar garantizando uno de los derechos humanos más básicos: el derecho humano al agua, junto con el acceso a los servicios sanitarios.

649. Al mismo tiempo, las condiciones sociales se deterioraban y el país se vio golpeado por una conmoción social e institucional muy delicada. El contexto social era acuciante, y se incrementaban los índices de pobreza. El agravamiento de la pobreza afectó significativamente las áreas más pobres de la República Argentina, tales como el Área Metropolitana de la Provincia de Buenos Aires. Debieron realizarse esfuerzos para garantizar el ejercicio de los derechos humanos más básicos de la población.

650. El argumento de las Demandantes de que las medidas adoptadas respondieron a motivos políticos es infundado. El objetivo de las medidas adoptadas por el Estado fue preservar los derechos humanos más esenciales. Era la única alternativa para mitigar los efectos devastadores de la situación. Todo acto de una autoridad pública puede caracterizarse de político en un sentido amplio, y es razonable que tales actos tomen en consideración las necesidades de la población. Reinaba una absoluta incertidumbre acerca de la sostenibilidad futura del país. La Ley de Emergencia N.º 25.561 se aprobó el 6 de enero de 2002. Esta ley reformó la Ley de Convertibilidad, que había establecido la paridad entre el peso y el dólar (Ley N.º 23.928 del 27 de marzo de 1991, RA-143). Sin embargo, la devaluación del peso argentino contra el dólar se produjo antes e independientemente de las medidas adoptadas.

651. La Ley de Emergencia estableció lineamientos generales que afectaron a todos los agentes económicos. Establecía, en sus partes relevantes, que en los contratos privados no vinculados al sistema financiero “las obligaciones pactadas en dólares se convertirán a razón de un dólar estadounidense (US\$ 1) = un peso (\$ 1)”. Asimismo, disponía la renegociación de los contratos privados y públicos para adecuarlos a las nuevas circunstancias imperantes y el nuevo régimen cambiario (Artículos 9 y 11). Pocos días más tarde, el 3 de febrero de 2002, Mediante Decreto del Ejecutivo N.º 214/02 (RA-144, CU-148) se dispuso la conversión obligatoria a pesos de “todas las obligaciones de dar sumas de dinero, de cualquier causa u origen”.

652. La Provincia declaró la emergencia pública el 12 de julio de 2001 (Decreto N.º 1960/01, RA-167, 187, CU-309) y explicó la necesidad de adoptar medidas urgentes. El 23 de julio de 2001, la emergencia económica fue confirmada por la Ley N.º 12.727 (RA-164, CU-195). Una de las medidas fue una reducción significativa de los sueldos de los empleados públicos. Estos recortes que afectaron a la gente no se extendieron a las tarifas de AGBA.

653. El 28 de febrero 2002, la Provincia aprobó la Ley Provincial N.º 12.858 (RA-169, CU-154), adhiriendo a las disposiciones de la Ley de Emergencia Económica. El Artículo 1 autorizaba al Poder Ejecutivo Provincial a organizar, reestructurar o adaptar el marco regulatorio de los servicios públicos y a crear nuevas formas de gestión para garantizar la prestación del servicio. El Artículo 3 le ordenaba a la Legislatura Provincial analizar y aprobar las propuestas de renegociación de los Contratos. La necesidad de ratificación legislativa da muestras de los intereses públicos esenciales que se encontraban en juego.

654. El Decreto N.º 1.175/02, del Ejecutivo Provincial creó una Comisión Especial para la Evaluación del Impacto de la Crisis en las Tarifas y los Contratos de Servicios Públicos. Esto demuestra la objetividad y el profesionalismo de la Provincia. De igual manera, el ORAB fue flexible con AGBA y no le aplicó ninguna multa por



incumplimiento del POES durante los dos años anteriores a la aprobación de la Ley de Emergencia.

655. Los argumentos de las Demandantes respecto de la Resolución ORAB N.º 04/02 sobre el nuevo tipo de cambio son irrelevantes. Plantean que esta Resolución era ilegal porque la Provincia aún no se había adherido a la Ley Nacional N.º 25.561. La potestad de determinar el valor de la moneda correspondía únicamente al Gobierno Nacional. La Ley Nacional era obligatoria y no se necesitaba de ninguna Ley Provincial para adherirse a dicha ley<sup>228</sup>. El propio Experto de las Demandantes, el Profesor Bianchi, reconoce que el impacto de las leyes de emergencia fue “proporcional a la crisis”<sup>229</sup>.

656. Una vez adoptadas las medidas, el Gobierno enfrentaba tres desafíos: reconstruir la autoridad institucional, restaurar la trama social gravemente dañada y evitar una caída aún mayor de la actividad económica. En un escenario sumamente inestable, la Argentina comenzó a cambiar de rumbo en el segundo trimestre de 2002. Ya en mayo de 2003 se podían observar las primeras señales de consolidación de la recuperación económica y normalización político-institucional<sup>230</sup>. El FMI reconoció el éxito de las medidas de emergencia.

657. La crisis tuvo un considerable impacto en la vida social<sup>231</sup>. Las inversiones sociales se centraron en la asistencia alimenticia, y luego se extendieron a las poblaciones que enfrentaban otras condiciones críticas. El daño sufrido y otras consecuencias de la crisis no se pudieron restaurar en los primeros años de recuperación formal. El impacto de la crisis subsiste todavía, por ejemplo, en la pobreza y desigualdad persistentes.

## C. El impacto de las medidas de emergencia en la Concesión de AGBA

### 1. *Consideraciones de las Demandantes*

658. Las Demandantes explican que la Ley de Emergencia N.º 25.561 del 6 de enero de 2002 (CU-145, RA-168), ratificada por la Provincia mediante la Ley N.º 12.858 del 28 de febrero de 2002 (CU-154, RA-169), introdujo cambios radicales al marco jurídico que regulaba los contratos de servicios públicos en la República Argentina.

---

<sup>228</sup> Mata I, párr. 290.

<sup>229</sup> Bianchi III, párr. 41.

<sup>230</sup> Ratti, párr. 31. Al preguntársele si la recuperación de la crisis se inició en 2003, el Prof. Eichengreen declaró ante el Tribunal que en ese año comenzó a recuperarse el PBI. Sin embargo, el desempleo tardó más en comenzar recuperarse (TR-S, Día 5, pág. 1398/1-13). Esto significaría que el índice de pobreza, que tardó más en subir, también tardaría más en caer, porque existe una correlación entre los dos índices (TR-S, Día 5, págs. 1404/10-1405/4). Para el Testigo Cipolla, el índice de pobreza en la Argentina era del 54% en 2003 (párr. 104).

<sup>231</sup> Ver Cipolla, párrs. 27-67.

659. La ley eliminó la paridad entre el peso argentino y el dólar estadounidense mediante la derogatoria de algunos artículos de la Ley de Convertibilidad N.º 23.928 que había dispuesto la paridad entre los pesos argentinos y los dólares estadounidenses a un tipo de cambio de 1:1.

660. La Ley también modificó el régimen tarifario aplicable a los servicios públicos: eliminó las cláusulas de ajuste expresadas en dólares estadounidenses y las cláusulas de ajuste basadas en índices de los Estados Unidos; y dispuso la conversión obligatoria de las tarifas a pesos a un tipo de cambio de ARS 1 = USD 1. De esta manera se eliminó la estabilidad cambiaria de las tarifas, garantizada mediante el cálculo de los costos en dólares, y las tarifas quedaron expuestas a las fluctuaciones del tipo de cambio peso-dólar. Tal como se explicaba en la nota de AGBA al ORAB del 21 de junio de 2002 (CU-104, 118), la Ley N.º 25.561 y la inflación ulterior también diluyeron el valor económico inicial del cargo de obra y el cargo de conexión a un valor que representaba aproximadamente el 10 o 15% de su valor original. Asimismo, la Ley N.º 12.757 del 21 de julio de 2001 (CU-195, RA-164) dispuso un incremento de la alícuota del impuesto a los ingresos brutos de AGBA del 3,5% al 4,55%.

661. Las normas de emergencia autorizaban al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos de servicios públicos, siguiendo determinados criterios, que incluían el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y la distribución del ingreso, los planes de inversión y la rentabilidad de las empresas. Hasta tanto se llevara a cabo dicha negociación, los contratos de concesión y las obligaciones de los concesionarios se mantendrían sin cambios.

662. De este modo, AGBA se vio repentinamente afectada por la Ley de Emergencia y por las medidas ulteriores adoptadas por el Gobierno Provincial que había eliminado las garantías de estabilidad financiera, derogando el cálculo en dólar y el ajuste en función de índices de precios de los Estados Unidos, de modo tal que las tarifas se redujeron a menos de un tercio de su valor y se quebró la ecuación económico-financiera del Contrato de Concesión. El daño fue aún mayor porque estos cambios se implementaron sin ningún tipo de plan. El daño también se agravó por la incertidumbre generada por el Gobierno Provincial al incumplir los plazos y las obligaciones establecidas en la Ley de Emergencia Pública y las medidas adoptadas desde entonces en relación con la renegociación.

663. El efecto más importante para AGBA fue la reducción instantánea y sustancial del valor de las tarifas. Esta reducción se produjo automáticamente a través de la conversión de las tarifas denominadas en dólares a pesos, al tipo de cambio artificial de ARS 1 = USD 1, a pesar de que el tipo de cambio real era ARS 3 = USD 1. Asimismo, las medidas de emergencia también eliminaron las cláusulas de ajuste en dólares, de modo tal que se congelaron las tarifas y se impidió su ajuste para reflejar el aumento de los costos. Como resultado, las tarifas se redujeron en dos tercios desde enero de 2002, y se mantuvieron

sin cambios hasta la rescisión del Contrato en julio de 2006. Y esto se hizo mediante una ley que le impedía a la Concesionaria suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

664. La Concesionaria sufrió el espectro total de los efectos de la emergencia. El Concedente no hizo un sacrificio de su parte, subsidiando las tarifas u ofreciendo ayuda financiera a los usuarios y a la Concesionaria, ni autorizó tampoco aumentos graduales de tarifas a medida que se empezó a recuperar la economía. La pesificación de las tarifas, sumada a su congelamiento, destruyó la ecuación económico-financiera de la Concesionaria. La falta de tarifas justas y razonables hizo imposible obtener un retorno razonable sobre el capital invertido, o incluso recuperar ese capital. En efecto, las tarifas no se aumentaron hasta mucho más tarde, cuando se transfirió el servicio a ABSA.

665. La situación de emergencia se tornó constante y permanente, y aún se mantenía en vigor a la fecha de la rescisión del Contrato de AGBA. Se aprobaron muchas leyes para prorrogar sucesivamente la fecha de finalización de la emergencia. Lo mismo ocurrió en la Provincia de Buenos Aires con la ley provincial. La prórroga indefinida de la situación de emergencia tuvo por efecto que la emergencia, destinada a ser temporaria, se convirtiera en una emergencia permanente *de facto*. El equilibrio económico de la Concesión tampoco se restauró mediante el proceso de negociación impuesto por las leyes de emergencia.

666. La realidad de la economía argentina era distinta. La crisis económica concluyó a mediados de 2003, cuando se incrementó el PBI y se mantuvo prácticamente en los niveles anteriores a la crisis.

## 2. *Consideraciones de la Demandada*

667. La presentación de la Demandada difiere de la descripción de las Demandantes, en primer lugar al insistir en la necesidad de renegociar los contratos como el Contrato de Concesión de AGBA. Señala las disposiciones de la Ley de Emergencia que disponían la renegociación de los contratos privados y públicos para adecuarlos a las nuevas circunstancias imperantes y al nuevo régimen cambiario (Artículos 9 y 11). El 28 de febrero de 2002, la Provincia de Buenos Aires aprobó la Ley Provincial N.º 12.858 (RA-169, CU-154) adhiriéndose al Artículo 8 de la Ley de Emergencia Nacional N.º 25.561 (CU-145, RA-168) que autorizaba al Poder Ejecutivo Provincial a renegociar o adaptar los marcos regulatorios y los contratos de servicios públicos, incluidos los servicios de agua y desagües cloacales. El Decreto Provincial N.º 1.175/02 dispuso la creación de la Comisión Especial para la Evaluación del Impacto de la Crisis en las Tarifas y Contratos de Servicios Públicos, para dar inicio al proceso de renegociación (RA 170, CU-171).

668. La Demandada explica también que las medidas de emergencia que dispusieron la pesificación fueron medidas de alcance general y no estaban específicamente dirigidas a AGBA ni a otros titulares de concesiones de servicios públicos. El Artículo 20 del Anexo Ñ al Contrato de Concesión incluía una referencia a USD en relación con el cálculo de las tarifas. Los servicios se facturaban en pesos argentinos y los montos correspondientes se traducían a USD al tipo de cambio establecido en la Ley N.º 23.928 (Ley de Convertibilidad) “o la disposición legal que la reemplace, al día de cierre de los procesos de facturación”. Por consiguiente, la Concesionaria no tenía derecho a la preservación de la Ley de Convertibilidad o la aplicación de las tarifas expresadas en dólares estadounidenses, tal como se explica en la nota de la Subsecretaría de Servicios Públicos del 12 de julio de 2006 (RA-154, CU-167), que dispone asimismo que la Ley Nacional N.º 12.858 y la Ley Provincial N.º 25561 no comportaron modificación del Contrato.

669. La Demandada también explica que ante la crisis económica, social e institucional que golpeó a la Argentina, ni el Marco Regulatorio ni el Contrato de Concesión contemplaban mecanismos apropiados que permitieran preservar o restablecer el equilibrio entre los derechos contractuales y las obligaciones asumidas, ni tampoco para proteger los derechos de los usuarios. En tal sentido, atar la evolución futura de tarifas al tipo de cambio entre el dólar estadounidense y el peso argentino (i) resultaba jurídica y económicamente imposible en un contexto de crisis, el colapso del régimen de convertibilidad y la fuerte devaluación del peso argentino frente al dólar estadounidense; (ii) habría destruido el principio de tarifas justas y razonables; y (iii) habría tenido un gran impacto negativo en la Provincia, en la prestadora del servicio y en los usuarios. Resultaba necesario modificar los términos de los contratos, y esto suponía ir más allá de un proceso de revisión ordinaria o extraordinaria de tarifas. Esto no se podía lograr sin una renegociación de las disposiciones contractuales. El objeto de la adecuación del Contrato de Concesión era compensar las posibles consecuencias de la crisis.

670. Volviendo a la Concesión objeto de la controversia en el caso que nos ocupa, la Demandada también insiste, en segundo lugar, en los incumplimientos del Contrato de Concesión por parte de AGBA que se produjeron mucho antes de que las medidas de emergencia supuestamente golpearan a la Concesión. Se habría afectado la ecuación del Contrato si se hubiera exigido el cumplimiento de las metas allí establecidas antes de que se desatara la crisis y se declarara la emergencia. En su nota de mayo de 2001, AGBA anunció que se había alterado la ecuación económico-financiera. Si bien en esta nota, AGBA informaba la suspensión de las metas debido a problemas imputables a la propia AGBA, en la nota de la Concesionaria del 17 de julio de 2001 se modificó el mensaje al solicitar una prórroga del plazo para cumplir con las obligaciones asumidas debido a la “crisis”. En su segunda nota, AGBA reconoció que la Concesión incluía “un área caracterizada socioeconómicamente por un índice de Necesidades Básicas Insatisfechas

(NBI) del orden del 25%, y una tasa de desocupación sensiblemente superior a la media del País”.

671. Las Demandantes intentan eximirse de su responsabilidad por el incumplimiento de realizar las inversiones y alcanzar las metas de cobertura, incumplimientos éstos que se produjeron mucho antes de la declaración de la Emergencia. Los incumplimientos de AGBA no pueden atribuirse a la crisis. Los incumplimientos de AGBA no solo invalidan el reclamo de las Demandantes, sino también significan que se frustraron las expectativas de los usuarios y de la Provincia, a tal punto que fue necesario rescindir el Contrato. Por lo tanto, la Concesionaria estaba dispuesta a dejar de controlar la calidad del agua, con los obvios riesgos que ello implicaba para la salud de la población.

### 3. Conclusiones del Tribunal

672. El Tribunal entiende que uno de los efectos generalizados de la pesificación fue el de reducir el valor de las tarifas establecido en el Contrato en aproximadamente dos tercios. También entiende que las medidas de emergencia deben haber tenido otras consecuencias sobre otros rubros de costos asociados a la red que fueron objeto de debate entre los expertos, pero no en la profundidad suficiente como para que el Tribunal obtuviera información precisa en tal sentido.

673. El Tribunal también entiende que si bien la emergencia perjudicó el equilibrio de la Concesión, particularmente por su impacto adverso en el cuadro tarifario y en los ingresos obtenidos por AGBA de los pagos de los usuarios, esta situación no provocó la paralización de la Concesión. La Concesión enfrentaba graves dificultades ya en 2001, tal como queda demostrado por una serie de notas enviadas por AGBA, donde se señalaba una inesperada incobrabilidad y la falta de financiamiento (nota del 17 de mayo de 2001) y desde entonces hasta la explosión de la crisis (notas del 17 de julio, 15 de agosto, 10 de octubre de 2001). Se desprende de esas notas que AGBA objetivamente no estaba en condiciones de llevar a cabo las obras de expansión que se había comprometido a realizar conforme al primer POES Quinquenal. Por tanto, propuso neutralizar el POES para subsanar esa situación y poder concentrarse en las obras de mantenimiento y reacondicionamiento, posponiendo las obras de expansión, incluida la instalación de medidores, para más adelante, una vez realizada y concluida con éxito la renegociación.

674. El Artículo 20 del Anexo Ñ incluye una referencia a un tipo de cambio con el dólar estadounidense establecido en la Ley N.º 23.928 (Ley de Convertibilidad), “o la disposición legal que la reemplace, al día de cierre de los procesos de facturación”<sup>232</sup>. Ello no contempla en el Contrato las consecuencias económicas que pudieran tener los cambios futuros en la convertibilidad, incluidos los cambios perjudiciales para el

---

<sup>232</sup> En la audiencia, el Testigo Cerruti confirmó la interpretación de esa disposición, y señaló asimismo que no decía “tipo de cambio vigente”. TR-S, Día 1, págs. 183/22-184/14.

equilibrio económico de la Concesión. Esta conclusión se puede asimilar a la conclusión del Tribunal del caso *Hochtief* de que la pesificación *per se* no constituye una violación del estándar de trato justo y equitativo<sup>233</sup>.

675. Al adoptarse las medidas de emergencia y aplicarse con efectos inmediatos, la consecuencia inmediata fue agravar la situación de AGBA, pero no a punto tal de imposibilitar o tornar inviable la continuidad de la concesión en el corto o en el mediano plazo. Sin ninguna duda, un cambio tan pronunciado en el tipo de cambio tuvo un fuerte impacto negativo sobre los ingresos netos de AGBA, incluso si el impacto general sobre la Concesión no fue tan dramático como surge de la correspondencia de AGBA con el Concedente y el Organismo Regulador.

676. En efecto, AGBA aún estaba intentando recomponerse de las dificultades que enfrentaba con una visión de largo plazo, fundamentalmente respecto de las expectativas de obtener financiamiento externo, la neutralización del POES y la readecuación de la Concesión mediante una renegociación que se solicitó enfáticamente en reiteradas oportunidades.

677. Cuando el ORAB, mediante nota del 2 de julio de 2002<sup>234</sup>, volvió a solicitar información acerca del financiamiento de AGBA del POES y los documentos que evidenciaran “el financiamiento por parte de los accionistas e instituciones crediticias”, AGBA reiteró, mediante nota del 8 de julio de 2002<sup>235</sup> lo que había comunicado mediante la nota anterior del 10 de octubre de 2001<sup>236</sup> e informó asimismo que se había entablado contacto con el BID. Sostuvo que con los montos que se esperaba obtener del préstamo del BID, la Concesionaria podría ejecutar las obras contempladas en el primer POES Quinquenal y más, sujeto a la aprobación del pedido de neutralización de los plazos de AGBA. En la carta se ofrecía la siguiente explicación:

“Efectivamente, de acuerdo con lo manifestado en el primer punto de la presente, el monto del préstamo es suficiente para cumplir con todas las obligaciones a cargo del Concesionario y no solamente con la inversiones del primer quinquenio; la referencia a este período obedece a que el mismo presenta un marcado pico de requerimientos de inversión y en el mismo, conforme a las proyecciones financieras efectuadas, se manifiestan las necesidades de desembolso del préstamo. Para mayor abundamiento y mejor ilustración, acompañamos copia de la cuenta de Pérdidas y Ganancias correspondiente al Plan de Negocios con base al cual el BID declaró la “elegibilidad” del proyecto como paso previo a la suscripción de la Carta Mandato antes citada.

---

<sup>233</sup> *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB/07/31, Decisión sobre Responsabilidad del 29 de diciembre de 2014, párrs. 234-244.

<sup>234</sup> Anexo 189 a Giacchino/Walck I.

<sup>235</sup> Anexo 190 a Giacchino/Walck I.

<sup>236</sup> Anexo 184 a Giacchino/Walck I.

Destacamos asimismo que esta condición está implícita en la propia estructura de financiación contemplada en la Carta Mandato, ya que siendo la principal fuente de repago del préstamo el flujo de ingresos futuros que se generen en virtud de la inversión objeto de la financiación, la suficiencia del préstamo para el total de obligaciones es condición necesaria, aunque no suficiente, para la consideración de la solicitud de financiamiento”.

...

“En este sentido nos permitimos reiterar nuestra petición original, de neutralización de los plazos de ejecución de las obras comprendidas en el POES, hasta la normalización de las críticas condiciones que dieron lugar a nuestra nota 153/01/VE del 17 de julio de 2001, solicitando asimismo la mayor premura para su tratamiento, habida cuenta del considerable plazo ya transcurrido así como también del considerable agravamiento de las condiciones en que ha debido desarrollarse la Concesión, a raíz de los gravísimos sucesos que han acontecido en el País con posterioridad a nuestra presentación original”.

678. El Tribunal concluye de la posición que adoptó AGBA en el momento en que se adoptaron las medidas de emergencia, que las medidas no tuvieron un impacto en el equilibrio de la Concesión, que ya se encontraba en una situación difícil provocada por la caída en el nivel de cobrabilidad y la falta de financiamiento (informada en la nota de AGBA del 17 de mayo de 2001), que se vio agravada al desatarse la crisis a mediados de 2001. La medida más importante, por mucho, fue la caída en los ingresos, con la consecuente desaceleración en el ritmo de la inversión de AGBA en los activos de la red. Sin embargo, la caída en el financiamiento interno no tuvo como efecto directo la disminución de los rubros más costosos de la operación de AGBA ya que, para entonces, AGBA ya había interrumpido las obras de expansión, incluida la instalación de medidores, y pidió la autorización del Concedente para neutralizar los plazos del POES y restringir el alcance de las obras de mantenimiento y las inversiones urgentes. De ello surge que las medidas de emergencia no fueron la causa de la incapacidad de AGBA de alcanzar las metas establecidas en el primer POES Quinquenal.

679. Por otra parte, la derogatoria de las tarifas en dólares de la concesión ciertamente tornó la situación económica y financiera de AGBA más vulnerable de lo que ya era antes de que esto sucediera. Ante una grave caída de sus ingresos internos, se agravó la dependencia de AGBA del financiamiento externo (por parte de terceros y/o sus accionistas). Ello provocó un agravamiento de los costos para obtener financiamiento y tuvo un impacto adverso adicional en la posibilidad de los accionistas de obtener un margen razonable de ganancias de la inversión.

680. Analizadas individualmente, las medidas parecen violar el estándar de trato justo y equitativo, tal como lo han sostenido varios tribunales arbitrales que debieron analizar los efectos de estas medidas sobre otras inversiones. No obstante, este análisis solo puede

llevarse a cabo tomando en consideración los hechos y circunstancias de cada inversión en particular.

681. El impacto de las medidas de emergencia en el Contrato de Concesión, que representó una reducción de aproximadamente dos tercios en los ingresos de la Concesionaria por el pago de las facturas de los usuarios en comparación con el cuadro tarifario establecido en el Contrato, debe analizarse a la luz de la situación real de la Concesión en ese momento. En efecto, en 2002, el tercer año de la concesión, la Concesionaria enfrentaba una situación en la que era plenamente consciente de su incapacidad de cumplir las metas establecidas en el primer POES Quinquenal antes de la finalización del año 5 (2004). Esto no solo podía proyectarse en función de las cifras reales relativas a las metas alcanzadas en materia de restauración y expansión de la red, por un lado, y por la incapacidad de obtener los fondos externos necesarios, por el otro. Así se reconoció en el Plan de Negocios de AGBA, que reflejaba un fracaso planificado de cumplir los compromisos establecidos en el Contrato y en el POES.

682. En estas circunstancias, la pérdida de ingresos por las medidas de emergencia empeoraron aún más la situación, pero no fueron la causa de la afectación de la ecuación económica-financiera del Contrato, que ya era un hecho antes de que la crisis emergiera seriamente a mediados de 2001, tal como fuera reconocido por AGBA en su nota del 17 de mayo de 2001. De esta forma, quedó establecido que la Empresa no alcanzaría las metas de obras e inversiones a las que se había comprometido en el primer POES Quinquenal para fines de 2004, independientemente de que no se hubiera producido la emergencia. No obstante ello, la pérdida sustancial de ingresos provocada por la pesificación también contribuyó a las condiciones difíciles en que operaba la Concesión en ese momento. En efecto, con el monto inicial de ingresos obtenidos del pago de facturas de los usuarios y sin los obstáculos que provocó la crisis económica argentina en el acceso al crédito de los organismos multilaterales de crédito, la Concesión podría haber tenido un futuro satisfactorio. La emergencia provocó una marcada caída en los ingresos y contribuyó a impedir el acceso al financiamiento externo. Sin embargo, no les impidió a los accionistas de AGBA que aportaran recursos a la Concesión para cumplir con los compromisos de inversión de AGBA establecidos en el primer POES Quinquenal. Además, la emergencia se vio asociada a medidas tendientes a dar respuesta a las inquietudes de las contrapartes en contratos de servicios públicos a través de su renegociación.

683. Incluso si consideráramos que las medidas de emergencia constituyen violaciones del Tratado en esta Sección, resulta de todos modos necesario analizar si cualquier posible incumplimiento por parte del Estado Demandado durante el período de la emergencia se ve justificado por la defensa de estado de necesidad.



D. La responsabilidad por las medidas de emergencia (estado de necesidad)

684. Las Partes discuten ampliamente el impacto de la excepción de estado de necesidad, aplicable en virtud del derecho internacional que, en caso de admitírsela, excluiría la ilicitud de la conducta de Argentina al adoptar las medidas de emergencia. Ambas Partes han examinado las mismas cuestiones con perspectivas opuestas y reproducido fuentes seleccionadas a la luz de sus respectivos argumentos; especialmente laudos arbitrales que distan mucho de representar un enfoque coherente para el examen de esta cuestión.

685. No es necesario que el Tribunal recuerde todos los argumentos y materiales presentados por las Partes. Lo hará de forma sumaria y se concentrará en los aspectos que son importantes a la luz de las circunstancias del caso. Antes de hacerlo, el Tribunal desea mencionar que las cuestiones examinadas solo son relevantes en caso de que se concluya que, en el contexto del caso en cuestión, las medidas de emergencia son total o parcialmente ilícitas de conformidad con el TBI que rige las relaciones entre las Partes. Estas últimas cuestiones serán tratadas en una sección posterior del presente Laudo.

1. *Consideraciones de las Demandantes*

686. Las Demandantes comienzan señalando que, ya que no existe ninguna disposición en el TBI España-Argentina sobre la existencia de un “estado de necesidad”, el Tribunal debe referirse al Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI, que codifica el derecho internacional consuetudinario vigente al respecto y constituye un marco válido para analizar si los alegatos de la Demandada son aceptables. Dicha disposición requiere el cumplimiento de condiciones mucho más estrictas que las defensas fundadas en disposiciones de tratados bilaterales de inversión, en las que se basaron distintos laudos arbitrales que aceptaron la existencia de un estado de necesidad.

687. Diversos tribunales arbitrales han decidido que el alegato de necesidad debe ser aplicado en forma restrictiva, y que la carga de probar que todos los requisitos aplicables han sido satisfechos yace en el Estado que presente dicho alegato.

688. Una de las condiciones establece que esta defensa no puede ser invocada cuando el Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad. Las Demandantes mencionan diversos tribunales arbitrales que han decidido que Argentina contribuyó de forma decisiva con la crisis en la que busca respaldar su alegato de necesidad. Así, se ha admitido que la crisis fue causada por factores externos e internos que fueron esenciales y directos. Se le dijo a Argentina que no logró demostrar que no había contribuido a generar la situación de necesidad en la que basó su defensa. Las Demandantes señalan el informe preparado por el Profesor Eichenengreen, Experto presentado por la Demandada,

en el cual se reconoce que, si bien los shocks externos contribuyeron sustancialmente a las dificultades económicas, no exoneran por completo a los encargados de formular las políticas<sup>237</sup>. La causa del desastre sufrido por Argentina fue el gran y persistente exceso de gasto público sobre ingresos recurrentes, que llevó a una acumulación insostenible de deuda pública, y finalmente, a un estado de cesación de pagos de la deuda soberana que socavó fatalmente los cimientos de la estabilidad financiera y económica argentina. Las Demandantes afirman que los economistas concuerdan en el hecho de que los factores externos no son suficientes para explicar la crisis argentina y que el país tenía un nivel de deuda demasiado elevado. Esto confirma que el alegato de necesidad de la Demandada no puede ser aceptado, ya que la República Argentina contribuyó sustancialmente con la situación que lo motivó.

689. Otra condición requiere que la necesidad sea invocada únicamente cuando ésta “sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”. La Demandada omite explicar por qué las medidas implementadas eran la única forma de salvaguardar intereses esenciales contra un peligro grave e inminente, tal como lo requiere el Artículo 25 (párr. 1 lit. a) del Proyecto de Artículos. No es suficiente alegar que existía un estado de necesidad; la parte que lo invoque debe identificar la forma específica en la que cada una de las medidas del Estado eran necesarias como resultado del estado de necesidad. La existencia de alternativas lícitas para las acciones implementadas por el Estado excluye el alegato de necesidad. Esto significa que probar que las medidas en cuestión fueron efectivas no es suficiente. Debe establecerse que estas medidas fueron las únicas medidas posibles y que no existían otras medidas que permitieran superar el estado de necesidad. La República Argentina no ha demostrado que las medidas adoptadas respecto de AGBA fueran las únicas medidas posibles. Las Demandantes sostienen que existían otras alternativas que no implicaban una violación de las obligaciones internacionales de la Demandada, por lo que el alegato de necesidad de la Demandada debe ser desestimado.

690. Las Demandantes sostienen que si la Demandada realmente hubiera querido garantizar el derecho al agua, existían otras alternativas lícitas que no se tomaron en consideración, tales como el otorgamiento de subsidios a usuarios de bajos ingresos o a las concesionarias de servicios, o medidas relacionadas con las tarifas o costos de la Concesión. La Demandada no tomó ninguna de dichas medidas. Compensar a la Concesionaria por medidas como la pesificación y el congelamiento de las tarifas tal vez habría sido más oneroso, pero podría haber permitido al Estado satisfacer tanto sus obligaciones domésticas como sus obligaciones internacionales. Incluso después de que el ORAB abandonara la paridad cambiaria, las disposiciones sobre tarifas en dólares podrían haberse mantenido a través de revisiones extraordinarias de tarifas que permitieran a la Concesionaria solicitar ajustes tarifarios a la luz de las circunstancias.

---

<sup>237</sup> Eichengreen, párr. 19.

691. Como prueba de que la Provincia tenía la capacidad de evitar los efectos adversos de las medidas de emergencia sobre la Concesionaria, las Demandantes recuerdan que, de hecho, el Concedente adaptó la Concesión de AGBA para la concesionaria estatal ABSA, a la cual, en virtud de un acuerdo celebrado el 7 de abril de 2005, se le transfirieron fondos por 60,5 millones de pesos; se le eximió del esquema de inversión en servicios y expansión; se le prometieron futuras contribuciones para asegurar un equilibrio operativo básico; y se le prometieron futuros aumentos de tarifas. Si esos fondos existían pero no fueron entregados a AGBA a fin de que pudiera prestar adecuadamente sus servicios, ello implicaría un incumplimiento de la obligación del Estado de utilizar todos los recursos posibles para garantizar el derecho humano de acceso al agua.

692. Ya que se asignaron fondos públicos y se otorgaron aumentos de tarifas a ciertos operadores, pero no a AGBA, queda claro que los fondos fueron asignados de forma inadecuada. Tras la rescisión de la Concesión de AGBA por el Decreto N.º 3144/08, ABSA recibió aumentos substanciales de tarifas, que promediaron el 130% para servicios de agua y 180% para servicios de desagües cloacales. Ya que estas medidas fueron efectivamente implementadas, no es cierto que las medidas tomadas contra AGBA estuvieran justificadas por el objetivo de proteger a la población y garantizar su acceso al agua. Su efecto fue el de causar pérdidas a la Concesionaria y serias violaciones en detrimento de los inversores, que no tenían por qué cubrir financieramente obligaciones correspondientes al Estado en su rol como garante de los derechos de la población. La Demandada no logró establecer que las medidas tomadas contra AGBA fueran la única alternativa para lidiar con la situación que generó el estado de necesidad.

693. Desde otra perspectiva, las Demandantes entienden que otro de los argumentos de la Demandada consiste en afirmar que la República Argentina estaba obligada a resguardar los intereses de la población a través de las medidas de emergencia que afectaron el régimen tarifario de la Concesionaria, por lo que no disponía de ningún otro medio para preservar estos intereses fundamentales. Las Demandantes señalan que la Demandada parece alegar que el cumplimiento de sus obligaciones de resguardar el derecho humano al agua era incompatible con el cumplimiento de sus obligaciones hacia las Demandantes. Las Demandantes niegan que esto sea cierto. Garantizar el derecho humano al agua es un deber del Estado, no de empresas privadas como las Demandantes. No niegan el hecho de que la República Argentina tenga la obligación de proveer servicios de agua potable y desagües cloacales a su población<sup>238</sup>. Lo que es inapropiado, y que no está dispuesto en ninguna ley o reglamento, es que empresas privadas como las Demandantes sean quienes deban asumir los costos de esas obligaciones del Estado. Invocar el derecho humano al agua no asistirá a la Demandada en su intento de exceptuarse de las obligaciones debidas a la Concesionaria y los inversores, ya que es la

---

<sup>238</sup> Ver Resolución de la Asamblea General de la ONU del 28 de julio de 2010, A/RES/64/292 (CUL-185).

Demandada quien debe satisfacer las cargas resultantes del derecho al agua, tal como lo ha establecido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>239</sup>.

694. Las Demandantes también explican que la Demandada tiene dos tipos de obligaciones: sus obligaciones referentes al derecho de la población al agua y sus obligaciones hacia inversores internacionales. La República Argentina puede y debe cumplir con ambos tipos de obligaciones de forma simultánea. Por lo tanto, las obligaciones de la República Argentina resultantes del derecho humano al agua no constituyen un obstáculo para el cumplimiento de sus obligaciones hacia las Demandantes, ni significan que un supuesto estado de necesidad le permitiría simplemente escapar a los compromisos realizados con inversores extranjeros.

695. Las Demandantes afirman asimismo que, incluso de aceptarse la existencia de un estado de necesidad, es necesario determinar el momento hasta el cual se extiende la situación que lo genera. El Artículo 27 del Proyecto de Artículos establece que es posible exigir el cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir.

696. Las Demandantes sostienen que, una vez que se ha superado la situación de emergencia, el Estado ya no está exento de su responsabilidad por cualquier violación de sus obligaciones. Por lo tanto, todas las acciones y omisiones anteriores al 1 de diciembre de 2001 y posteriores al 27 de abril de 2003 seguirían siendo ilícitas. Las Demandantes concluyen que, incluso si se aceptaran los alegatos de la República Argentina sobre la existencia de un estado de necesidad, la situación de necesidad solo podría reconocerse hasta finales del primer semestre de 2002 o, según sea el caso, hasta abril de 2003. Cualquier violación por parte de la Provincia y el Organismo Regulador fuera de dicho período no puede ser excusada de ninguna forma por el alegato de necesidad.

697. Finalmente, las Demandantes invocan el Artículo 27 del Proyecto de Artículos y afirman que la existencia de una circunstancia como el estado de necesidad no excluye, en sí misma, la obligación de la parte incumplidora de indemnizar a la otra parte por los perjuicios ocasionados. La existencia de un estado de necesidad no excluye la solicitud de indemnización presentada por las Demandantes. Incluso si se aceptara hipotéticamente el estado de necesidad, éste no puede liberar a la Demandada de su responsabilidad hacia la Concesionaria.

## 2. *Consideraciones de la Demandada*

698. La Demandada comienza alegando que, en el hipotético caso de que el Tribunal arribe a la conclusión de que las medidas adoptadas por las autoridades argentinas

---

<sup>239</sup> Ver Observación General N.º 15 (2002), E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003 (CUL-186).

constituyen una violación del TBI, la República Argentina invoca la defensa de necesidad en virtud del derecho internacional. El segmento de la población que reside en el área de la Concesión se encontraba en una situación de gran vulnerabilidad. La República Argentina no podía tomar más medidas que las implementadas para garantizar el acceso al agua potable y asegurar la supervivencia de la población.

699. La Demandada cita el informe de la Comisión de Derecho Internacional que establece que el estado de necesidad se refiere a “la situación en que se encuentra un Estado que no tiene absolutamente otro medio para preservar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente que el de adoptar un comportamiento que no está en conformidad con lo que de él exige una obligación internacional para con otro Estado”. Esta definición hace más explícitos los fundamentos de exclusión de la ilicitud en el Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado. La Demandada menciona, sin embargo, que el Artículo 25 del Proyecto de Artículos no es una ley obligatoria y que no deroga el derecho internacional consuetudinario. En cualquier caso, la República Argentina ha cumplido con sus exigentes requisitos. En contra de lo alegado por las Demandantes, la Demandada sostiene que esta disposición es restrictiva en sus términos, por lo que no hay espacio para que una interpretación sea aún más restrictiva que la disposición misma.

700. El requisito de “no contribución” en el que las Demandantes hacen tanto hincapié no puede incluir cualquier contribución del Estado. Debe mantenerse una interpretación razonable de este requisito. La defensa de necesidad solo queda excluida cuando el Estado ha contribuido a la causa principal de la necesidad. La República Argentina realizó todos los esfuerzos posibles para evitar el colapso. No todas las contribuciones del Estado a una situación de colapso son suficientes para descartar la posibilidad de invocar la defensa de necesidad. El requisito fue incluido en el Artículo 25 del Proyecto de Artículos de la CDI a fin de evitar abusos.

701. En la década de los ochenta, antes de que se adoptara el Régimen de Convertibilidad, Argentina experimentó serios desequilibrios macroeconómicos marcados por una deuda devastadora, enormes déficits fiscales, y volatilidad inflacionaria y cambiaria. La Ley de Convertibilidad fue dictada como un último recurso para detener la hiperinflación en la Argentina. Sobre la base de la experiencia del Profesor Eichengreen, la Demandada explica que Argentina avanzó considerablemente a principios y mediados de la década de 1990, especialmente a través de un proceso de privatizaciones. La crisis argentina fue causada por una serie de shocks externos que se desataron en 1998. Desde ese momento, la economía cayó en una larga recesión. La paridad se tornó cada vez más vulnerable hasta el punto de tornarse impracticable. El aumento de las tasas de interés en USD entre 1998 y mediados del 2000 tuvo efectos significativos. La República Argentina introdujo todas las reformas y adoptó todas las recomendaciones formuladas por organismos internacionales. Posteriormente, el FMI

aceptó la responsabilidad por sus errores al diagnosticar la situación de Argentina y recomendar políticas erróneas entre 1991 y 2001 (RA-221, 222). La República Argentina no contribuyó a generar el estado de necesidad al punto de excluir el planteamiento de dicha defensa. El Proyecto de Artículos de la CDI establece que la contribución al estado de necesidad debe ser suficientemente substancial. No tomar en cuenta esta restricción llevaría al absurdo de que un Estado no pueda invocar el estado de necesidad para resguardar la vida de su población porque dicho Estado contribuyó, incluso incidental o periféricamente, a generar el estado de necesidad.

702. La Demandada también afirma que las medidas adoptadas cuando la crisis llegó a su pico eran la única forma de salvaguardar intereses esenciales contra un peligro grave e inminente. No existía ninguna otra forma de salvaguardar los intereses esenciales de Argentina. La situación social era especialmente grave en el Área Metropolitana del país, que tenía el mayor porcentaje de población con NBI (indicador de necesidades insatisfechas que mide la pobreza estructural). Las medidas adoptadas por la República Argentina evitaron la vulneración del derecho humano al agua y, con él, a un estándar de vida adecuado, al alimento y la vivienda. Habría sido imposible solventar un aumento del precio del agua en dichas condiciones. Para los pobres, un ajuste de las tarifas al nuevo valor del dólar y su inflación habría generado una situación desesperada. El profesor Kliksberg exhibe los devastadores efectos que habría tenido sobre la población la dolarización de las tarifas. El gasto en agua y cloacas en los partidos del Gran Buenos Aires, se hubiera convertido en el 13,6% del ingreso total familiar medio<sup>240</sup>. Esto habría arrojado una proporción igual al triple de la proporción razonable establecida por organismos internacionales para el acceso al agua. “Subir las tarifas como lo reclaman las Demandantes, hubiera significado una violación masiva de derechos humanos básicos para los indigentes”<sup>241</sup>.

703. La afirmación de las Demandantes de que el otorgamiento de subsidios a usuarios de bajos ingresos podría haber reemplazado las medidas efectivamente adoptadas, no está respaldada por ninguna prueba sobre el presupuesto estatal disponible para tal fin, e ignora las serias consecuencias que la crisis había tenido sobre los impuestos, que hacían imposible otorgar subsidios a los servicios públicos y que limitaban las posibilidades de asistir a los habitantes en la satisfacción de sus necesidades básicas.

704. Muchos economistas prestigiosos consideraron que la pesificación de los contratos era la única forma de abandonar el sistema de tasa de cambio fija existente hasta el momento. Tal como lo explica el Profesor Eichengreen, la República Argentina no tuvo otra alternativa más que derogar la Ley de Convertibilidad y depreciar el peso a efectos de detener la espiral deflacionaria y estabilizar las expectativas<sup>242</sup>. El Experto concluyó

---

<sup>240</sup> Kliksberg II, párr. 53.

<sup>241</sup> *Ibid.*, párr. 58.

<sup>242</sup> Eichengreen, párr. 26.

que las medidas de emergencia fueron la única alternativa viable, dado que otras medidas habrían llevado a una crisis económica y financiera aún más profunda. La no adaptación de los contratos a la situación existente habría generado una tensión social incontrolable. La crisis económica generó un aumento de las tasas de desempleo, indigencia y pobreza, junto con una reducción sin precedentes de la capacidad de pago de la población, que evitó que muchas personas pudieran costear las tarifas vigentes en ese momento. Las políticas implementadas por la República Argentina hasta diciembre de 2001 fueron respaldadas por instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial y el FMI. A diferencia de otros países, la República Argentina no recibió ayuda externa para evitar o gestionar su crisis. Por el contrario, el 5 de diciembre de 2001, el FMI se rehusó a entregar fondos por USD 1.260 millones.

705. La Demandada observa que, según las Demandantes, los alegatos de la República Argentina justifican la pesificación únicamente. Esto no es correcto. La situación descrita en relación con la crisis no solo justifica la pesificación, sino también las demás medidas relacionadas con la preservación de los intereses esenciales de la República Argentina. La gravedad de la crisis fue reconocida por las Demandantes en julio de 2001, cuando AGBA se refirió a los “la delicada situación económico financiera en que se encontraba el País” y mencionó que los esfuerzos por obtener financiamiento se realizaron “en un contexto de continuada recesión y sucesivas crisis institucionales”<sup>243</sup>.

706. Argentina adoptó una posición que se encuentra expresamente detallada en el TBI. Mantuvo el orden público, protegió sus intereses esenciales en seguridad, y preservó los derechos humanos básicos y la existencia del sistema financiero. No existe ninguna obligación en virtud del derecho nacional o internacional que pueda superar el deber de Argentina de garantizar el ejercicio libre y completo de los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción. Por lo tanto, el Tribunal debe rechazar la demanda en virtud de la aplicación de la defensa del estado de necesidad.

707. La Demandada también cuestiona el argumento de las Demandantes de que, incluso en caso de aceptarse la defensa del estado de necesidad, dicha situación solo sería reconocible hasta finales del primer semestre de 2002 o abril de 2003, cuando se produjo la recuperación económica. Esto es falso. Después de la gran depresión, se revirtió la tendencia negativa, pero esto estuvo muy lejos de ser el final de la crisis. Los efectos de la crisis, que estalló en 1998 y que se profundizó en diciembre de 2001, aún perduraban cuando se produjo la rescisión del Contrato. El Estado y la sociedad argentina aún no se han recuperado del colapso y existen numerosos aspectos de la vida social y económica que aún no se han normalizado.

---

<sup>243</sup> Nota al ORAB del 17 de julio de 2001 (RA-192, CU-135).

708. El estado de necesidad libera al Estado de la obligación de indemnizar a terceros por daños causados por un acto internacionalmente ilícito. De conformidad con el Artículo 27 del Proyecto de Artículos de la CDI, tan pronto como el estado de necesidad deje de existir, resurge el deber de cumplir con las obligaciones establecidas en el TBI. Esto no implica la restauración del régimen previo a la crisis, sino el deber de cumplir las obligaciones referentes al tratamiento en el nuevo contexto.

### 3. *Conclusiones del Tribunal*

709. El tribunal reconoce la confianza de las partes en las disposiciones aplicables de los Artículos de la CDI y reconoce que éstos representan, en gran medida, los principios generales del derecho internacional mencionados en el Artículo X.5 del TBI.

710. El Tribunal observa que la crisis que conllevó a las medidas de emergencia fueron ciertamente causadas por factores externos e internos. Sin embargo, esto no es suficiente para demostrar que la naturaleza e importancia de la contribución del gobierno argentino al estado de necesidad fuera suficiente para excluir toda invocación de esta defensa por parte de la Demandada.

711. Tal demostración solo podría tener éxito si se comprobara que los actos del Gobierno estaban dirigidos hacia la generación de una crisis que dio por resultado la situación de emergencia experimentada por el país a principios de 2002 o, al menos, eran de naturaleza tal que el Gobierno debería haber sabido que dicha crisis y emergencia serían el resultado necesario de su política económica y financiera.

712. El Tribunal entiende que las políticas económicas implementadas por Argentina, durante los años anteriores a la crisis, tornaron vulnerable la economía del país y que éste no ejerció una disciplina fiscal suficiente ni adoptó políticas laborales y comerciales compatibles con su situación económica y la debilidad de su moneda.

713. Sin embargo, esto solo explica parte de las dificultades enfrentadas desde 2001. El resultado de estas dificultades no era necesariamente el advenimiento de la crisis y su pico en la emergencia de diciembre de 2001. Las medidas económicas implementadas en Argentina en la década de los noventa fueron ciertamente erróneas, pero no eran de una naturaleza tal como para generar una crisis y emergencia de la magnitud de la acaecida en el segundo semestre de 2001.

714. Esto significa también que, a fin de alegar que el gobierno argentino contribuyó substancialmente con estos eventos, es necesario demostrar que existió un nexo causal entre la conducción de la economía argentina y el surgimiento de la crisis.



715. Si este hubiera sido el caso, el estado de necesidad debería haber sido reconocible desde antes de 2001, especialmente por los Oferentes que celebraron la Concesión a principios del 2000. El hecho de que aceptaran la Licitación, tras examinar todos los aspectos que consideraron relevantes, ilustra claramente la situación dominante en un país que ciertamente experimentaba dificultades, pero no de una gravedad tal que evitara que inversores extranjeros con intereses comerciales realizaran inversiones de considerable importancia que nunca habrían querido transferir a un país expuesto a riesgos como los materializados en Argentina en 2001. Asimismo, si los “factores internos” eran de tal naturaleza que prevalecieron como causa de la crisis, esto debería haber sido reconocible, al menos al momento en que AGBA redactó su nota del 17 de mayo de 2001. Esta nota no hacía ninguna alusión a la crisis que las Demandantes alegan fue causada por “factores internos” que deberían haber existido desde mucho antes y, por lo tanto, ser fácilmente reconocibles por AGBA y sus accionistas si efectivamente se hubieran materializado.

716. Las Demandantes señalan correctamente que un Estado no puede alegar la excepción de estado de necesidad cuando disponía de otros medios que habrían permitido evitar la violación de sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Este argumento, sin embargo, debe ser tomado sin dejar de lado sus proporciones razonables. Las obligaciones internacionales que deben ser sopesadas contra el estado de necesidad de la República Argentina son, en opinión de las Demandantes, aquellas resultantes del TBI y supuestamente incumplidas. Las medidas de emergencia y el estado de necesidad asociado a ellas, fueron eventos de importancia nacional. Por lo tanto, la cuestión sobre la disponibilidad de “otros medios” debe ser considerada desde ambas perspectivas: la amplia, que toma en cuenta las necesidades de Argentina y su población nacional, y la acotada, que se centra en la situación de los inversores que ejecutaban contratos protegidos por las obligaciones internacionales resultantes de uno de muchos TBI<sup>244</sup>.

717. Las Demandantes no han analizado la primera parte de esta cuestión. La Demandada ha demostrado fehacientemente que las medidas de emergencia adoptadas eran las únicas disponibles para el Gobierno Argentino en ese momento, dadas las extremas condiciones económicas, institucionales y sociales sufridas por el país y su población<sup>245</sup>. Las Demandantes deberían haber ofrecido al menos un claro indicio de la

---

<sup>244</sup> Los contratos de compraventa de gas natural destinados a la exportación, cuyo precio hubiera sido originalmente pactado en dólares, fueron excluidos de la pesificación por el Decreto N.º 689/2002; ver. Testimonio Ratti, párr. 19. A fin de afirmar que debería haberse realizado otra exclusión, lo primero que habría que presentar es una comparación con esta primera exclusión. Las Demandantes no han realizado dicho análisis.

<sup>245</sup> Las Demandantes favorecen una estricta interpretación del Artículo 25, párr. 1(a) de los Artículos de la CDI. Si bien existen buenas razones para aceptar la aplicación de normas de derecho internacional a controversias relativas a inversiones, debe guardarse cierta reserva respecto de los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados, y tenerse en cuenta la regla de autocontención establecida en el Artículo 33, párr. 2, que establece que los derechos resultantes de la responsabilidad de los Estados se entienden “sin perjuicio de cualquier derecho que... [esta] pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”.

naturaleza de las demás medidas disponibles para el Gobierno en ese momento. Las Demandantes se concentraron exclusivamente en sus propios intereses y la protección que supuestamente les concedía el TBI. El Profesor Eichengreen, Experto convocado por la Demandada, explicó convincentemente al Tribunal que:

Argentina no tenía otra alternativa, no le quedaba más remedio que la devaluación, la suspensión de sus pagos de la deuda y la pesificación de los activos de su deuda. Es difícil que hubiese procedido de otra manera, prácticamente imposible. Pero si usted me presiona, le diría que de lo contrario el gobierno hubiese tenido que realizar cortes fiscales aún mayores, es decir, mayores reducciones del gasto público, lo cual hubiese creado una recesión aun mayor. En fin de cuentas lo que se hubiese logrado es el socavar por completo la confianza de los mercados internacionales y el riesgo hubiese sido un desajuste y un desbarajuste social aun mayor que el que conoció el país. Las reducciones de gastos públicos que se habían efectuado habían causado ya malestar y el malestar hubiese sido aun mayor. Además, en una democracia tiene que haber apoyo público para las medidas que se adopten.”<sup>246</sup>

718. Por lo tanto, el Tribunal concluye en esta etapa que existía una situación de estado de necesidad que respaldaba suficientemente las medidas de emergencia en la fecha de su promulgación, enero de 2002.

719. Las Demandantes alegan correctamente que una situación de estado de necesidad debe llegar a un fin. Si bien las medidas de emergencia se mantuvieron vigentes por muchos años y supuestamente siguen vigentes en la actualidad, la necesidad de estas medidas dejó de existir hace mucho. En otras palabras, cuando las medidas de emergencia se justifican, por la inexistencia de otra solución razonablemente disponible, el argumento que respalda la defensa del estado de necesidad desaparece tan pronto como una medida alternativa, que no requiera el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, se torna disponible.

720. Las Demandantes aceptan que Argentina tenía dos tipos de obligaciones: sus obligaciones referentes al derecho de la población al agua y sus obligaciones hacia inversores internacionales. La República Argentina puede y debe cumplir con ambos tipos de obligaciones de forma simultánea. Así, las obligaciones resultantes del derecho humano al agua no constituyen un obstáculo al cumplimiento de las obligaciones hacia las Demandantes. Sin embargo, el argumento de las Demandantes es demasiado breve. No resuelve el conflicto entre la obligación de garantizar el derecho de la Concesionaria en virtud de la Concesión y el acceso de la población pobre y vulnerable al agua, cuando esto no puede ser asegurado de ninguna otra forma que no implique un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado anfitrión hacia la Concesionaria.

---

<sup>246</sup> TR-S, Día 5, pág. 1368/1-20; ver Eichengreen, párrs. 27-44.

721. No es necesario iniciar en esta instancia un debate sobre si los inversores extranjeros tienen, en virtud del derecho internacional, la obligación de contribuir con la provisión de agua potable en la medida en que esto es exigido por el derecho humano al agua. Es suficiente mencionar que AGBA y su Concesionaria deben haber sabido que se encontraban indirectamente obligadas por el derecho fundamental al agua de la población de la Región B, dadas las disposiciones que requerían que ORAB tomara en cuenta en sus decisiones la “protección de los intereses de la comunidad” (Artículo 13-II de la Ley N.º 11.820) incluidos “los derechos y los intereses de los Usuarios”, mencionados en el Artículo 4.3 del Contrato de Concesión y en virtud del Artículo 42 de la Constitución.

722. AGBA había experimentado y aceptado que dicho derecho fundamental, al igual que un mínimo nivel de respeto por la salud y la vida social del pueblo correspondiente, justificaba la intervención de ORAB para prohibir a AGBA continuar con una política amplia de interrupción del servicio de aquellos usuarios que no querían o no podían pagar sus facturas.

723. Respecto de las medidas de emergencia y su impacto sobre las tarifas debe observarse la misma estructura legal: el Gobierno de Argentina y el Ejecutivo Provincial estaban obligados, en función del derecho constitucional y una política elemental de protección de la salud de la población, a preservar el acceso al agua potable.

724. Los únicos medios que, según las Demandantes, se encontraban disponibles en ese momento eran el otorgamiento de subsidios a usuarios de bajos ingresos y/o el ajuste de tarifas de forma que preservara los ingresos de la Concesionaria. Dichas medidas se hallaban contenidas en el Anexo B de la propuesta de medidas de emergencia de AGBA del 28 de junio de 2002 (CU-104, 118), que establecía que los cronogramas de expansión, medición y reemplazo de tuberías, así como los objetivos de reacondicionamiento, perderían su vigencia desde julio de 2001. La propuesta fue rechazada por la Resolución ORAB N.º 25/03, del 17 de septiembre de 2003 (CU-69). A pesar de que las Demandantes argumentaron ampliamente que la Demandada ni siquiera consideró medidas no mostró interés alguno por ellas, no presentaron pruebas que demuestren de qué forma esas medidas podrían haber sido implementadas durante el período de crisis y la emergencia.

725. Es difícil tomar en serio la primera propuesta: ¿cómo habría sido posible otorgar subsidios cuando las finanzas y los presupuestos del Estado y la Provincia se hallaban en el centro de la crisis y existían graves dificultades para el pago de la deuda pública? ¿Cómo habría sido posible lograr que la legislatura aprobara un presupuesto que reservara un crédito especial para usuarios de una red de agua y desagües cloacales privatizada, cuando no habría quedado dinero disponible para cubrir otras necesidades de la población que debían ser cubiertas por otros proveedores no protegidos por un TBI? ¿Cómo pueden las Demandantes concebir y solicitar subsidios tomados del presupuesto del estado cuando AGBA había expresado, antes del comienzo de la emergencia, que la crisis era de

tal naturaleza que el Estado era incapaz de obtener créditos de entidades financieras, incluso para financiar el gasto corriente ya presupuestado y aprobado?<sup>247</sup>

726. La comparación con las contribuciones realizadas a ABSA no es convincente. Estos pagos se realizaron a cambio de la adquisición de acciones por parte de la Provincia y aumentaron indirectamente los recursos de ABSA para inversión en la red. No fueron diseñados para ofrecer subsidios a usuarios de bajos ingresos u otros sujetos vulnerables. De conformidad con el Decreto N.º 757/05, del 26 de abril de 2005 (CU-169), por el cual se aprobó el Acta Acuerdo suscrita con ABSA, entre los años 2002 y 2004 se transfirieron un total de ARS 60 millones a ABSA en concepto de aportes de capital para cubrir eventuales déficit de funcionamiento o para incrementar la solidez patrimonial de dicha sociedad<sup>248</sup>. Los 20 millones incluidos en el presupuesto de la Provincia para el año 2004 fueron destinados a la integración de propiedad accionaria y/o patrimonial de ABSA<sup>249</sup>. Para que AGBA obtuviera subsidios directos de la Provincia, habría sido necesario que se sometiera al Nuevo Marco Regulatorio<sup>250</sup>.

727. La segunda propuesta es de naturaleza similar. Habría sido imposible implementar una medida de emergencia para liberar a la población de la Región B, o a parte de ella, de la carga representada por el régimen tarifario aplicable en virtud de la Concesión y asegurar, simultáneamente, el equilibrio financiero y contractual de la Concesionaria sin fondos provistos por el Estado anfitrión.

728. La tercera propuesta habría ocasionado que AGBA abandonara prácticamente todas sus obras de expansión y reacondicionamiento. Claramente, tal solución no guardaba relación alguna con las medidas de emergencia, pero habría permitido a AGBA anular el efecto de sus retrasos en el cumplimiento de los objetivos establecidos en el POES.

729. En el momento en que se tomaron las medidas de emergencia y durante sus repercusiones inmediatas, ninguna de esas soluciones era posible o podía siquiera considerarse seriamente. Esto también neutraliza los argumentos de las Demandantes de que los fondos y demás ventajas puestas desde 2005 a disposición de ABSA, el sucesor de AGBA tras la rescisión del Contrato, demuestran que existían fondos disponibles para compensar a los usuarios o a la Concesionaria por las pérdidas resultantes de las medidas de emergencia. Las medidas de apoyo a ABSA se implementaron a partir del año 2005, cuando, tal como lo admiten las propias Demandantes, la economía argentina se había recuperado significativamente de la crisis de 2001/2002. Asimismo, ABSA era una

---

<sup>247</sup> Nota del 17 de julio de 2001 (CU-135, RA-192).

<sup>248</sup> Ver Estados Contables de ABSA al 31 de diciembre de 2005, donde se registró un aumento de capital de más de ARS 65 millones (I), Anexo 234 al Informe Giacchino/Walck I.

<sup>249</sup> Ley 13.154, Artículos 46/47 (CU-155, RA-191).

<sup>250</sup> Seillant I, párr. 63.

empresa del estado, con un equilibrio de intereses titulares muy distinto al de AGBA y con fuentes de financiación que no incluían contribuciones externas de la magnitud contemplada en el caso de AGBA.

730. Las Demandantes observan, con razón, que una revisión extraordinaria de tarifas habría permitido mantener las disposiciones de tarifas en dólares<sup>251</sup>. Sin embargo, esto no era posible en los términos del Contrato de Concesión, ya que AGBA había incumplido con varios de los parámetros de desempeño establecidos en el POES Quinquenal. Es por esto que la única alternativa disponible era una renegociación del Contrato que permitiera dejar de lado las frustraciones experimentadas con el diseño original de la Concesión.

731. A través de la Resolución N.º 25/03 del 17 de septiembre de 2003 (CU-69) el ORAB le comunicó a AGBA que debía cumplir con varias condiciones antes de que fuera posible llevar a cabo una revisión extraordinaria por cambios en los índices de precios extranjeros. Tal como se establece en el Artículo 12.3.1, debe producirse una modificación del índice inflacionario de los Estados Unidos de América que supere en valor absoluto un 3%. El organismo debe analizar la procedencia de efectuar la revisión tarifaria y, para el supuesto de que sea procedente, debe convocarse a audiencia pública antes de que el Ejecutivo pueda aprobar o rechazar la revisión (Artículo 12.3.5.3). También se menciona que las revisiones de tarifas no pueden ser usadas para compensar déficits derivados del riesgo empresarial asumido por la Concesionaria (Artículo 12.3.1 y Artículo 30-II de la Ley N.º 11.820). Este último obstáculo ya ha sido invocado en la nota de la Subsecretaría de Servicios Públicos del 23 de julio de 2002 (RA-185).

732. Otra alternativa para compensar los efectos de las medidas de emergencia consistió en poner procesos de renegociación a disposición de los tenedores de contratos de servicios públicos. Dichas renegociaciones tuvieron un impacto legal sobre las medidas de emergencia y el Contrato de Concesión. Por un lado, la renegociación constituyó una forma de compensar las violaciones de obligaciones internacionales que podrían haber tenido su origen en determinadas medidas de emergencia. En este sentido, la renegociación constituía una obligación para el Estado anfitrión; era un medio alternativo de satisfacer los objetivos de sus políticas, sin imponer a la Concesionaria medidas que constituyeran un incumplimiento de obligaciones internacionales. Por otro lado, la renegociación ofrecía a la Concesionaria la oportunidad de alcanzar un nuevo equilibrio económico y financiero, que la liberaría de las sanciones resultantes de su incumplimiento de las obligaciones asumidas en el Contrato.

---

<sup>251</sup> Giacchino/Walck II, párr. 8, establece que ORAB podría haber recurrido a la cláusula de revisión extraordinaria de tarifas contemplada en el contrato de concesión de AGBA, pero no lo hizo. Los Expertos no examinan cuáles podrían haber sido las razones de dicha conducta.

E. Los requisitos para la renegociación del Contrato de Concesión

733. Las Partes concuerdan en que, antes de que se implementaran las medidas de emergencia, la Ley de Emergencia Provincial N.º 12.727, del 23 de julio de 2001 (CU-195, RA-164), autorizaba la rescisión o renegociación de contratos que generaran obligaciones a cargo del Estado provincial (Artículo 3/4). El Decreto N.º 1960/01, del 12 de julio de 2001 (RA- 167, 187, CU-309), establecía una excepción para los acuerdos suscritos en virtud de los procesos de privatización efectuados por la Provincia. Ambos textos establecían que, en caso de rescisión, la indemnización no incluirá el pago de ningún otro rubro que no sea el de daños reales.

734. La Ley N.º 12.858, del 28 de febrero de 2002 (CU-154, RA-169) y el Decreto N.º 1157/02, del 13 de mayo de 2002 (CU-171, RA-170), establecieron, a nivel provincial, el proceso de renegociación establecido por el Artículo 9 de la Ley Nacional N.º 25.561 (CU-145, RA-168), que establece varios lineamientos, entre los cuales se incluye el impacto de las tarifas sobre la economía y la distribución de ingresos, la calidad de los servicios y la rentabilidad de las empresas. El Artículo 10 de dicha Ley establece que las disposiciones previstas en los Artículos 8 (pesificación) y 9 (renegociación) “en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones”. La Ley Provincial N.º 12.858 dispuso la adhesión de la Provincia a las disposiciones de los Artículos 8, 9 y 10 de la Ley Nacional.

735. El Artículo 1 del Decreto N.º 1175/02 creó la Comisión Especial para la Evaluación del Impacto de la Crisis en las Tarifas y Contratos de Servicios Públicos. De conformidad con el Artículo 2, esta Comisión tenía por objeto elaborar informes tendientes a determinar la situación en que se encuentra cada uno de los servicios públicos afectados. El Artículo 5 requería que la Comisión elevara sus conclusiones al Poder Ejecutivo en el plazo de 45 días. Las principales tareas que debía desempeñar eran: adoptar medidas tendientes a establecer la incidencia de la situación económica imperante en la estructura de las tarifas y contratos, y la posibilidad de asegurar la continuidad del servicio público y garantizar los intereses económicos de los usuarios; determinar reglas de conducta; elaborar los informes técnicos y los informes explicativos de la situación de cada servicio público afectado; y evaluar los intereses de los usuarios, los planes de inversión y la rentabilidad de las empresas.

736. El Decreto Provincial N.º 2088/02, del 10 de septiembre de 2002 (CU-172), ordenó a las concesionarias de servicios públicos mantener la calidad de los servicios establecidos en el contrato de concesión y las disposiciones legales complementarias.

737. La Comisión Especial creada por el Decreto N.º 1175/02 elaboró el Nuevo Marco Regulatorio aprobado por el Decreto N.º 878/03, del 9 de junio de 2003 (CU-125, RA-

175), y validado por el Artículo 33 de la Ley N.º 13.154. Este Decreto establece, en el Artículo 91 del Nuevo Marco Regulatorio, una nueva obligación de renegociar los contratos relacionados con todos los servicios de agua potable y desagües cloacales en un plazo de 180 días, con el objeto de adaptar estos contratos a la nueva regulación. El Nuevo Marco Regulatorio expresaba la decisión de la Provincia de introducir cambios substanciales a dichos contratos y debía entenderse dirigido a la Concesión original de AGBA. A este respecto fue importante lo dispuesto por el Artículo 91 en sus secciones relevantes:

“El Ministerio de Infraestructura Vivienda y Servicios Públicos, deberá establecer en un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días, contados desde la fecha de entrada en vigencia del presente Marco Regulatorio, los plazos, responsabilidades y mecanismos, a los efectos de adecuar al mismo todos los servicios de agua potable y desagües cloacales que se presten en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, sean estos servicios de jurisdicción provincial o municipal, o con contrato de operación y administración otorgados por el S.P.A.R.

Para el caso de los servicios públicos sanitarios de jurisdicción provincial, el Ministerio de Infraestructura Vivienda y Servicios Públicos, deberá pactar con los concesionarios la readecuación a este Marco Regulatorio, de los respectivos contratos de concesión existentes a la fecha de entrada en vigencia del presente”.

738. AGBA experimentaba así los efectos de las medidas de emergencia y se comprometía a cumplir con el Contrato de Concesión (Artículo 10 de la Ley Nacional N.º 12.858, según fuera aprobada por la Ley Provincial N.º 12.858), y la única modificación establecida por el Artículo 91 del Decreto N.º 878/03 era la obligación de negociar un ajuste del Contrato en función del Nuevo Marco Regulatorio.

### **VIII. El Nuevo Marco Regulatorio y la Renegociación**

739. El 9 de junio de 2003, la Provincia emitió el Decreto N.º 878/03, por el cual se aprobaba el Nuevo Marco Regulatorio (NMR) para la prestación de servicios públicos de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Buenos Aires (CU-125, RA-175). El Decreto fue ratificado por la Ley N.º 13.154 y modificado por el Decreto N.º 3.289, del 22 de diciembre de 2004 (CU-126, 168, RA-177). Esta Regulación tenía como objetivo principal respaldar las operaciones de ABSA como sociedad estatal provincial para la concesión en la Zona 1, adjudicada originalmente a AZURIX; esto se encuentra explicado en el Preámbulo del Decreto.

740. El Nuevo Marco Regulatorio sentó las bases de todos los contratos de concesión posteriores (nuevos o renegociados) y los servicios sanitarios públicos. AGBA reclamó haber quedado sujeta a esta nueva regulación desde su fecha de entrada en vigencia. Esto era ciertamente verdad respecto de la renegociación de una concesión revisada, pero solo

en la medida en que habría modificado o reemplazado el Contrato de Concesión aplicable desde el 2000, el cual continuaba vigente a pesar de las medidas de emergencia. Si bien se habían preparado y debatido distintas propuestas, la renegociación no tuvo éxito.

A. Los principales elementos del Nuevo Marco Regulatorio

1. *La presentación de las Demandantes*

741. Las Demandantes comienzan por mencionar que los inversores habían confiado en las disposiciones de la Ley N.º 11.820 y sus reglamentos complementarios, en las que se fundaban las Bases y Condiciones de la Licitación (Artículos 1.1 y 1.3.1) y el Contrato de Concesión (Artículo 1.2). Sin embargo, tras cuatro años de comenzada la concesión, el Concedente modificó substancialmente el Marco Regulatorio. El NMR introdujo un cambio radical a las reglas de operación y destruyó la autonomía de la concesionaria privada para tomar decisiones y realizar obras. El objetivo era establecer las bases legales de la operación del servicio de aguas por sociedades estatales como ABSA. Los cambios más importantes fueron los siguientes:

742. El NMR revirtió el principio general que vinculaba las tarifas al costo económico de la prestación de los servicios y los beneficios de la Concesionaria. El Artículo 28-II de la Ley N.º 11.820 establecía que los precios y tarifas atenderían a reflejar los costos económicos, incluyendo el margen de beneficio del Concesionario e incorporando los costos emergentes. El NMR otorgaba prioridad al concepto de “servicio sustentable”, lo que implicaba que las tarifas debían tener en cuenta la capacidad de pago de los usuarios. El NMR se enfocó en la sustentabilidad del servicio solo desde la perspectiva del usuario. En lugar de implementar este criterio mediante el otorgamiento de subsidios en beneficio de aquellos usuarios que se encontraban en una situación económica difícil, la capacidad de pago de los usuarios fue transferida a la tarifa y, por ende, a la Concesionaria. Esto frustró cualquier intento de AGBA por obtener la revisión de las tarifas que habían sido pesificadas y congeladas a principios de 2002. Cuando posteriormente se interrumpieron las negociaciones con AGBA, el Concedente identificó como causa, en su Nota del 12 de julio de 2006 (CU-167, RA-194), “la incompatibilidad entre los importantes aumentos tarifarios requeridos por la empresa con la capacidad de pago de los usuarios”. Si bien aceptaron los argumentos de la Demandada a efectos de que esto solo era aplicable a los usuarios residenciales que recibían más que el suministro mínimo, las Demandantes alegan que los clientes residenciales constituyen el 85% de sus usuarios totales, por lo que la prohibición de interrupción del servicio tuvo un impacto enorme.

743. Otras modificaciones al régimen tarifario fueron: (1) La eliminación de cualquier referencia a la preservación de la ecuación económico-financiera de la Concesión. (2) La eliminación de la mención al derecho de estabilidad fiscal de la Concesionaria. (3) La fijación de la tarifa en pesos a una tasa de ARS 1 = USD 1. (4) La reducción de la tasa de



retorno, que pasó a ser un “margen de rentabilidad razonable a las entidades prestadoras que administren y operen el servicio en forma prudente y eficiente” establecida por el organismo, con base en “la tasa de rentabilidad promedio de la actividad en el país y de las otras actividades o industrias de riesgo similar”. (5) La creación de una tarifa social a ser cubierta por la Concesionaria. (6) La eliminación de la tarifa por obras. Estas modificaciones al régimen tarifario implicaban una alteración substancial del Marco Regulatorio en el cual se celebró el Contrato de Concesión que pasó a formar parte de él.

744. El NMR abolió la exclusividad de la Concesionaria. El Artículo 21 libró a la discreción del Concedente otorgar concesiones a personas distintas de la Concesionaria sobre obras consideradas “necesarias” que no se encontraran incluidas en el plan director, cuya redacción quedaba a cargo del Concedente. Como resultado, el Concedente podía desestimar la exclusividad de AGBA. En respuesta a un comentario realizado por la Demandada, las Demandantes aceptaron que esta facultad ya estaba contemplada, a una escala más limitada, en el Marco Regulatorio y que nunca se había ejercido. Sin embargo, esto de ninguna manera significa que no hubiera podido ser ejercida en el futuro, por lo que constituía un régimen menos favorable para AGBA.

745. El NMR implementó una interferencia gubernamental en la gestión de la Concesionaria. El Artículo 42 requería que la Concesionaria contratase profesionales argentinos para ocupar, por lo menos, la mitad de los cargos gerenciales de la empresa. El Artículo 47 obligaba a la Concesionaria a obtener la aprobación previa del Concedente para adoptar decisiones societarias de trascendencia para la prestación del servicio. Dicha restricción comportaba una violación substancial de los derechos y facultades de la Concesionaria.

746. El NMR eliminó el derecho a interrumpir la prestación del servicio a clientes residenciales, en la medida en que el proveedor debía garantizar un “abastecimiento mínimo vital”. Esto generó una transferencia de los costos de dicho abastecimiento vital a la Concesionaria.

747. El NMR requería que los ingresos generados por el componente tarifario destinado a la expansión fueran depositados en una cuenta especial, a fin de garantizar el destino de dicho recurso tarifario, lo que limitaba el derecho de las Demandantes a disponer de dichos fondos.

748. El Artículo 35(h) del NMR imponía a la Concesionaria una nueva obligación de abonar derechos y cánones por uso de aguas superficiales, cursos de agua y aguas subterráneas.

749. Las Demandantes también alegan que se omitió incluir en el NMR la definición de elementos substanciales. Esto nunca fue subsanado, ya que el Concedente y el

Organismo se negaron a participar en un proceso de adaptación del contrato efectivo. El NMR no definía elementos importantes, como el régimen tarifario, el plan rector y los estándares de calidad. Por lo tanto, dio lugar a la incertidumbre jurídica más absoluta respecto de aspectos esenciales de la concesión, la que se vio agravada por la reticencia de la Provincia a cumplir con su mandato de adaptación del contrato y la ambigua aplicación del NMR a AGBA.

750. Las Demandantes mencionan el Informe Económico-Valuatorio presentado por sus Expertos, en el cual se incluye una cuantificación de los daños resultantes de estas diferencias. Los Expertos explican que el NMR afectó adversamente la Concesión de AGBA.

751. Las Demandantes reconocen que puede ser cierto que algunos aspectos del NMR no modificaron la situación aplicable a la Concesión de AGBA, como por ejemplo, la prohibición de interrumpir la prestación del servicio en caso de falta de pago. Esto no significa, sin embargo, que el NMR no fuera menos favorable que el régimen original. Las Demandantes afirman que la Demandada ya había infringido el Marco Regulatorio en el cual aquellas habían realizado sus inversiones, y el NMR solo vino a consolidar la infracción. Esto lleva a la conclusión de que el Marco Regulatorio, en el cual debía operar la Concesión de AGBA, fue modificado y reemplazado por un régimen menos favorable para la Concesionaria.

## 2. *La presentación de la Demandada*

752. La Demandada explica que el Nuevo Marco Regulatorio fue creado como consecuencia del contexto socioeconómico y la previa declaración de emergencia pública por la República Argentina y la Provincia. La Ley N.º 12858 disponía la adaptación de contratos de servicios de agua potable y desagües cloacales, lo cual era imposible sin reconsiderar el marco regulatorio.

753. El Decreto Provincial N.º 1175/02, del 13 de mayo de 2002, creó una “Comisión Especial” (RA-170, CU-171) con el objeto de examinar la condición de cada uno de los servicios públicos. El Ejecutivo Provincial aprobó las conclusiones de la Comisión Especial por medio del Decreto Provincial N.º 689/03, del 12 de mayo de 2003 (RA-103), y adoptó el NMR por medio del Decreto N.º 878/03, del 9 de junio de 2003 (RA-175, CU-125).

754. En respuesta a determinados argumentos presentados por las Demandantes, la Demandada señala que el derecho de exclusividad de la Concesionaria no fue revocado, ya que se encontraba garantizado en el Artículo 21(2) del Decreto Provincial N.º 878/03. Sin embargo, la Concesionaria no podía ignorar que dicha exclusividad no era absoluta. El Marco Regulatorio permitía a los usuarios en las demás áreas de la Concesión (donde

no se prestaban servicios ni se planeaba una expansión) construir y operar servicios por sí mismos o a través de terceros. La Demandada también menciona que, en 2004, AGBA acordó actuar como supervisora de las obras que llevaría a cabo la Provincia con fondos otorgados por el Banco Mundial, lo que afectaba la cláusula de exclusividad. La afirmación de las Demandantes de que las nuevas reglas no permitían interrumpir el servicio a los clientes morosos es errónea. El NMR permite dicha sanción, pero exige en todo momento el suministro de un abastecimiento mínimo vital (Artículo 61-b). Otro error se relaciona con la imposición de tarifas por el uso de fuentes de agua. La Ley Provincial N.º 12.257 facultaba al Ejecutivo Provincial a cobrar dicha tarifa (Artículo 43).

755. La Demandada afirma finalmente que no puede decirse que el Nuevo Marco Regulatorio haya causado, en sí mismo, ningún daño a AGBA. De igual forma, las Demandantes nunca probaron de qué forma su detallada discusión de las disposiciones contractuales aplicables puede convertirse en un reclamo en virtud del TBI.

### 3. *Conclusiones del Tribunal*

756. El Tribunal observa que las objeciones planteadas por las Demandantes a las disposiciones del NMR son de naturaleza básicamente contractual. En muchos sentidos, las Demandantes reconocen en estas disposiciones incumplimientos supuestamente cometidos por el Concedente y el Organismo regulador en el marco del régimen establecido por el Contrato de Concesión. Así, las Demandantes concluyen que “el NMR vino a consolidar la infracción”<sup>252</sup> e implementó un régimen menos favorable para la Concesionaria. El Tribunal observa que la conclusión de las Demandantes a este respecto se limita a afirmaciones como “el NMR establecía un régimen menos favorable con la Concesionaria”.

757. El Tribunal también observa que varias de las soluciones contenidas en el NMR que las Demandantes consideran menos favorables para AGBA en realidad tienen un impacto más hipotético que real. AGBA no fue efectivamente amenazada con el incumplimiento de su derecho de exclusividad. De hecho, acordó cooperar en el proyecto con el Banco Mundial. El NMR extendió el derecho de interrumpir la prestación de servicios a clientes residenciales por encima de la categoría de usuarios que consumieran el abastecimiento mínimo vital. Cabe señalar, sin embargo, que esta extensión alcanzó a usuarios cuya capacidad de pago era mayor a la de quienes vivían con el abastecimiento mínimo, lo que disminuyó ampliamente el riesgo de interrupción del servicio. La introducción de una tarifa por el uso de recursos hídricos podría haberse implementado también en el marco del Contrato de Concesión y podría haber dado lugar a una revisión de tarifas extraordinaria, permitiendo una solución similar a la que se habría alcanzado si

---

<sup>252</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 234.

AGBA hubiera negociado exitosamente un nuevo régimen dentro del NMR. Es cierto que el NMR generó incertidumbres para la Concesionaria al no regular parámetros importantes como el régimen tarifario y los estándares de calidad. Sin embargo, las Demandantes no toman en cuenta las posibilidades del Organismo Regulador de modificar ciertos parámetros retenidos en el Contrato de Concesión, ni el hecho de que la Concesionaria había aceptado futuras modificaciones al Marco Regulatorio. Por lo tanto, la dimensión y los efectos de los reclamos efectuados por las Demandantes a este respecto en una nueva concesión acordada por las Partes son también inciertos.

758. En resumen, los reclamos de las Demandantes no van más allá de quejas relativas a su descontento con soluciones adoptadas o que estaban a punto de ser adoptadas de conformidad con el “viejo” Contrato de Concesión, a las que AGBA se opuso sin éxito. Las Demandantes omiten mencionar que, en lugar de adoptar el NMR, la legislatura provincial podría haber simplemente modificado en el mismo sentido el Marco Regulatorio original. Dicho Marco no se encontraba exento de futuras modificaciones. Tenía el significado establecido en la “Ley N.º 11.820 y las que en el futuro la modifiquen o complementen” (Artículo 1.2). Cuando las Demandantes alegan, sin embargo, que el NMR afectó significativa y negativamente los derechos y expectativas de la Concesionaria, lo hacen a fin de respaldar su afirmación de que se vieron seriamente afectadas porque el Concedente no completó el proceso de renegociación que AGBA se vio forzada a realizar al amparo del NMR. El Tribunal observa que las Demandantes no mencionan otro problema: la necesidad de subsanar el incumplimiento de los objetivos del POES, y especialmente aquellos relativos a expansiones e inversiones. En este sentido, el NMR representó un gran alivio, específicamente a través del otorgamiento al Ejecutivo Provincial de la facultad de procurar fondos para la financiación de programas de servicios públicos y el otorgamiento de subsidios (Artículo 61)<sup>253</sup>.

## B. Aplicación no inmediata del Nuevo Marco Regulatorio a AGBA

### 1. *Posición de las Demandantes*

759. Las Demandantes presentan el impacto del NMR sobre AGBA por medio de algunas variaciones. Reconocen que el principal objetivo del NMR era regresar el servicio privatizado al poder del Estado. En principio, el NMR solo era aplicable a ABSA y no a las concesionarias existentes, que habían comenzado a operar en el marco de la Ley N.º 11820. Por lo tanto, los legisladores provinciales dispusieron un proceso de adecuación consensuada del contrato. Tal era el objetivo del Artículo 91 del NMR, que establece un plazo de 180 días para completar ese proceso.

---

<sup>253</sup> Ver las explicaciones del Testigo Seillant, TR-S, Día 4, págs. 1027/21-1030/6; Seillant I, párrs. 43, 58-60.

760. Por otro lado, la disposición de derogación contenida en el Artículo 2 del Decreto N.º 878/03 no mejoró las cosas al disponer: “Derógase toda norma que se oponga a la presente”. Era imposible que la Concesión de AGBA permaneciera vigente en un Marco Regulatorio que había sido derogado. El NMR modificó la estructura administrativa. El Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA), creado por el NMR, se refirió en todo momento al NMR.

761. Y la confirmación final fue la mención expresa del NMR en el Decreto N.º 1666/06 (CU-166), en el que se rescindió el Contrato en virtud de dicho Marco y con citas de él. Esto demuestra que el Concedente y el Organismo buscaban aplicar el NMR a AGBA. Si la rescisión se fundó en el NMR, ¿cómo puede alegarse que no se aplicó el NMR a la Concesionaria?

762. Los Considerandos del Decreto N.º 878/03 prueban claramente que el principal objetivo del NMR era la promoción de nuevas formas de prestación de servicios y que el nuevo sistema contemplaba la posibilidad de prestar el servicio público sanitario a través del Estado o sociedades estatales. La rescisión de la concesión de AZURIX fue citada expresamente como ejemplo de dicho giro del servicio público privado al servicio público estatal.

## 2. *Posición de la Demandada*

763. La Demandada hace hincapié en el hecho de que las leyes de emergencia provincial requerían la adaptación del acuerdo de la Concesionaria al NMR. La ley establecía que la aplicación del NMR a AGBA dependía del consentimiento de ésta. Las Demandantes intentan demostrar que el NMR fue aplicado en forma forzada con el claro propósito de convencer al Tribunal de que se vieron afectadas por ese sistema, que nunca se les aplicó. Esto puede ser verificado mediante una simple lectura del Artículo 91 del Decreto N.º 878/03, que demuestra que la aplicación del Nuevo Marco Regulatorio solo sería posible si el Concesionario aceptara su validez.

764. La Demandada observa que las Demandantes afirmaron correctamente que el Decreto Provincial N.º 878/03 fue mencionado en el Decreto Provincial N.º 1666/06, que ordenaba la rescisión de la Concesión de AGBA, por lo que el NMR se consideraba vigente. Sin embargo, las Demandantes omiten mencionar que el NMR solo fue mencionado en una ocasión y que ello era necesario a los efectos de garantizar la legalidad del acto administrativo. Una lectura cuidadosa del Decreto demuestra que todas las causales de rescisión se basan en los artículos del Contrato de Concesión. Ya que no se alcanzó ningún acuerdo para dar efecto al NMR en la forma establecida en el Artículo 91 del Decreto N.º 878/03, el Decreto por el cual se rescindió el Contrato invoca el viejo sistema de la Ley N.º 11820. El NMR otorga competencias a OCABA en su carácter de nuevo organismo regulador. Solo se menciona el segundo artículo del NMR, que otorga

a OCABA la facultad de intervenir en su carácter de organismo regulador de la Concesión. Esto incluía la facultad de OCABA de participar en la rescisión del Contrato.

### 3. Conclusiones del Tribunal

765. Si bien las Demandantes se quejan ampliamente de los numerosos cambios substanciales y desventajas generados, en su opinión, por el NMR, no presentaron una oposición seria a la afirmación de la Demandada de que el NMR no era aplicable a las concesionarias existentes que operaban en virtud de la Ley N.º 11.820<sup>254</sup>. Solo debía aplicársele a ABSA en su carácter de nueva proveedora de servicios. AGBA solo se vio afectada por el hecho de que cualquier renegociación posterior debía llevarse de conformidad con el NMR.

766. No se ha presentado prueba alguna ante este tribunal de que el NMR fuera aplicado efectivamente a AGBA en lugar de las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión o el Marco Regulatorio<sup>255</sup>. El Decreto de rescisión N.º 1666/06, en el que las Demandantes fundan sus argumentos, no permite otra interpretación. Tal como lo mencionaron las Partes, el NMR es mencionado en uno de los Considerandos, pero solo a efectos de indicar que el Organismo Regulador a cargo de la Concesión y de la declaración de rescisión era OCABA y ya no ORAB. Esta es una disposición con una función exclusivamente institucional que de todas formas no pertenecía al ámbito regulatorio que regía los derechos y obligaciones de AGBA en virtud de la Concesión. Todas las disposiciones que contienen los fundamentos de la rescisión hacen referencia, directa o indirectamente, al Contrato de Concesión y al Marco Regulatorio en el que se basó. Mayormente se citan Reglamentos emitidos por ORAB o el POES, todos los cuales se basan en el “viejo” Marco Regulatorio. Uno de los últimos párrafos de la explicación menciona el Artículo 2 del Decreto N.º 878/03, pero solo a fin de indicar la autoridad en la que se ha delegado la prerrogativa administrativa de rescindir el Contrato.

767. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el NMR no fue realmente aplicado a AGBA. Los reclamos de las Demandantes sobre los efectos adversos que produjo en la Concesionaria se relacionan con las negociaciones que deberían haberse llevado a cabo en miras a la creación de un nuevo régimen de concesión que incluyera a AGBA.

---

<sup>254</sup> Ver. Testigo Seillant, TR-S, Día 4, págs. 911/7-913/6.

<sup>255</sup> Cuando se le preguntó sobre los efectos de los cambios regulatorios sobre la tasa de realización, El Testigo Cerruti dijo al Tribunal en la audiencia que “El marco regulatorio no se aplicó a AGBA en forma – no era aplicable a AGBA”. TR-S, Día 2, pág. 308/20-21.

## C. El proceso de renegociación en función del Nuevo Marco Regulatorio

### 1. *Posición de las Demandantes*

768. La Ley N.º 12.858, que fue sancionada el 12 de marzo de 2002 e implementó la Ley de Emergencia Nacional en la Provincia, ocasionó que AGBA formulara incontables solicitudes para comenzar el proceso de renegociación del Contrato en función del Artículo 3 de dicha Ley, comenzando por las notas del 13 de marzo de 2002 (CU-176) y el 17 de abril de 2002 (CU-177), las cuales denunciaban la existencia de un caso de fuerza mayor en los términos del Artículo 14.1.2 del Contrato. La Provincia respondió a las solicitudes de renegociación de AGBA mediante la fijación de una reunión para el 7 de junio de 2002 (nota del 5 de junio de 2002, CU-178), que resultó ser una mera formalidad. Por lo tanto, AGBA escribió, una vez más, al Gobernador el 28 de junio de 2002, haciéndole llegar una lista detallada de las consecuencias más relevantes de las medidas de emergencia sobre la Concesión y solicitando la participación urgente del Concedente en las negociaciones bilaterales establecidas en las Leyes de Emergencia. Dicha nota también incluía una propuesta de acción concreta (CU-104, 118). Asimismo, AGBA expresó la necesidad de realizar una renegociación bilateral en una nota dirigida al ORAB el 11 de junio de 2002 (CU-117, 325), donde señaló que varios de los factores que contribuían al deterioro del Contrato estaban afectando su equilibrio “al grado de ponerlo en riesgo objetivo de ruina”. A esto, ORAB solo respondió que la Provincia se encontraba “dispuesta a considerar la problemática en el marco de una readecuación de los contratos” (Resolución N.º 25/03 del 17 de septiembre de 2003, CU-69).

769. El Concedente se limitó a organizar las reuniones, prolongando por más de cuatro años un proceso de negociación que no era más que aparente y no arrojó ningún resultado. Los hitos más relevantes en los años 2002 a 2004 fueron los siguientes: (1) Nota de AGBA al Subsecretario de Servicios Públicos, de fecha 14 de agosto de 2002, aportando datos sobre la variación de los gastos como consecuencia de la devaluación y solicitando la inmediata constitución de la Comisión Bipartita (CU-179). (2) Nota de AGBA al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, del 30 de septiembre de 2002, denunciando la inacción del Concedente y reiterando la solicitud de constitución de la Comisión de Renegociación (CU-180). (3) Nota de AGBA, del 8 de octubre de 2002, dirigida a la Comisión Especial para la Evaluación del impacto de la crisis (creada por el Decreto N.º 1175/02 del 5 de junio de 2002, CU-181), insistiendo en la necesidad de constituir una Comisión de renegociación con la participación activa de la Concesionaria. (4) Nota del Subsecretario de Servicios Públicos, de fecha 16 de octubre de 2002, dirigida a AGBA (CU-182), en la que manifiesta que ya se había creado una Comisión Especial, en la que no tenía entrada la Concesionaria, y que AGBA asumió el riesgo propio de este tipo de acuerdos y debe entonces cumplir con sus obligaciones, y que la Provincia no está dispuesta a reembolsar un negocio de riesgo que hasta ahora no ha sido correctamente gerenciado. (5) Nota de AGBA al Subsecretario de Servicios Públicos, del 13 de

noviembre de 2002 (CU-183), respondiendo a la anterior, donde se ponía de manifiesto que la Comisión ya existente tenía mera función asesora y se insistía en la solicitud de creación de una Comisión Bipartita que llevase a cabo la renegociación. (6) Resolución 23/2003 del ORAB, de fecha 17 de septiembre de 2003, por la que rechazaban las medidas de emergencia propuestas por la Concesionaria (CU-124)<sup>256</sup>. (7) Con fecha 13 de enero de 2004, AGBA solicitó nuevamente del Gobernador de la Provincia, y con carácter de urgencia, el inicio del proceso de renegociación del Contrato (CU-184). (8) Tras una reunión con el Subsecretario, celebrada el 29 de abril de 2004, y a solicitud de éste, AGBA presentó su nota del 3 de mayo de 2004 (CU-185, 329), que contenía un nuevo modelo para la Concesión, sin que ello implicara reconocimiento de lo dispuesto en el Decreto 878/03, por el que se imponía el NMR. (9) Luego, AGBA cumplió con la solicitud de someter dicho modelo al examen de un auditor externo, quien entregó el certificado que fue presentado al Subsecretario el 28 de junio de 2004 (CU-186). (10) Tras esa presentación, se celebraron varias reuniones en las que se analizó en detalle la auditoría del modelo económico financiero. En octubre de 2004, la Provincia entregó a AGBA un documento denominado "Bases para la Adecuación Contractual", que preveía la regularización de la Concesión en dos etapas. (11) En noviembre de 2004, el Ministro entregó a AGBA un borrador de "Protocolo de Entendimiento" que fijaría las bases y condiciones para la adecuación del Contrato. Entre esas bases, estaba la aceptación por AGBA del NMR y su renuncia a todo reclamo con base en el NMR y en hechos del pasado, así como el reconocimiento a la Concesionaria de una rentabilidad razonable y un crédito regulatorio por hechos del pasado que habían afectado de forma muy negativa los ingresos de AGBA<sup>257</sup>.

770. Las Demandantes también insisten<sup>258</sup> en citar el Laudo *Impregilo*, donde el Tribunal establece las fechas de 11 Notas cursadas por AGBA "a varias autoridades", entre el 19 de febrero de 2002 y el 13 de enero de 2004 (párr. 327), sin indicar su contenido. Para el Tribunal, esto fue suficiente para demostrar que "en reiteradas ocasiones AGBA solicitó que se negociara una revisión del Contrato de Concesión" y que, en definitiva, "Argentina no restablecer un equilibrio razonable en la concesión" (párrs. 330/331). El Tribunal de *Impregilo* menciona solo una nota de la Provincia, del 23 de julio de 2002, dirigida no a AGBA sino a ORAB (párr. 329). Parece que el Tribunal no se refirió a ninguna de las diversas repuestas cursadas a AGBA por la Concedente y el Organismo regulador, ni analizó su contenido. Este Tribunal aprecia las conclusiones de

---

<sup>256</sup> La línea de tiempo de "hitos más relevantes" presentada por las Demandantes en el Memorial de Demanda (párr. 401) no menciona que AGBA había presentado una apelación contra el NMR el 17 de julio de 2003 y que había sido invitada por el Ministro Sicaro a presentar su propuesta de renegociación el 10 de septiembre de 2003.

<sup>257</sup> La presentación de las Demandantes en su Memorial de Demanda, párr. 401, no menciona ninguna prueba de los documentos mencionados en los puntos 10 y 11. Las bases de la Provincia para la adaptación del contrato se corresponden con el Anexo H010 de Seillant I. El borrador del Protocolo de Entendimiento de noviembre de 2004 no pudo ser encontrado. Lo siguieron en diciembre de 2004 dos borradores de modelos económico-financieros presentados por AGBA (CU-187, 188).

<sup>258</sup> Alegatos Finales Post Audiencia, párr. 140.



las Demandantes de que no está vinculado, ni condicionado, por el lo resultado del Laudo *Impregilo*<sup>259</sup>.

771. Asimismo, las Demandantes afirman que “AGBA no formulaba auténticas propuestas en ese proceso de renegociación, que resultó truncado. Lo que hacía la Concesionaria, porque así lo solicitó el Concedente, era utilizar modelos que el propio Concedente le había remitido e incluir en los mismos las variables, según el Concedente le solicitaba”<sup>260</sup>. Tampoco tienen las Demandantes problema alguno para reconocer que fue AGBA quien tomó la iniciativa en el proceso de renegociación. Sin embargo, la Provincia mantuvo un rol pasivo y no mostró ninguna voluntad de colaborar.

772. Las Demandantes mencionan que el Concedente ignoró su obligación de iniciar una renegociación con AGBA hasta adoptar el Nuevo Marco Regulatorio. Si bien la Demandada afirma que, mientras esperaba la sanción del NMR y el comienzo de la negociación, ORAB se mostró flexible con AGBA, aprobó el informe de progreso del POES para el año 1 (2000) y suspendió el POES para el año 2 (2001), sin imponer multas, las Demandantes objetan que esto no puede equipararse a la renegociación de un contrato.

773. La continuidad de AGBA en su rol de Concesionaria solo era posible en los términos del NMR. Es por eso que AGBA acordó negociar su continuidad como Concesionaria en dicho marco. AGBA se vio forzada a adecuar sus presentaciones al Concedente a los términos del NMR. Por lo tanto, no es correcto asumir que dichas presentaciones fueron propuestas de parte de AGBA. En resumen, las Demandantes opinan que, tras la declaración de emergencia y la pesificación de las tarifas, la renegociación solicitada nunca se materializó y esto constituyó el primer incumplimiento del Concedente a este respecto.

774. Respecto de la conducción del proceso de renegociación, las Demandantes se basan en las declaraciones de testigos, de las cuales pueden extraerse las principales líneas. AGBA presentó su propuesta en junio de 2004, tras la solicitud efectuada por el Ministro Sicaro el 10 de septiembre de 2003<sup>261</sup>. En septiembre de 2003 se celebró una reunión entre AGBA y ciertos funcionarios provinciales (el Sr. Sicaro y el Sr. Sanguinetti)<sup>262</sup>. Para llegar a esta versión se modificaron varios modelos anteriores a solicitud del Concedente y el Auditor. Fue entonces AGBA quien insistió en avanzar y trabajó diligentemente por varios meses hasta presentar oficialmente una versión definitiva en junio de 2004. AGBA elaboró ese modelo y los sucesivos modelos con sus correcciones a pedido de la Provincia<sup>263</sup>. AGBA tuvo que participar de todas las

---

<sup>259</sup> *Ibid.*, párr. 141.

<sup>260</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 218.

<sup>261</sup> Seillant I, párr. 36. También se mencionó como fecha mayo de 2004: Cerruti I, párr. 271; Dáscoli I, párr. 29.

<sup>262</sup> Cerruti I, párr. 269; Facchinetti I, párr. 16, y TR-S, Día 2, pág. 404/5-11.

<sup>263</sup> Dáscoli II, párr. 5.

negociaciones posibles a fin de hallar una solución para la continuación del Contrato, en la medida en que se reestableciera su equilibrio económico-financiero, y es por ello que aceptó negociar de conformidad con las disposiciones del NMR. El Sr. Seillant señaló algunas inconsistencias, pero estableció que “ estos no fueron problemas que no fueran posibles de superar”<sup>264</sup>.

775. El Testigo Cerruti explica que en octubre de 2004 la Provincia entregó a AGBA un documento titulado “Bases para la Adecuación Contractual”<sup>265</sup>. Se propuso dividir la Concesión en dos etapas: una primera etapa preliminar y temporal de emergencia y una segunda etapa de normalidad que llevara a un equilibrio positivo, con resultado operativo positivo y suficiente para garantizar una rentabilidad adecuada. Las condiciones aplicables a ambas etapas quedarían reflejadas en dos modelos económico-financieros (MEF1 y MEF2). En noviembre de 2004, el Ministro Sicaro entregó a AGBA un borrador del Protocolo de Entendimiento. Entre diciembre de 2004 y enero de 2005 se intercambiaron más borradores del mismo tipo. Luego, desde febrero de 2005, la Provincia interrumpió las reuniones y no mostró más interés en el progreso de las negociaciones<sup>266</sup>.

776. El Testigo Cerruti menciona que lo que AGBA entregó no fue una propuesta, sino un modelo elaborado a petición de la Provincia, auditado a petición de la Provincia. Más específicamente, fue siempre la Provincia la que solicitó que se considerasen las soluciones consistentes en el establecimiento de dos fases secuenciales, la ejecución de ciertas obras por parte de la Provincia o la postergación de las inversiones de micromedición<sup>267</sup>. Lo mismo sucedió con los modelos, datos o presunciones presentados por AGBA durante la renegociación. No se trató de contribuciones unilaterales de la Concesionaria, sino que fueron hechas a solicitud del Concedente. AGBA simplemente tomó las medidas que le permitieran avanzar en la necesaria renegociación del Contrato de Concesión pesificado. El Testigo Dáscoli confirma que el enfoque de los “dos senderos” fue propuesto por la Provincia<sup>268</sup>. El modelo no fue más que una herramienta de trabajo<sup>269</sup>.

777. AGBA no utilizó el NMR como referencia porque creyera que este nuevo marco era más beneficioso, sino porque no tenía otra alternativa. El Contrato de Concesión debía adecuarse obligatoriamente a él. Este era un requisito regulatorio (Artículo 91 del NMR). Dado que el Nuevo Marco Regulatorio se encontraba vigente, ni AGBA ni el Concedente tenían más opción que negociar la adecuación o no del Contrato a dicho marco. El Testigo Facchinetti explica que el NMR le fue impuesto a AGBA. “En la reunión llevada a cabo

---

<sup>264</sup> *Ibíd.*, párr. 7.

<sup>265</sup> Anexo H010 a Seillant I. Ver también Dáscoli I, párrs. 40-44.

<sup>266</sup> Ver Cerruti I, párrs. 273-276.

<sup>267</sup> Cerruti II, párrs. 78, 86-88.

<sup>268</sup> Dáscoli II, párrs. 4-6.

<sup>269</sup> Dáscoli I, párr. 48, II, párr. 6.

con el Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia el 15 de junio de 2004, éste nos hizo saber claramente que de la negociación resultaría la continuidad de AGBA, bajo el NMR<sup>270</sup>. En ningún momento AGBA consintió o aceptó el NMR y, de hecho, incluyó en sus propuestas una reserva a este respecto<sup>271</sup>. Esto no implica que las críticas de AGBA sobre la adopción del NMR sean inconsistentes con el hecho de que la Concesionaria haya celebrado renegociaciones dentro de ese marco, ni es suficiente para evitar que las Demandantes invoquen una violación del TBI.

778. Las Demandantes concluyen que la estrategia de la Demandada es contraria a la buena fe. Lo que pretende la contraparte es aprovecharse y sacar partido de la actuación de la Concesionaria, que “hizo lo posible por sacar adelante la Concesión, instando repetidamente, primero, y participando, después, en un proceso de renegociación tardío que, finalmente, resultó truncado”. AGBA realizó propuestas en los términos del NMR porque esto era lo que el Concedente había solicitado. “La Concesionaria confió en que la Provincia aprobaría una revisión del Contrato con base a las premisas que el Concedente instaba a AGBA incluir en el modelo”. Pero “[l]a realidad es que AGBA pasó a ser rehén de unas medidas implantadas para hacer frente a la emergencia y de una normativa aprobada para dar entrada al Estado como operador del servicio de agua mediante la figura de la sociedad estatal. En tal condición, la Concesionaria hizo lo que estuvo en su mano para readecuar la ecuación económica del Contrato y dar continuidad a la prestación del servicio”. Luego se concluye que “[l]a readecuación no fue posible porque la Provincia de Buenos Aires truncó el proceso de renegociación y la continuidad del servicio tampoco porque el Concedente rescindió la Concesión”<sup>272</sup>.

## 2. *Posición de la Demandada*

779. La Demandada menciona que durante el proceso de renegociación, AGBA nunca cuestionó la aplicación del NMR tras la adecuación del Contrato. Los representantes de AGBA habían presentado distintos modelos; si no estaban satisfechos con el NMR, era de esperar que incluyeran alternativas a este. AGBA afirmó expresamente, durante el proceso de renegociación que las actividades de la Concesionaria serían llevadas a cabo de conformidad con las disposiciones del NMR. Las propuestas que presentó solo podían ser implementadas por medio de las herramientas establecidas en el NMR<sup>273</sup>. AGBA intentó renegociar el contrato de conformidad con las disposiciones del Nuevo Marco Regulatorio, tal como quedó demostrado en sus presentaciones de junio de 2004. Las objeciones se presentaron, sin embargo, en la última etapa, lo que no fue una buena señal para la obtención de un acuerdo.

---

<sup>270</sup> Facchinetti II, párr. 6.

<sup>271</sup> *Ibid.*, párr. 7.

<sup>272</sup> Todo en Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 260.

<sup>273</sup> Seillant I, párrs. 41, 58-61, II, párrs. 16-22, 26/27.

780. El NMR establecía una serie de herramientas esenciales para la adecuación del Contrato que entrarían en vigor con el consentimiento de la Concesionaria. Permitía a la Provincia otorgar subsidios directos al consumo para ayudar a los usuarios en condiciones de extrema pobreza y cubrir parcialmente los costos de las inversiones. La posibilidad de que el Estado cubriera parcialmente los costos de las inversiones de AGBA era crucial y resultaba del NMR. AGBA conocía esta posibilidad. En lo que se refiere a la interrupción del servicio, AGBA presentó propuestas para mejorar el sistema de cobro, sin presentar objeciones al Artículo 61 del NMR.

781. La Demandada también recuerda que, a finales de 2004, la última propuesta realizada por AGBA a la Provincia establecía un aumento substancial de tarifas y la financiación del 100% de las inversiones por la Provincia. Esto demuestra que AGBA intentó convertirse en la operadora del servicio, lo que es completamente inconsistente con los principios del marco original pero se adecua al NMR. Fue AGBA quien solicitó que el Gobierno Provincial realizara la mayoría de las inversiones a través de un fondo fiduciario y que esto se hiciera de conformidad con el NMR<sup>274</sup>. AGBA solicitó que el Gobierno Provincial se hiciera cargo de prácticamente todas las obras, incluyendo las plantas de Bella Vista y Alem, y las inversiones necesarias para reducir los niveles de nitrato. La recuperación de activos de la Concesionaria habría quedado limitada al 25% del valor técnico. Tras la declaración de Emergencia se confirmó el incumplimiento de la Sociedad. Durante las negociaciones posteriores a la Emergencia, AGBA propuso el aumento de las tarifas, la aplicación de estándares de compensación en caso de registrarse bajos niveles de cobrabilidad y la financiación de obras con fondos gubernamentales, como única estrategia de salida.

782. El acuerdo a celebrarse entre la Provincia y el Banco Mundial, sobre un proyecto en el cual AGBA aceptó participar en junio de 2004, era parte del régimen de adecuación contractual establecido por la Ley Provincial N.º 12.858 y el Decreto Provincial N.º 1175/02. Es por esto que el Testigo Seillant lo describe como el primer logro de la renegociación<sup>275</sup>. Establecía una expansión del 25% en el servicio de agua y del 115% en los servicios de desagües cloacales. Asimismo, de conformidad con la propuesta, AGBA realizaría solo el 25% de las inversiones de restauración de activos y ninguna de las inversiones de expansión. Los derechos de AGBA no se veían afectados de ninguna forma. Todas las obras se realizarían con la aprobación de la Sociedad y finalmente se completarían las inversiones que ésta no había ejecutado.

783. La Demandada señala que las Demandantes mencionaron, en el Memorial de Réplica, que “AGBA no formulaba auténticas propuestas en ese proceso de renegociación, que resultó truncado”<sup>276</sup>. Así, las Demandantes confiesan que nunca

---

<sup>274</sup> Seillant I, párr. 59.

<sup>275</sup> Seillant I, párrs. 37, 44, 55-57, II párrs. 20/21, 29.

<sup>276</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 218.

participaron realmente del proceso de renegociación. Los hechos relevantes presentan una imagen distinta.

784. Las Demandantes reconocen que dicho proceso fue solicitado por la Concesionaria en mayo de 2001, antes de que se tomaran las medidas de emergencia. Las Demandantes también reconocen que “la necesidad de renegociar” surgió en varias ocasiones durante la Concesión. La Demandada comprende que la solicitud de AGBA de renegociar y suspender temporalmente los objetivos de expansión se fundaba en (i) la mora de los usuarios en el pago del servicio y (ii) la imposibilidad de obtener financiamiento. Desde entonces, el consorcio compuesto por las Demandantes intentó hallar excusas para sus propios incumplimientos y errores. Primero buscó comenzar un proceso de adecuación que habría resuelto, ante todo, sus propios errores, y luego intentó ocultarse tras la emergencia para aprovechar la situación posterior. Una simple lectura de las numerosas notas presentadas por AGBA, desde el advenimiento de la crisis y la emergencia, demuestra claramente que AGBA presionó constantemente al Concedente para que abrieran el proceso de renegociación del Contrato de Concesión.

785. Existen pruebas concluyentes de la voluntad de la Provincia de corregir la dirección del Contrato. Un ejemplo son las medidas provisionales adoptadas, como la neutralización de los POES. La Provincia intentó encontrar soluciones, pero no validó de ninguna forma las ineficiencias de la Concesionaria. La Provincia hizo todo lo posible para resguardar el servicio público que debía proveer AGBA.

786. La Concesionaria había roto el equilibrio contractual mucho antes del colapso de la convertibilidad en 2002, tal como lo confesó en su nota de mayo de 2001. Lo que las Demandantes omiten mencionar es que la Concesionaria disponía de herramientas para superar incumplimientos contractuales serios, una de las cuales consistía en que los accionistas realizaran los aportes necesarios para cumplir con sus obligaciones contractuales. La Concesionaria se limitó a exigir la suspensión de sus obligaciones y no realizó ninguna propuesta hasta junio de 2004, pero ahora reconoce, en sus presentaciones ante el Tribunal, que ni siquiera esa propuesta era real.

### 3. *Conclusiones del Tribunal*

787. El Tribunal encuentra altamente artificial la distinción propuesta por las Demandantes según la cual AGBA presentó modelos que no debían ser entendidos como propuestas. En tanto dos partes participen de una negociación y aporten a ella, ambas son parte de dicha negociación, incluso si solo una de ellas es quien toma la iniciativa en la mayor parte de los casos. Si AGBA no quería participar en el proceso de renegociación, podría haberse abstenido de escribir numerosas notas solicitando el inicio de la renegociación, presentar modelos y responder a las preguntas del Ejecutivo Provincial.

No lo hizo. Por el contrario, insistió en solicitar que se llevara a cabo la renegociación<sup>277</sup>, fue partícipe del proceso y presentó modelos que fueron substanciales y que revestían el carácter de borradores de planes comerciales. Aceptó la solicitud de la Provincia de que el plan de negocios de AGBA fuera certificado por un auditor independiente (CU-186, 330)<sup>278</sup>. Al observar los dos modelos económico-financieros presentados por AGBA en diciembre de 2004 (MEF 1 y MEF 2, CU-187/188, posteriores a borradores anteriores y luego modificados como “*AGBA Business Plan*”), parece poco realista alegar que “no eran auténticas propuestas”, como afirman las Demandantes.

788. Las Demandantes pueden afirmar que las contribuciones de AGBA no fueron unilaterales, ya que siempre fueron presentadas a solicitud del Concedente. Admiten que AGBA tomó medidas para avanzar con la renegociación necesaria del Contrato de Concesión, sin embargo, también deben aceptar que la Provincia estaba preparada para realizar propuestas substanciales, tal como lo demuestran las “Bases para la adecuación contractual” presentadas en octubre de 2004, junto con la primera versión de los dos modelos (MEF-1 y MEF-2), que incluía un aumento para el 2005 de 20% en los ingresos de la concesionaria<sup>279</sup>.

789. El Tribunal observa que el “Modelo económico-financiero” y el nuevo borrador del Contrato de Concesión presentado a la Provincia el 3 de mayo de 2004 (CU-185, 329) establecían que habían sido “preparados por AGBA”, tras una reunión con el Subsecretario de Servicios Públicos celebrada el 29 de abril de 2004<sup>280</sup>. Cuando se le preguntó al Testigo Dáscoli en la audiencia sobre el uso del término “modelo” para los modelos elaborados por él en nombre de AGBA, este dijo al Tribunal que las “modelos” representaban distintas alternativas. Y cuando se le preguntó si estas alternativas podían llevar a un resultado aceptable al fin de cuentas, respondió afirmativamente y explicó que las tres diferentes versiones del modelo fueron mutando, en función de la relación y de las conversaciones que tenían con la Provincia<sup>281</sup>.

---

<sup>277</sup> La mayoría de las notas escritas por AGBA en 2002 y antes de la elaboración del NMR insistían en que AGBA debía participar en la Comisión Especial. Esta solicitud no fue concedida por motivos que no fueron explicados al Tribunal. Dado que la Comisión operaba en representación del estado, cabe asumir que debía hacerlo sin la participación de las concesionarias. La renuencia de la Provincia a mantener negociaciones en ese momento también hallaba su fundamento en Posición de AGBA de no proceder con las obras de expansión. A fin de superar este incumplimiento de la Concesión, era necesario primero adoptar un nuevo grupo de normas que reemplazaran el Marco Regulatorio original. Esto se hizo por medio del NMR, y poco después de su entrada en vigencia se celebraron contratos con miras a la renegociación.

<sup>278</sup> El Testigo Seillant dijo al Tribunal en la audiencia que la auditoría no cubrió datos como valores, costos, ingresos y variables similares, por lo que existe información importante que no fue certificada y que debería ser reevaluada. Ver TR-S, Día 4, págs. 934/1-944/9.

<sup>279</sup> Facchinetti I, párr. 34, II, párr. 10. Cuando el Testigo explicó en la audiencia que los dos modelos habían sido presentados por AGBA a la Provincia, debe haberse estado refiriendo a una versión posterior, preparada por AGBA, probablemente en diciembre de 2004. Ver TR-S, Día 2, págs. 394/14-395/2, 396/6-8.

<sup>280</sup> “Preparados por AGBA con el objeto de continuar con las tareas tendientes a cumplir los fines previstos en el Art. 91° del Decreto 878/03, pero sin que ello implique reconocimiento alguno de nuestra parte en relación a lo dispuesto en dicha norma”.

<sup>281</sup> TR-S, Día 2, pág. 541/3-16.

790. El Testigo Saillant presentó, como Anexos a su Declaración, varios borradores de un “Protocolo de Entendimiento” intercambiados entre diciembre de 2004 y enero de 2005. La mayoría de ellos fueron redactados por la Provincia, mientras que uno, con fecha del 31 de enero de 2005, fue designado como “Borrador AGBA”. Todos ellos con base en los dos Modelos Económico-Financieros que debían anexarse como parte integral del Contrato para establecer el equilibrio económico-financiero objetivo a ser alcanzado por la Concesionaria. El Testigo Seillant también llamó la atención hacia el hecho de que en ningún pasaje de la propuesta se indica que lo propuesto haya sido sugerido por la Provincia. De hecho, la propuesta de AGBA no era aceptable para la Provincia. Si hubiera sido presentada por la Provincia y posteriormente propuesta por AGBA, no hubiese tenido sentido la negociación<sup>282</sup>.

791. Por lo tanto, AGBA participaba activamente del proceso de negociación, si bien no era uno de los principales participantes<sup>283</sup>. Respecto de las tasas de cobro a tomar en cuenta, las Demandantes afirman que AGBA “simplemente estaba colaborando de buena fe en la presentación de unos Modelos que habían sido solicitados por la Provincia, a efectos de llegar a acuerdos que permitieran la recomposición de la ecuación económico financiera de la Concesión y aportando elementos resultantes de los sustanciales cambios generados por la emergencia”<sup>284</sup>. El Testigo Facchinetti dijo al Tribunal que AGBA no se había rehusado en ningún momento a suscribir un acuerdo con la Provincia que incluyese la primera fase prevista en el MEF-1<sup>285</sup> y que AGBA en ningún momento quiso cerrar la puerta a una posible renegociación<sup>286</sup>.

792. Las inconsistencias en la presentación de la posición de AGBA también se ven reflejadas en lo que respecta al NMR. Las Demandantes afirman que AGBA nunca aceptó ni aprobó el NMR. Le fue impuesto. Sin embargo, no se controvertió el hecho de que AGBA no tenía otra opción y aceptó celebrar una renegociación en función del NMR<sup>287</sup>. Si AGBA hubiera querido rechazar la subordinación al NMR, la única reacción coherente habría sido no participar en un proceso de renegociación en función del NMR. Por lo tanto, tal como lo afirmó el Sr. Facchinetti, la inclusión en todos los modelos de AGBA de una reserva a ese respecto era inútil. Dados los documentos presentados por AGBA al Tribunal, es fácil reconocer que dicha reserva no aparece en todos ellos.

---

<sup>282</sup> Ver Seillant II, párrs. 23-25.

<sup>283</sup> Los documentos presentados por las Demandantes parecen también contradecir a su Testigo Cerruti I, párr. 263, que explicó que, si bien la Provincia nunca mostró una intención real de renegociación, todo avance en la negociación contó con el apoyo de AGBA”.

<sup>284</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 164.

<sup>285</sup> TR-S, Día 2, pág. 396/9-12.

<sup>286</sup> TR-S, Día 2, págs. 473/18-19, 474/7-9.

<sup>287</sup> El Testigo Facchinetti explicó en la audiencia que AGBA no tenía ninguna posibilidad de renegociar el contrato al margen del Nuevo Marco Regulatorio; TR-S, Día 2, pág. 393/9-16. Y añadió, respecto de los dos modelos: “Sin embargo, para poder avanzar con la renegociación aceptamos hacer estos ensayos de modelo bajo las condiciones del Nuevo Marco Regulatorio”. TR-S, Día 2, pág. 407/13-16.

793. La primera propuesta de AGBA, presentada a la Provincia en junio de 2004, confirmaba los “Lineamientos Básicos” de su borrador anterior del mes de mayo. Incluía una lista de “Pautas Esenciales de la Negociación” y establecía que “las actividades futuras del Concesionario se realizarán en condiciones de eficiencia y bajo las disposiciones del NMR”, sin añadir ninguna reserva<sup>288</sup>. La aprobación de la participación de AGBA a través del acuerdo a celebrarse entre la Provincia y el Banco Mundial, no habría tenido sentido sin el NMR como marco regulatorio<sup>289</sup>. En opinión del Testigo Seillant, este fue el éxito inicial de la renegociación<sup>290</sup>. Ambas negociaciones habían avanzado en paralelo<sup>291</sup>.

794. A pesar de que las Demandantes afirman que AGBA asumió una actitud reactiva durante la renegociación, es difícil comprender cómo pueden argumentar que la Provincia obstruyó el proceso de renegociación<sup>292</sup> y quejarse de “la absoluta falta de voluntad negociadora de la Provincia”<sup>293</sup> y el hecho de que ésta “une conducta de total pasividad”<sup>294</sup>. ¿Cómo podría la Provincia obstruir un proceso en el cual “AGBA no formulaba auténticas propuestas” (“true proposals”)<sup>295</sup> Incluso más confuso es leer a los Expertos de las Demandantes afirmar que la renegociación “nunca dio comienzo”<sup>296</sup>. Las Demandantes afirman que fueron los representantes de la Provincia quienes solicitaron que AGBA presentara propuestas y respondiera preguntas, lo que parece constituir una participación activa, en lugar de una obstrucción de las discusiones en proceso. El hecho de que la Provincia pueda no haber aceptado ciertas propuestas y que la negociación tuviera que avanzar no constituye prueba suficiente de una obstrucción de parte de ésta. Los reclamos de las Demandantes son también difíciles de comprender, siendo que el trabajo mutuo en disposiciones contractuales futuras alcanzó la etapa de un primer borrador de Protocolo de Entendimiento, que fue preparado a finales de noviembre de 2004 y presentado al Sr. Cerruti, de AGBA, el 3 de diciembre de 2004 (CU-331).

795. El Tribunal también señala que, cuando se le preguntó al Testigo Facchinetti, en su carácter de principal representante de AGBA en la negociación, si podía confirmar sus

<sup>288</sup> Anexo H002 a Seillant I, pág. 32 (no numerado). En la página anterior se menciona el Decreto N.º 878/03 como parte de las disposiciones legales sobre la renegociación del acuerdo. Ver también, explicaciones del Testigo Seillant en la audiencia, TR-S, Día 4, págs. 1038/13-1046/5.

<sup>289</sup> Ver Seillant, TR-S, Día 4, págs. 1031/22-1033/9.

<sup>290</sup> Seillant I, párrs. 55-57; TR-S, Día 4, págs. 870/8-871/21, 876/1-879/2.

<sup>291</sup> Testigo Seillant, TR-S, Día 4, págs. 1048/15-1049/19.

<sup>292</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 260.

<sup>293</sup> *Ibid.*, párr. 495.

<sup>294</sup> Ver Alegatos Finales Post Audiencia de las Demandantes (párr. 101), que contiene una línea de tiempo de eventos en la que se da prioridad a las notas de AGBA. Se menciona marginalmente una nota del Subsecretario de Servicios Públicos del 16 de octubre de 2002 (CU-182) y se omite la mención, por parte del Concedente, del incumplimiento de las obligaciones asumidas por AGBA y del hecho de que el Contrato no podía ser readecuado con el objeto de subsanar los incumplimientos de la Concesionaria.

<sup>295</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 218.

<sup>296</sup> Giacchino/Walck I, párrs. 178, 252, II, párr. 109. Finalmente, en la audiencia, se reconoció que la palabra “nunca” era exagerada (TR-S, Día 6, pág. 1763/1-8) y en su tercer Informe, los Expertos reconocieron que “Para finales de 2004, AGBA y la Provincia habían logrado algunos avances” (párr. 52).



afirmaciones sobre “la falta de predisposición a renegociar con lealtad y buena fe” de la Provincia<sup>297</sup>, éste no pudo presentar ninguna explicación fáctica que justifique tan fuerte crítica. El Sr. Facchinetti dijo al Tribunal que se habían intercambiado varios proyectos, que había notado tácticas dilatorias que lo hacían sospechar, que cada vez que AGBA intentaba llegar a un punto cambiaba algo en el proceso y que la Provincia modificaba constantemente las presunciones sobre las cuales se basaba el modelo, lo que hizo que las negociaciones se extendieran y retrasaran hasta finales de 2004<sup>298</sup>. Todas estas indicaciones no reflejan más que un proceso de negociación contencioso, en el que cada lado altera su posición para generar más incentivos de alcanzar un resultado favorable. Esto no permite concluir que haya existido falta de disposición a negociar o mala fe.

#### D. El fracaso de la renegociación

##### 1. *Posición de las Demandantes*

796. La opinión de las Demandantes respecto del estancamiento del progreso de renegociación de la concesión, tiene como en la experiencia de otras negociaciones relacionadas con concesiones de servicios de agua en el país. Las Demandantes observan que las conversaciones celebradas entre diciembre de 2004 y enero de 2005 se interrumpieron abruptamente en febrero de 2005, cuando pareció que cualquier progreso en la negociación con AGBA quedaba subordinado al resultado de las negociaciones con otros concesionarios de servicios de agua a nivel nacional. Al verse frente a esta nueva interrupción, AGBA solicitó nuevamente, en su nota del 15 de julio de 2005 (CU-58), que se progresara con la negociación para evitar el colapso del servicio, y exigió el pago de ARS 7.720.323, reconocidos por ORAB en su nota del 14 de abril de 2003, por la recategorización de usuarios y la autorización de aplicación provisional del aumento de tarifas, que la Provincia ya había aprobado en beneficio de ABSA, la nueva concesionaria de la zona adyacente a la de AGBA en la Provincia.

797. Las Demandantes también afirman que, a través de su nota del 25 de agosto de 2005 (CU-60), el Concedente responsabilizó a la Concesionaria por los retrasos en el proceso de renegociación, ya que ésta no había presentado suficiente información, y afirmó que el proceso de revisión de tarifas estaba subordinado a lo que el Gobierno Nacional decidiera respecto de la concesionarias que operaban bajo su jurisdicción. AGBA asistió a algunas reuniones adicionales, lo que permitió al Concedente mantener la apariencia de cumplir con su obligación de renegociar. A través de sus notas al Ministerio de Infraestructura Vivienda y Servicios Públicos, del 14 de octubre y el 7 de noviembre de 2005 (CU-189), respectivamente, AGBA solicitó la reanudación de las negociaciones y una reunión con el Ministro. Sin embargo, el Concedente ya había tomado la decisión de subordinar el futuro de AGBA al resultado de las negociaciones

---

<sup>297</sup> Facchinetti I, párr. 7.

<sup>298</sup> Ver TR-S, Día 2, págs. 450/10-454/17.

entre el Gobierno Nacional y su concesionaria, Aguas Argentinas. La rescisión anticipada de esta concesión por el Gobierno Nacional implicaba la rescisión anticipada de la Concesión de AGBA. El 21 de marzo de 2006, por medio del Decreto N.º 303/2006, se rescindió el contrato de concesión entre el Gobierno Nacional y Aguas Argentinas S.A. Un día después, el Gobernador de la Provincia anunció la rescisión de la Concesión de AGBA. Esta información se basa en artículos periodísticos y, especialmente, en un comunicado de prensa del 23 de marzo de 2006 donde se explica que el Gobernador de la Provincia evaluaba rescindir la Concesión<sup>299</sup>.

798. El proceso de renegociación fracasó porque la Provincia decidió tomar, respecto de la Concesión de AGBA, el mismo camino transitado por la concesión de Aguas Argentinas, que operaba bajo la jurisdicción del Estado Nacional. Cuando el Gobierno decidió asumir la concesión de Aguas Argentinas, tomó la misma determinación respecto de la Concesión de AGBA. Las Demandantes admiten que existen escasas pruebas de los verdaderos motivos detrás de la rescisión. Uno de los elementos de prueba es la nota del 25 de agosto de 2005 (CU-60), firmada por el Subsecretario de Servicios Públicos, el Sr. Sanguinetti, en respuesta a una nota de AGBA, en la cual se menciona que, mientras no existiera aumento tarifario para el sector agua y saneamiento en el orden nacional, no podrían considerarse incrementos tarifarios para la Concesionaria. Así, después de meses de renegociación, se notificó a AGBA que la discusión sobre los modelos había sido inútil, ya que la Provincia no aprobaría ningún aumento tarifario, hasta que éstos fueran aprobados para las concesiones bajo jurisdicción nacional. La nota demuestra que las renegociaciones de AGBA no fueron autónomas y su resultado final dependía de decisiones del Gobierno Nacional, que no participó de la renegociación.

799. Queda así demostrado que la renegociación de AGBA se encontraba condicionada y restringida por factores externos a la Concesión y que, finalmente, fracasó como resultado de la decisión del Gobierno Nacional de rescindir la concesión de Aguas Argentinas. Las razones presentadas en esta instancia por la Demandada para explicar el fracaso de la renegociación no fueron expresadas por el Concedente en ningún momento durante la renegociación. La Nota del Subsecretario del 25 de agosto de 2005 no mencionaba que AGBA hubiera realizado demandas irrazonables y que el Concedente adjudicara a esto el fracaso del proceso de renegociación. También debe tomarse en cuenta el hecho de que, a solicitud del Concedente, se había auditado la información presentada por AGBA. Tal como explica el Testigo Dáscoli, de existir inconsistencias como las señaladas por el Testigo Seillant, ninguno de los problemas era imposible de resolver durante la negociación<sup>300</sup>.

800. Respecto de los alegatos de la Demandada acerca de las “demandas irrazonables” de AGBA, es suficiente comparar el aumento tarifario solicitado por AGBA según la

---

<sup>299</sup> Anexo 253 a Giacchino/Walck I.

<sup>300</sup> Dáscoli I, párrs. 6/7.

Demandada (50% para agua potable y 150% para desagües cloacales) con los aumentos posteriormente autorizados para ABSA (en promedio, 130% para agua potable y 180% para desagües cloacales) para demostrar que este argumento está condenado al fracaso. Sin embargo, incluso si las demandas de AGBA fueron excesivas, ¿dónde estaban las propuestas del Concedente? Si este estaba dispuesto a llegar a un acuerdo, podría haber propuesto otras cifras y disposiciones. Los parámetros utilizados por la Demandada para considerar el aumento tarifario “irrazonable” no pueden ser tomados en serio, dada su posición de que el Concedente debería haber disminuido las tarifas de AGBA durante la situación de emergencia. Dada esa posición, la Concesionaria no tenía posibilidades de éxito al solicitar un aumento tarifario.

801. Cuando el Concedente afirmó posteriormente que los montos solicitados por AGBA eliminaban cualquier posibilidad de acuerdo (nota del 12 de julio de 2006, CU-167, RA-154), el Subsecretario intentó encubrir las verdaderas razones detrás del fracaso de las negociaciones. La Provincia ni siquiera definió los parámetros que utilizaría como punto de partida para renegociar. La privatización a la inversa de los servicios de agua y desagües cloacales se dio en varias provincias argentinas. Esta evolución se extendió mucho más allá del área de la Concesión otorgada a AGBA, por lo que sus bases inherentes no guardaron relación alguna con la situación de la Concesionaria. Se trató obviamente de una decisión política.

802. Las Demandantes señalan que, en todo caso, el Contrato de AGBA debería haber sido renegociado de forma urgente, diligente y efectiva. Las Demandantes no dudaban de la necesidad de restaurar la ecuación económico-financiera del Contrato de AGBA y la Demandada reconoció que era necesaria una renegociación. Esto no fue lo que sucedió y la Concesionaria nunca obtuvo la menor revisión tarifaria, a pesar de que sus tarifas habían sido reducidas a menos de un tercio de su valor en enero de 2002 y permanecieron intactas hasta la rescisión del Contrato en julio de 2006. Esto demuestra que no existió una renegociación real y que el Concedente solo dio falsas expectativas a AGBA.

## 2. *Posición de la Demandada*

803. La Demandada encuentra altamente contradictorio que las Demandantes afirmen, por un lado, que la Concesionaria era prácticamente la única de las partes que promovía las renegociaciones mientras el Concedente permanecía inactivo y, por el otro, que AGBA no formulaba auténticas propuestas en ese proceso de renegociación, que resultó truncado.

804. El fracaso de la renegociación debe ser atribuida exclusivamente a las Demandantes, que realizaron propuestas que resultaron ser inconsistentes con lo sustanciado en el proceso de renegociación. Tal como explicó el Testigo Seillant, un inconveniente importante que encontró la Provincia antes que participara en el proceso

de renegociación, es que se tuvo que esperar varios meses hasta que AGBA presentara la información y documentación para dar inicio a la renegociación<sup>301</sup>. AGBA retrasó irrazonablemente el proceso. La primera propuesta de AGBA data de junio de 2004, a pesar de que la Provincia le había solicitado que presentara una propuesta más de nueve meses atrás. El Testigo también menciona que, hasta 2005, su equipo no había logrado que AGBA respaldara las cifras contenidas en sus modelos. Las proyecciones de AGBA tenían errores en sus fórmulas, funciones de costos atípicas y costos iniciales no coherentes con los antecedentes. Hasta enero de 2005, no fue posible lograr que AGBA respaldara estos valores<sup>302</sup>.

805. También contradictoria es la afirmación de las Demandantes de que la Concesionaria elaboró documentos, fórmulas y propuestas que nunca realizó. Tal como señala el Testigo Seillant, nunca se negó que AGBA haya presentado, en junio de 2004, la Nota 004/04/VE, por la cual aceptó un acuerdo sobre un proyecto que incluía a la Provincia y al Banco Mundial y que sólo era posible gracias a las herramientas que otorgaba el NMR. El Testigo Seillant añade asimismo que Dáscoli pretende quitarle importancia a la propuesta de AGBA y sostiene que la propuesta sólo es un modelo. Sin embargo, uno de sus títulos es “Los Lineamientos Básicos de la Propuesta”.

806. El Testigo Seillant también explica que AGBA reconoció en la renegociación su incapacidad, como Concesionaria, para cumplir el contrato y tornar viable el negocio. AGBA proyectaba niveles de incobrabilidad medidos. AGBA mostraba en sus propuestas, su dificultad para obtener financiamiento y esperaba contar con fondos del Estado para la realización de las obras o en la forma de subsidios<sup>303</sup>. El Testigo señala que “AGBA vio una oportunidad en la emergencia para aumentar sus niveles de rentabilidad o corregir hipótesis adoptadas respecto de sus objetivos de gestión que, quizás estimó lograr, pero nunca alcanzó”<sup>304</sup>.

807. El Testigo también señala que AGBA solicitaba un aumento de tarifas del 93% aproximadamente, la no realización de inversiones en expansión, que serían realizadas por el Gobierno Provincial; y la realización de inversiones mínimas para mantener los activos. AGBA no fue capaz de justificar cómo se podrían alcanzar las metas de calidad del servicio con estas bajas inversiones de mantenimiento de activos<sup>305</sup>. ¿Cómo podía el Estado llegar a un acuerdo cuando AGBA reconoció o dio a entender durante la renegociación que no era capaz de cumplir con las expectativas básicas que se tenían de ella como concesionaria de un servicio y, a cambio, esperaba un apoyo substancial por parte del Estado? Era imposible mantener por un período de tiempo indefinido un proceso

---

<sup>301</sup> Seillant II, párr. 60.

<sup>302</sup> Seillant I, párr. 109.

<sup>303</sup> Seillant II, párrs. 44-46.

<sup>304</sup> Seillant I, párr. 141.

<sup>305</sup> Seillant II, párrs. 69/70.

de renegociación bloqueado por motivos atribuibles a la Concesionaria misma. Todos los esfuerzos de la Provincia fueron en vano, ya que la Concesionaria no renunció a ninguna de sus exageradas expectativas en el proceso de renegociación, lo que se sumaba a los incumplimientos resultantes de su mala gestión y la falta de inversiones en la Concesión.

808. Las distintas exigencias formuladas por AGBA durante el proceso de renegociación impidieron alcanzar cualquier tipo de acuerdo. Las exigencias de AGBA arrojaban un aumento total del 50% en las tarifas de agua y del 150% en las tarifas de servicios de desagües cloacales, combinados con la eliminación de prácticamente todos los compromisos de inversión. AGBA pretendía un desmesurado incremento de sus ingresos respecto de los egresos que debía afrontar. Las exigencias de AGBA parecían ignorar el escenario resultante de la emergencia social y económica.

809. El proceso de renegociación fracasó, entre otras cosas, porque la Concesionaria eliminó el “equilibrio básico” al liberar a AGBA de cualquier obligación respecto de calidad o continuidad del servicio<sup>306</sup>. AGBA intentó también liberarse de todo compromiso de inversiones en expansión del servicio<sup>307</sup>.

810. Es imposible imaginar de qué forma AGBA podría haber cobrado el excesivo aumento tarifario solicitado, cuando enfrentaba las bajas tasas de cobro existentes desde el inicio de la Concesión. El comportamiento de AGBA era inconsistente: argumentaba que era imposible mejorar la tasa de cobro con las tarifas contractuales vigentes hasta el momento, pero aun así exigía un aumento substancial. La posición de la Provincia fue clara: de haber aceptado las tarifas solicitadas, la Concesionaria se habría encontrado en una situación aún peor, generada por un aumento de la incobrabilidad como resultado de la limitada capacidad de pago de los usuarios.

811. La Demandada concluye que no era posible continuar indefinidamente con un proceso de renegociación bloqueado por motivos atribuibles a la Concesionaria misma. La Provincia realizó todos los esfuerzos necesarios para adecuar exitosamente el Contrato. El hecho de que no se aplicaran sanciones a AGBA durante el proceso de renegociación es una muestra clara y convincente de que la Provincia estaba dispuesta a llevar a cabo un proceso de renegociación exitoso. AGBA intentó aprovecharse de las circunstancias y transferir su riesgo comercial al Concedente y a los usuarios. Todos los esfuerzos realizados por la Provincia fueron inútiles, ya que la Concesionaria no retiró ninguna de sus exigencias.

---

<sup>306</sup> Seillant I, párr. 129.

<sup>307</sup> *Ibíd.*, párr. 136.

### 3. Conclusiones del Tribunal

812. AGBA buscó preservar sus derechos e intereses, en el contexto de influencias substancialmente adversas, mediante la presentación de propuestas que podían haber atraído el interés y posiblemente la aceptación de la Provincia. De las presentaciones realizadas ante el Tribunal, se desprende que la posición asumida por AGBA respecto de los aumentos tarifarios que buscaba obtener a través de la renegociación, era esencial para el éxito de todo el proceso. Es necesario analizar esta cuestión más detalladamente.

813. Dada la situación económica y social que siguió a la emergencia y que claramente no había sido revertida al momento de la renegociación, era ciertamente difícil para la Provincia restaurar o aproximarse a los niveles tarifarios y de facturación existentes antes de la crisis. Esto debe haberse visto agravado por el hecho de que no se habían logrado grandes progresos en los índices de cobrabilidad, que ciertamente habrían experimentado una nueva caída como resultado del aumento en la morosidad de los usuarios, por el aumento de facturación que habrían tenido que afrontar. AGBA mencionó expresamente, en su nota del 17 de julio de 2001 a ORAB, que la crisis incidió “negativamente en la cobranza de los servicios prestados” (RA-192, CU-135). Esta consecuencia debe haberse agravado seriamente durante el período de emergencia, haciendo que un aumento tarifario fuera ineficiente para la Concesionaria desde el punto de vista financiero y difícil de imponer a la población para la autoridad pública. Sin embargo, esto refleja el período abarcado en el año 2002 y parte del año 2003. No se ha demostrado ante este Tribunal que dicha situación prevaleciera en 2004 ni a principios de 2005, cuando este elemento del acuerdo se encontraba en punto cumbre de la negociación.

814. El Tribunal observa, que desde un principio, que la solicitud por parte de AGBA de un aumento tarifario del 93% para servicios de agua potable, calificado como excesivo, fue acompañada por pocas explicaciones y pruebas. Si esta propuesta parecía tan excesiva a los representantes de la Provincia, es de esperar que el Tribunal recibiera pruebas substanciales y argumentos a este respecto. Por el contrario, el Testigo Facchinetti confirmó durante el contrainterrogatorio que no se les dijo “en ningún momento” que las propuestas de AGBA fueran exageradas, descabelladas o insuperables<sup>308</sup>. El Testigo Seillant sí habló brevemente sobre afrontar las tarifas propuestas por los representantes de AGBA<sup>309</sup>, pero el intercambio de opiniones se concentró mayormente en las características subyacentes más importantes, como la cobrabilidad y las inversiones. Los negociadores de la Provincia trataron diversas cuestiones a fin de proveer a AGBA incentivos para cambiar de posición. No queda claro si quienes actuaban en representación de AGBA comprendieron claramente el mensaje de que debían alterar su posición de forma más substancial y disminuir el aumento tarifario que esperaban obtener.

---

<sup>308</sup> TR-S, Día 2, págs. 393/17-394/1.

<sup>309</sup> Una respuesta incierta parece ser negativa; TR-S, Día 4, págs. 1063/22-1064/6.

815. No se explicaron adecuadamente todos los componentes de la cifra del 93%. Tal como se desprende de la propuesta de AGBA de junio de 2004, dicha cifra no resulta exclusivamente de los aumentos tarifarios, los cuales serían moderados y temporalmente graduados<sup>310</sup>. También resulta de la solicitud de AGBA de cancelación de inversiones futuras y de la provisión de subsidios. La propuesta de limitar la medición del servicio a usuarios industriales o de elevado consumo también puede haber tenido cierta influencia<sup>311</sup>. Todas estas medidas, sumadas, representan un aumento del 93% en los ingresos de AGBA<sup>312</sup>.

816. Las principales razones por las que la solicitud de AGBA se consideró excesiva fueron la tasa de cobrabilidad, que en ese entonces continuaba siendo baja<sup>313</sup>, y el desplazamiento hacia la Provincia de las obligaciones de inversión, que por lo tanto ya no podrían ser recuperadas a través de los ingresos generados por los usuarios<sup>314</sup>. Sin embargo, esto no fue visto, en el momento, como el punto final de la cuestión. Cuando se preguntó al Testigo Seillant si esto significaba que el proceso de negociación se vio “interrumpido” desde ese momento, éste se opuso al uso de ese término<sup>315</sup>. El representante de la Provincia tampoco estaba seguro del significado de la solicitud formulada por AGBA pero que se le asegurara una “utilidad razonable” por el capital invertido. El Testigo Seillant entendió que el retorno razonable exigido era del 7,9%, tal como se establece en la última página de la propuesta de AGBA de junio de 2004, pero no comprendía con qué inversión de capital se relacionaba este porcentaje. La Provincia no asumió ninguna posición y esperó a que AGBA presentara las cifras correspondientes, tal como se le había solicitado, pero que ésta nunca lo hizo<sup>316</sup>. Esto significaba dejar la cuestión en un limbo, ya que no se inició ningún otro intercambio. Por otro lado, desde junio de 2004, cuando se inició la renegociación, estaba claro que la única forma de salvar la Concesión era logrando que la Provincia asumiera las inversiones de expansión<sup>317</sup>. No se presentó ninguna explicación respecto de cómo debía entenderse este compromiso de la Provincia en comparación con el hecho de que AGBA cobrara tarifas con un aumento del 93%.

---

<sup>310</sup> Anexo H002 a Seillant I, pág. 34 (no numerado). En la pág. 36, se indica que el aumento tarifario sería del 5% para 2004 y del 10% para cada uno de los años entre 2005 y 2008. Asimismo, el coeficiente para servicios cloacales aumentaría cada año en 0,1, de 0,7 en 2004 y a 1,20 en 2009.

<sup>311</sup> Anexo H002 a Seillant I, pág. 35 (no numerado).

<sup>312</sup> Ver Testigo Seillant, TR-S, Día 4, págs. 952/9-953/18.

<sup>313</sup> Seillant I, párrs. 75, 137-153, II párrs. 45, 53-60; TR-S, Día 4, págs. 986/8-990/16, 1054/2-1063/21.

<sup>314</sup> Seillant, TR-S, Día 4, págs. 932/1-15, 1045/4-1046/5.

<sup>315</sup> TR-S, Día 4, págs. 977/9-978/5.

<sup>316</sup> Ver TR-S, Día 4, págs. 1069/5-1073/6; Seillant II, párrs. 64/65. Esto es sorprendente, dado que la propuesta presentada por AGBA en junio de 2004 identificaba como uno de los aspectos esenciales de la negociación las posibilidades de la Concesionaria de obtener una utilidad razonable, es decir, una utilidad “que posibilite la recuperación de las inversiones ya efectuadas (capitalización de la empresa de USD 45.000.000) a una tasa de mercado razonable para la realidad del país” (pág.32, no numerado).

<sup>317</sup> Testigo Seillant, TR-S, Día 4, págs. 1066/20-1068/21.

817. El Tribunal observa, asimismo, que el expediente contiene pocas pruebas de la existencia de declaraciones claras y contemporáneas de la Provincia en las que se indique que los aumentos tarifarios propuestos por AGBA se consideraban excesivos. Incluso si el rechazo de la Provincia podía considerarse razonable y convincente desde su propia perspectiva, habría sido apropiado que dirigiera a AGBA una declaración clara al respecto. Puede encontrarse una explicación explícita en ese sentido en la nota remitida, por el Subsecretario de Servicios Públicos, a AGBA el 12 de julio de 2006 (CU-167, RA-194), un día después de la declaración de rescisión, cuando ya no era relevante, en la que se mencionan las propuestas de AGBA de un aumento tarifario del orden del 93%, el otorgamiento de importantes subsidios, la reducción del plan de inversiones, la convalidación de los malos logros en la gestión de cobranza y que el Concedente perdonara sus incumplimientos previos y posteriores a la emergencia hasta el momento de la renegociación. La nota menciona que AGBA requería un fuerte compromiso del erario Provincial y, además, un importante incremento en las tarifas, lo que arrojaba un desequilibrio que no consideraba los compromisos contractuales respecto de calidad del servicio y expansión y, fundamentalmente, era insostenible considerando la capacidad de pago de la población. Si ésta era una posición que sería respaldada ampliamente por el Ejecutivo Provincial, cabría esperar que se hubiera expresado durante el proceso de negociación. Los documentos presentados al Tribunal demuestran que esto no sucedió.

818. El Tribunal también opina que dicho aumento tarifario podría no haber sido tan extraordinario como para producir la inmediata interrupción de las negociaciones. En primer lugar, un aumento del 93%, calculado en comparación con la tarifa utilizada tras la entrada en vigencia de las medidas de emergencia, habría compensado la mitad de la disminución de dos tercios generada por dichas medidas. Sin más pruebas de respaldo, esto no parece extraordinario al punto de descartar cualquier discusión adicional. Dado el aumento tarifario posteriormente otorgado a ABSA, un enfoque razonable podría haber consistido en invitar a AGBA a disminuir significativamente sus exigencias durante un primer período, hasta que la economía argentina se recuperara. Tal enfoque podría haber sido implementado razonablemente, a efectos de generar regímenes tarifarios similares para ABSA y AGBA. Ambas negociaciones podrían haberse realizado en paralelo, ya que el Protocolo de Entendimiento con ABSA fue firmado el 7 de abril de 2005<sup>318</sup>, cuando aún se estaba negociando con AGBA y, esperaba un progreso tras las discusiones mantenidas hasta enero de 2005. En cualquier caso, el Artículo 53 del Decreto Provincial 3289/04, del 22 de diciembre de 2004 (CU-126, 168, RA-177), complementario del Nuevo Marco Regulatorio, establecía que la Autoridad Regulatoria debía establecer regímenes tarifarios de conformidad con los principios generales establecidos uniformemente en el Nuevo Marco Regulatorio. Esto dejaba poco espacio para diferencias entre las distintas concesionarias, con excepción de aquellas resultantes de las características específicas de las poblaciones y redes correspondientes. En cualquier caso,

---

<sup>318</sup> Ver Decreto 757/05 del 26 de abril de 2005 (CU-169).



antes de concluir que la propuesta sobre tarifas era “excesiva” en ese momento (finales de 2004, principios de 2005), habría sido útil comparar dicho aumento con la creciente fuerza de la economía Argentina desde al año 2004.

819. Asimismo, a fin de comprender el impacto exacto de dicho aumento y la tarifa que AGBA pretendía usar para sus futuros cobros y facturaciones, habría sido esencial saber si los ingresos resultantes de dicha tarifa representarían una utilidad en beneficio de AGBA. Esto no queda claro cuando el Tribunal consulta los términos contractuales referentes a las tarifas discutidos durante la renegociación en 2004. Tal como resulta del Artículo 5.3 del borrador de Contrato de Concesión preparado por AGBA y presentado el 3 de mayo de 2004 (CU-329), las inversiones en Servicios debían ser financiadas a través de un Fondo Fiduciario, que recibiría todos los ingresos generados por el componente tarifario destinado a la expansión del servicio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 del Nuevo Marco Regulatorio (CU-125, RA-175). Si bien el Tribunal no ha recibido una copia del Anexo Ñ de dicho borrador, entiende que preveía la división de la tarifa en partes, una de las cuales debía reservarse para financiar el Fondo Fiduciario y que, por lo tanto, no representaría una utilidad para AGBA. El Artículo 7 del Protocolo de Entendimiento contiene una disposición similar referente a una “Tarifa de Expansión”. Estas disposiciones se basaban en el Artículo 56 del Nuevo Marco Regulatorio, que establece que la tarifa se compondrá de dos conceptos principales: una tarifa de operación y mantenimiento de los servicios y una tarifa de expansión. De conformidad con el Artículo 57, los ingresos generados por el componente tarifario destinado a la expansión deberán ser depositados en la cuenta del Fondo Fiduciario. A pesar de esta división de los componentes, el régimen tarifario debía establecer, cuando sea posible, una tarifa única (Artículo 54(g)). Por lo tanto, parece plausible que el aumento tarifario del 93% propuesto por AGBA incluyera este “componente de expansión”, lo que eliminaría la posibilidad de que pareciera excesivo a los efectos de un proceso de negociación.

820. El mismo esquema resulta de los Protocolos de Entendimiento, debatidos entre la Provincia y AGBA en diciembre de 2004 y enero de 2005, en los cuales la Tarifa de Expansión se define como la proporción de los ingresos que la Concesionaria debe depositar en el Fondo Fiduciario, lo que significa que los montos cobrados a los usuarios por este componente tampoco se encontrarían bajo el control de la Concesionaria.

821. En resumen, el Tribunal no encuentra convincente el alegato de que el proceso de renegociación fracasó simplemente como resultado del aumento tarifario solicitado por AGBA.

822. Las pruebas presentadas a este Tribunal revelan la existencia de otro motivo que puede haber jugado un papel importante en la interrupción del proceso de renegociación. En la audiencia, el Testigo Facchinetti dijo al Tribunal haber descubierto que la razón por

la cual colapsó la renegociación fue por el reemplazo de una palabra, de equilibrio económico financiero “básico” a equilibrio económico financiero de “transición”<sup>319</sup>. Sin embargo, el Testigo no aportó más datos y no pudo recordar ninguna reacción concreta de la Provincia. Las explicaciones del Testigo Seillant fueron más detalladas e hizo referencia a distintos borradores presentados por AGBA en el momento crítico<sup>320</sup>. Al comparar los borradores de protocolo de entendimiento presentados por AGBA el 12 y el 31 de enero de 2005<sup>321</sup>, respectivamente, parece que en el último borrador se mantuvo por sí sola la noción de “equilibrio económico financiero objetivo”, aplicable al segundo período de la concesión renovada, mientras que desapareció el concepto de “equilibrio económico financiero básico”, aplicable a los años del primer período, junto con su definición, en la que se lo describía como “aquel por el cual los ingresos de la concesionaria cubren los costos de operación y mantenimiento e inversiones mínimas para abastecer la demanda en las condiciones de calidad actuales, según la EMPRESA MODELO y conforme surge del MEF 1”. Así, si bien se mantuvo el modelo básico del MEF 1, se eliminó del texto la definición correspondiente, basada en las condiciones de calidad reales. De igual forma, las disposiciones sobre ajustes contractuales del Artículo 5 se centraban en el “equilibrio económico financiero objetivo” y la transición hacia esta fase, mientras que se habían eliminado las condiciones de calidad y expansión mínima cubiertas por el concepto de “equilibrio económico financiero básico”.

823. El Testigo Seillant explicó al Tribunal que, con este último borrador “al eliminarla no quedan establecidas las condiciones de calidad”<sup>322</sup>. No se puede fijar un acuerdo sobre un servicio de agua “que no tiene normas de calidad”<sup>323</sup>. Solo se establecieron normas de calidad para el segundo período cuando, tres o cuatro años después, se produciría la transición hacia el “equilibrio económico financiero objetivo”<sup>324</sup>. Según el Testigo Seillant, esto hizo que la suscripción del protocolo de entendimiento no estableciera realmente ninguna obligación para AGBA respecto de inversiones y niveles de calidad. Por lo tanto, AGBA no habría asumido ningún tipo de compromiso<sup>325</sup>. Desde entonces, según informó el Testigo Seillant al Tribunal, las negociaciones ya no avanzaron<sup>326</sup>. En su opinión, la reticencia de AGBA a asumir compromisos referentes a la calidad del

<sup>319</sup> TR-S, Día 2, págs. 456/14-458/15.

<sup>320</sup> Ver TR-S, Día 4, págs. 955/20-976/4.

<sup>321</sup> Anexos H018 y H019 a Seillant I. Una versión anterior, del 1 de diciembre de 2004 (H017), es, en lo pertinente, similar al texto del 12 de enero de 2005; ver Seillant I, párr. 125. El Anexo 019 se encuentra reproducido parcialmente en Seillant I, párr. 126. El texto del 12 de enero de 2005 era una versión acordada en función del borrador del 1 de diciembre de 2004 y en sus posteriores modificaciones; ver Seillant I, párr. 124.

<sup>322</sup> TR-S, Día 4, pág. 970/2-3; Seillant I, párrs. 127-129.

<sup>323</sup> TR-S, Día 4, pág. 970/16-18.

<sup>324</sup> TR-S, Día 4, págs. 971/13-16, 972/19-973/2.

<sup>325</sup> TR-S, Día 4, págs. 973/18-974/2.

<sup>326</sup> TR-S, Día 4, págs. 977/9-978/5, el Testigo agregó que esto se comunicó de manera informal y que no implicaba la interrupción de las negociaciones. Se habían estancado y la continuidad de la Concesión era insostenible como resultado de los importantes incumplimientos de AGBA, básicamente previos a la caída de la convertibilidad; Seillant I, párr. 154.

servicio y el hecho de que no presentara proyecciones económicas que respaldasen el aumento tarifario solicitado, fueron las razones que evitaron que la Provincia alcanzara un acuerdo de renegociación<sup>327</sup>.

824. El Tribunal no comprende por qué la simple lectura de los borradores de un protocolo de entendimiento intercambiados en enero de 2005 habría de demostrar que AGBA ya no quería cumplir con las normas de calidad para el primer período de la concesión renovada. Las explicaciones del Testigo Seillant parecen altamente artificiales y no están respaldadas por elementos de los textos en los cuales éste se basa. En cualquier caso, su análisis no explica convincentemente por qué los cambios realizados a uno de los borradores podrían haber justificado razonablemente el cierre de la negociación, sin más comunicaciones que permitieran debatir y alcanzar las aclaraciones solicitadas.

825. Por lo tanto, el Tribunal concluye en esta etapa que ni las solicitudes de aumentos tarifarios de AGBA ni la supuesta negación a asegurar los requisitos de calidad durante el primer período de la concesión renovada, pueden ser tomados seriamente como los fundamentos que llevaron a la abrupta interrupción del proceso de renegociación a finales de enero de 2005.

826. El Tribunal comprende que la decisión de no continuar con las conversaciones y el intercambio de propuestas de renegociación modificadas, se vio afectada por la experiencia negativa de la República Argentina con varias concesiones de servicios de agua a nivel nacional. La posición asumida por el Ejecutivo Provincial, durante la renegociación, reflejaba el cambio político que llevó a la restitución de estas concesiones al Estado y a su operación por sociedades estatales, en lugar de mantenerlas privatizadas.

827. La obligación de la Provincia de tomar en cuenta las políticas y reformas implementadas en el ámbito nacional ya se encontraba contenida en el Decreto N.º 1175/02, del 13 de mayo de 2002 (CU-171, RA-170), por el cual se creó la Comisión especial para la evaluación del impacto de la crisis en las tarifas y contratos de servicios públicos, a la que se instruyó en el Artículo 4 a trabajar en función de los siguientes criterios:

“1) El interés de los usuarios y la accesibilidad a los servicios, especialmente el impacto social sobre los mismos; 2) La calidad de los servicios y los programas de inversión, 3) La rentabilidad futura de las Empresas, teniendo en cuenta los preceptos de los respectivos marcos regulatorios; 4) *Las políticas y procedimientos seguidos por el Gobierno Nacional*” (énfasis añadido)<sup>328</sup>.

<sup>327</sup> Seillant I, párr. 156.

<sup>328</sup> En el Decreto 1175/02 y luego en el Decreto 2088/02, del 10 de septiembre de 2002 (CU-172), se especifica que la Comisión debía recabar los informes técnicos necesarios de las Concesionarias y “analizar las medidas económicas adoptadas en el orden nacional y provincial respecto de las tarifas y la ecuación económica financiera de los contratos vigentes en materia de prestación de servicios públicos de

Tras la sanción de este Decreto, el Sr. Sicaro, Subsecretario de Servicios Públicos, envió una copia al Sr. Biancuzzo, Presidente de AGBA, el 5 de junio de 2002, y lo invitó a una reunión (CU-178).

828. La referencia a las políticas adoptadas a nivel nacional debe haber tomado también en cuenta, implícitamente, las tareas delegadas en la Comisión para la Renegociación establecida por el Decreto Nacional N.º 293/02 del 12 de febrero de 2002<sup>329</sup>. Una de las razones por las cuales se creó dicha Comisión fue, efectivamente:

“... centralizar el proceso de renegociación de los contratos, a fin de adecuar la aplicación de criterios homogéneos por parte del Estado Nacional en todos los casos, como también para posibilitar que su tratamiento se realice en forma ordenada y rápida”.

829. AGBA conocía los desarrollos a nivel nacional y se refirió a ellos en su nota del 30 de septiembre de 2002 (CU-180), por la cual solicitó la formación de la Comisión de Renegociación y la participación de AGBA en su trabajo. En respuesta a esta nota, la Provincia expresó su renuencia a participar en un proceso de renegociación de la Concesión en la nota que el Sr. Sicaro, Subsecretario de Servicios Públicos, remitiera a la Sociedad el 16 de octubre de 2002 (CU-182). El Subsecretario mencionó que los beneficios del Contrato de Concesión “dependen de un acontecimiento incierto como es la recaudación de ingresos durante el plazo de concesión”, por lo que “las contingencias habituales en un país inestable y las medidas económicas que se emiten” constituyen el riesgo inherente a este tipo de contratos.

830. Poco después de que se cursara dicha nota, la Comisión especial para la evaluación del impacto de la crisis en las tarifas y contratos de servicios públicos, establecida por el Decreto N.º 1175/02, del 13 de mayo de 2002 (CU-171, RA-170), emitió su primer informe, posteriormente aprobado y publicado por medio del Decreto N.º 689/03, del 12 de mayo de 2003 (RA-103), en el cual se establecía respecto de la Concesión de AGBA que:

“Al mismo tiempo no puede ignorarse el impacto negativo de la emergencia económica nacional y provincial, *evidenciada en una sustancial baja de ingresos y aumento de costos en la prestación del servicio*” (énfasis en el original).

831. La Comisión recomendó que se revisaran las normas aplicables a las concesiones de servicios públicos, incluyendo el marco regulatorio y los contratos de concesión, y que se evaluaran las tarifas y costos correspondientes, a la luz de las reformas que deberían

---

jurisdicción provincial”.

<sup>329</sup> Anexo 102 a Giacchino/Walck I; Anexo H020 a Saillant I.

ser adoptadas a mediano y largo plazo. Mientras tanto, las sociedades debían mantener, a corto plazo, la calidad del servicio y las inversiones mínimas acordadas.

832. Estas conclusiones sentaron las bases de la preparación del Nuevo Marco Regulatorio por parte de la Comisión, el cual fue aprobado por el Decreto N.º 878/03, del 9 de junio de 2003, y validado por el Artículo 33 de la Ley N.º 13.154.

833. Poco después de que entrara en vigencia el Nuevo Marco Regulatorio, el 12 de junio de 2003, el Gobierno Nacional, la Provincia y nueve Municipios (algunos de los cuales pertenecen a la Región B) celebraron un Acuerdo Marco, que establecía un plan de labor conjunta para hallar soluciones a la emergencia sanitaria que afectaba a la población del Gran Buenos Aires y llevar a cabo negociaciones para obtener fondos del Banco Mundial. El Acuerdo fue posteriormente aprobado por el Decreto N.º 2397/03, del 5 de diciembre de 2003, que hallaba su fundamento en el NMR (CU-139). La provincia tomó a su cargo la construcción de otra parte de la red para atender a los 870.000 habitantes que se incorporarían al servicio de desagües cloacales, que requería una inversión de ARS 160 millones, que se cubrirían con créditos del Banco Mundial, recursos presupuestarios y los ingresos acumulados en el fondo fiduciario de infraestructura provincial<sup>330</sup>. Posteriormente, se invitó a AGBA, por medio de una nota del 29 de enero de 2004 (CU-140), a una reunión con la finalidad de evaluar el avance de los proyectos realizados con las sumas aportadas por el Banco Mundial en siete partidos que eran parte del área de la Concesión a cargo de AGBA. El 28 de junio de 2004, AGBA aprobó el texto de un acuerdo que debería suscribir con la Provincia<sup>331</sup>. En dicho acuerdo, AGBA era designada como la “Concesionaria”, pero con un rol limitado a la realización de tareas de asesoramiento sobre factibilidad técnica y supervisión. Las obras se realizaron en paralelo con la presencia de AGBA en la red y, por lo tanto, afectaron las negociaciones entre AGBA y la Provincia<sup>332</sup>. Para el Testigo Seillant, este fue el primer éxito de la renegociación<sup>333</sup>. Los proyectos presentados al Banco Mundial eran de una magnitud importante y representaban, para los cinco partidos correspondientes en la Zona 2 de AGBA, un aumento de 36.556 conexiones (25%) para la expansión de los servicios de agua y de 98.436 conexiones (115%) para la expansión del servicio de desagües cloacales<sup>334</sup>.

---

<sup>330</sup> Ver Anuncio público del 20 de agosto de 2003 (CU-71).

<sup>331</sup> Anexo H001 a Seillant I. Ver Seillant I, párrs. 55-57; TR-S, Día 4, págs. 1030/7-1033/9.

<sup>332</sup> La declaración del Testigo Cerruti I, párrs. 177/178, menciona que el Acuerdo incluía obras que deberían haber sido desarrolladas dentro del alcance del Contrato de Concesión de AGBA y constituía una clara violación del derecho de exclusividad de AGBA. No explica si el Acuerdo cubría obras que AGBA debiera completar en virtud del primer POES Quinquenal y, en caso de que lo hiciera, hasta qué punto.

<sup>333</sup> Seillant I, párrs. 37, 44, 55-57, II, párrs. 20/21, 29. El Testigo Facchinetti (I, párr. 16) también mencionó que el acuerdo constituía una medida adecuada dada la gravedad de la situación económica y el proceso de renegociación en el que AGBA se encontraba involucrada, ya que permitiría a la Provincia aprovechar el financiamiento del Banco Mundial.

<sup>334</sup> Ver Propuesta de renegociación de AGBA de junio de 2004, Anexo H002 a Seillant I, págs. 17 y 23 (no numerado).

834. Dados estos desarrollos positivos y el hecho de que se haya señalado, *a posteriori*, que las negociaciones se interrumpieron por razones relacionadas con cuestiones tratadas durante la renegociación (como los aumentos tarifarios y las normas de calidad), a pesar de que esto no fue así, las verdaderas razones para el estancamiento del proceso deben buscarse en circunstancias exteriores al debate entre los representantes de AGBA y los de la Provincia.

835. El Testigo Cerruti menciona que funcionarios provinciales anticiparon informalmente que el destino de la Concesión dependía de la previa decisión del Gobierno Nacional respecto de Aguas Argentinas S.A.<sup>335</sup>. El Testigo Facchinetti explicó haber oído en repetidas ocasiones de funcionarios de la Provincia que la rescisión se adoptaría por razones políticas, mientras que no se mencionó ningún incumplimiento de la Concesión por parte de AGBA<sup>336</sup>. Estas eran señales claras, aunque informales, de una futura estrategia de los negociadores de la Provincia de adecuarse a los enfoques y negociaciones adoptados por las Autoridades Nacionales.

836. Cuando la Provincia adoptó la decisión de no continuar las negociaciones con AGBA, debe haberlo hecho en función de eventos relacionados con las concesiones adyacentes que habían sido otorgadas a ABSA el 13 de marzo de 2002, por el Decreto N.º 757/02 (CU-211, RA-241). El 7 de abril de 2005 se firmó con ABSA un Protocolo de Entendimiento, de conformidad con lo establecido en el Artículo 91 del Nuevo Marco Regulatorio, el cual fue aprobado por el Decreto N.º 757/05<sup>337</sup>. Esto debe haber ofrecido la posibilidad de expandirse hacia la Zona 2 una vez que AGBA dejara la Concesión. Otras concesiones también regresaron al sector público a nivel nacional.

837. Esto explica por qué las repetidas solicitudes de AGBA para que el Ministro de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos aceptara retomar las negociaciones, por medio de las notas del 15 de julio (CU-58), 14 de octubre y 7 de noviembre de 2005 (CU-189), no producían resultados positivos, más allá de una serie de reuniones celebradas más por razones de cortesía que para negociar con AGBA y ayudar a la Sociedad a superar la situación de progresivo deterioro de los servicios. Parece tener alguna significación la nota del Subsecretario de Servicios Públicos del 25 de agosto de 2005 (CU-60) en respuesta a las quejas presentadas por AGBA en su nota del 15 de julio de 2005, en la que no se respondía a la solicitud principal de reabrir las charlas de renegociación y se mencionaba que era imposible prever ningún aumento tarifario a la luz de las políticas adoptadas en el ámbito nacional<sup>338</sup>. En este contexto, cualquier renegociación de la Concesión de AGBA se tornaba imposible, especialmente dado que la Provincia condujo

---

<sup>335</sup> Cerruti I, párr. 277.

<sup>336</sup> TR-S, Día 2, pág. 397/7-21.

<sup>337</sup> Anexo 7 a Giacchino/Walck I.

<sup>338</sup> Tal como explica el Testigo Cerruti I, párr. 281, la nota confirmaba “que efectivamente existía la decisión política de atar el destino de la Concesión de AGBA a la forma en que el Gobierno Nacional resolviera el conflicto que a ese momento mantenía con la concesionaria Aguas Argentinas”.

las negociaciones con AGBA observando constantemente las políticas desarrolladas a nivel nacional, sin introducir este importante objetivo en las discusiones con los representantes de AGBA, quienes solo recibieron advertencias informales.

838. Igualmente sorprendente debe haber sido para AGBA el ser eliminada del programa de desarrollo sustentable de la Provincia, que respaldó la celebración de acuerdos marco entre la Provincia y las Municipalidades sobre la prestación de servicios de agua y desagües cloacales, en función del Decreto N.º 963/05, del 12 de mayo de 2005 (CU-212), que disponía el mejoramiento de los proveedores de servicios sanitarios.

839. También se produjeron incertidumbres a nivel nacional en relación con el debate público sobre un nuevo régimen regulatorio para las empresas de servicios públicos propuesto por el Gobierno Nacional, que seguramente se habría desarrollado más tarde en el ámbito provincial<sup>339</sup>.

840. El Tribunal entiende, por lo tanto, que las Demandantes deben haber estado en lo correcto al considerar que las tarifas, supuestamente excesivas, propuestas por AGBA no podrían haber causado la interrupción de las negociaciones en febrero de 2005. Tal como se explicó anteriormente, es posible dudar de la naturaleza excesiva de estas propuestas, que no ha sido convincentemente explicada y probada por la Demandada. Sin embargo, incluso si las propuestas eran excesivas, no existía ninguna razón de peso para reaccionar con la abrupta finalización de las discusiones con la Concesionaria, con quien se habían desarrollado negociaciones en términos correctos por más de un año y quien aún se mostraba interesada en continuar prestando servicios en el marco de la Concesión.

841. Ciertamente, los representantes de AGBA debían conocer los próximos desarrollos que habían sido delineados en los Decretos Nacionales y Provinciales, por los que se crearon las Comisiones de evaluación de contratos de servicios públicos y las Comisiones de renegociación, que de todas formas eran de conocimiento público.

842. Sin embargo, fue sorprendente para AGBA verse confrontada de repente con los efectos de esta evolución en febrero de 2005, sin haber recibido ninguna advertencia anterior adecuada de la Provincia. Incluso si se concluye que el argumento “oficial” de los representantes de la Provincia, sobre la dimensión excesiva de la última propuesta sobre tarifas de AGBA, tenía algún mérito, no existía ninguna razón para reaccionar por medio del categórico rechazo de cualquier otra respuesta o reacción<sup>340</sup>. El silencio de la Provincia generó un desequilibrio profundizado por el hecho de que AGBA envió una considerable cantidad de solicitudes para retomar las negociaciones en 2005, lo que

---

<sup>339</sup> Ver Artículos periodísticos: La Nación (27 de octubre de 2004), Clarín (23 de octubre de 2004), El Cronista (18 de octubre y 3 de diciembre de 2004), todos en el documento CU-229.

<sup>340</sup> Actitud denunciada por el Testigo Facchinetti I, párr. 34a, pág. 9; TR-S, Día 2, pág. 396/13-17.

demuestra una actitud positiva que requería en forma implícita una reacción significativa de sus contrapartes. El Testigo Cerruti afirma que:

“La Provincia jamás nos indicó que consideraba excesivas nuestras pretensiones, y mucho menos que por esa razón suspendía las negociaciones. Ese argumento recién lo expresó, por primera vez, un año y medio después y para justificar la Rescisión (Nota 234/06 del Ministro, del 12 de julio de 2006), pero no en el marco de las negociaciones”<sup>341</sup>.

843. En el contexto de renegociaciones, ocasionadas inicialmente por la emergencia sufrida por Argentina y las medidas tomadas con posterioridad, la Concesionaria podía esperar un trato más deferente, siendo que había esperado más de un año para el comienzo de la renegociación y que contribuyó con el proceso mediante la presentación de diversas propuestas que fueron analizadas seriamente por la Provincia. Si la Provincia decidió modificar su política, para alinear el resultado de la Concesión para la Zona 2 con el destino de la Concesión de la Zona 1 y otras concesiones a nivel nacional, cabría esperar que, de una forma u otra, AGBA hubiera sido notificada de ello de forma clara y oficial, ya que se trataba de una de las contrapartes de la negociación<sup>342</sup>. Esto no sucedió y, a pesar de la presentación de numerosas solicitudes de reanudación de las conversaciones, la Provincia se mantuvo renuente a iniciar intercambios posteriores sobre el tema hasta marzo de 2006, cuando AGBA descubrió que el resultado de la concesión de Aguas Argentinas era la señal para rescindir la Concesión de AGBA. El Sr. Sanguinetti también mencionó, en la reunión del 22 de marzo de 2006, que se esperaba que AGBA aceptara, sin más negociaciones, la solicitud de rescisión en función de un acuerdo con la Provincia, tal como lo explicó el Testigo Hernando en la audiencia<sup>343</sup>. AGBA se rehusó<sup>344</sup>. No había ninguna razón para mantener a AGBA a la espera desde febrero hasta finales de 2005 sin informar a la Concesionaria de la política que prevaleció posteriormente y cuya naturaleza la hacía pasible de determinar el futuro de AGBA. Tampoco era justo ni equitativo invitar a AGBA a presentar propuestas de renegociación y participar en intensas discusiones que se vieron abruptamente interrumpidas en función de políticas federales que no guardaban relación alguna con la Concesión negociada y produjeron un impacto que la Provincia debía conocer desde un principio, pero del cual no notificó adecuadamente a los representantes de AGBA.

844. La situación cambió desde finales de 2005 y principios de 2006, cuando la Provincia debió haber sido informada de las dos Notificaciones de demanda presentadas

---

<sup>341</sup> Cerruti II, párr. 92.

<sup>342</sup> Un elemento a favor del enfoque del Concedente podría ser el hecho de que la Provincia no podía rescindir la Concesión antes de haber implementado una solución para su inmediata transferencia a otra concesionaria o contratista (ver Testigo Seillant, TR-S, Día 4, pág. 1021/12-22). Sin embargo, esta era una dificultad relativamente fácil de resolver porque la Zona 1 se encontraba en manos de ABSA, con la cual se había celebrado un protocolo de entendimiento en virtud del NMR en abril de 2005.

<sup>343</sup> TR-S, Día 3, págs. 657/13-660/11; Hernando, párrs. 73, 75.

<sup>344</sup> TR-S, Día 3, pág. 663/11-13; Hernando, párr. 74.



por las Demandantes al Gobierno de la República Argentina. De acuerdo con estos documentos formales, las Demandantes preveían la presentación de una solicitud de arbitraje. Dicha iniciativa debe haber sido vista como una señal de que las Demandantes ya no estaban interesadas en continuar con la Concesión.

845. Por lo tanto, el Tribunal concluye que, dadas estas circunstancias, la Demandada – que actuó a través de la Provincia – no trató a AGBA y a las Demandantes con la transparencia que habría cabido esperar del Estado anfitrión en su relación con inversores extranjeros durante el proceso de renegociación de la Concesión, entre 2003 y 2005. Esto equivale a una violación del estándar de trato justo y equitativo establecido en el TBI y esa es la decisión de este Tribunal.

846. Dicha violación del TBI da lugar a la cuestión de la compensación por las pérdidas supuestamente sufridas por la Concesionaria y, en última instancia, sus accionistas. A este respecto, las Demandantes y AGBA deben enfrentar el estado real de la Concesión. Para el final del primer POES Quinquenal, era claro que AGBA no había cumplido con sus obligaciones. Especialmente, se habían incumplido los objetivos de expansión e inversiones, y dichos incumplimientos se debieron a razones atribuibles principalmente al hecho de que AGBA y sus accionistas no aportaron más fondos propios o de terceros que la cantidad mínima correspondiente a sus tenencias accionarias. En estas circunstancias, la Concesión no tenía futuro de ninguna forma y los servicios mínimos prestados por AGBA no ofrecían ninguna perspectiva positiva, más que la de preparar la adquisición por una nueva concesionaria. Por lo tanto, el destino de la Concesión resultó íntegramente del incumplimiento de los compromisos asumidos por AGBA y sus accionistas, y no de la forma en que la Provincia llevó a cabo la renegociación en violación del estándar de trato justo y equitativo establecido en el Artículo IV del TBI. Desde finales del año 2004, al cierre del primer POES Quinquenal, la Concesión estaba expuesta a la amenaza de rescisión, finalmente formalizada en junio de 2006. Por lo tanto, el incumplimiento del Artículo IV del TBI no causó perjuicio alguno a los accionistas de AGBA, que operaban a pérdida como resultado de su gestión de la Concesión a través de AGBA como vehículo de inversión.

847. La protección otorgada por el estándar de trato justo y equitativo no puede dar lugar a un resarcimiento cuando el fracaso de la Concesión se debe principalmente al hecho de que las Demandantes no realizaron las inversiones requeridas, originando así una situación en la que ya no podía preverse ninguna expansión u otro desarrollo en función de los compromisos asumidos originalmente. Por lo tanto, el Tribunal desestima la solicitud de daños de las Demandantes a este respecto.

## IX. La Rescisión del Contrato

### A. El camino a la rescisión

848. Cuando, luego de un último período de silencio e infructuosos intentos por parte de AGBA de reactivar el contacto con la Provincia, el proceso de renegociación llegó definitivamente a su punto final, a fines de 2005, no quedaba ninguna solución razonablemente posible más que rescindir el Contrato de Concesión. AGBA y sus accionistas no estaban dispuestos a continuar con una Concesión que, en su opinión, operaba a pérdida luego de que dos tercios de los ingresos financiados con los pagos de los usuarios habían sido eliminados por las medidas de emergencia. La Provincia comprendía que la estrategia de inversión mínima por parte de los accionistas de AGBA – desprovista de financiamiento de terceros o de ellos mismos – no se corregiría y que, por lo tanto, ya no había esperanza de que la Concesionaria implementara ningún POES a futuro, conforme a las condiciones establecidas en el Contrato.

849. Para que la Concesión continuara operando, en función de las condiciones establecidas en el Contrato celebrado con AGBA, habría sido necesario que AGBA presentara una propuesta para el segundo POES quinquenal y que el ORAB la aprobara. Tal propuesta no se realizó. El único camino posible para AGBA y sus accionistas era la renegociación y, en caso de que no fuera exitosa, rescindir la Concesión y acudir a toda vía de reparación que estuviera disponible.

850. Las Comunicaciones de la controversia presentadas por las Demandantes al Gobierno argentino, en diciembre de 2005<sup>345</sup> y enero de 2006,<sup>346</sup> no ofrecen un relato completo de la situación, tal como la entendían los accionistas de AGBA en ese momento. Sin embargo, debe haber sido una señal clara de las Demandantes de que el arbitraje internacional era el único camino posible para salvar al menos parte de su participación en la Concesión.

851. Según estas Comunicaciones (idénticas en su contenido), para las Demandantes, su inversión había sido afectada negativamente por medidas injustificadas adoptadas por el Gobierno Nacional y por el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires y, más específicamente:

---

<sup>345</sup> Enviada por CABB, Anexo 15 a la Solicitud de arbitraje.

<sup>346</sup> Enviada por Urbaser, Anexo 14 a la Solicitud de arbitraje.

- (i) la violación de sus derechos adquiridos en virtud del TBI, como consecuencia de la “alteración unilateral de los compromisos contractuales relacionados con la pesificación de las tarifas, originariamente pactadas en dólares estadounidenses”;
- (ii) la expropiación ilícita de su inversión sin el pago de una indemnización;
- (iii) la violación de los principales mecanismos de protección de inversiones que asistían a los inversores en virtud del TBI, mediante la aprobación de la Ley de Emergencia N.º 25.561, sometiendo a los inversores a un trato inequitativo, y porque “el Concedente se ha negado en forma reiterada a negociar con la Concesionaria a fin de encontrar, de común acuerdo, medidas tendientes a evitar la ruptura de la ecuación económica financiera del Contrato de Concesión”;
- (iv) el incumplimiento de la obligación de conceder un trato justo y equitativo a las inversiones;
- (v) el incumplimiento de los compromisos asumidos en el TBI de abstenerse de sancionar medidas arbitrarias o discriminatorias en perjuicio de los inversores.

Sobre la base de estas Comunicaciones, cuya conclusión era que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional y el Gobierno Provincial “han incidido en la inversión, produciendo un daño que debe ser reparado por el Estado Nacional”, no quedaba otra alternativa más que la indemnización pecuniaria, sin dejar abierta ninguna perspectiva de negociación que recompusiera la participación de los accionistas de AGBA en la Concesión.

852. La intención de CABB de abandonar la Concesión fue también confirmada, por la información disponible públicamente, a principios de 2006 de que se encontraba negociando la venta de su parte con los fondos de pensiones que garantizaban el financiamiento de su tenencia en AGBA<sup>347</sup>. URBASER había comunicado a los demás accionistas de AGBA, en una reunión de Directorio celebrada el 16 de noviembre de 2005, su intención de iniciar los procedimientos disponibles en el TBI<sup>348</sup>. El Testigo Hernando señaló que estaba al tanto de la Comunicación de la controversia. Esto no tuvo influencia alguna sobre él ni sintió que hubiera tenido influencia alguna en la Provincia porque, de todos modos, la situación no podría haber sido peor<sup>349</sup>.

853. De parte del Ejecutivo Provincial, se estaban llevando adelante los preparativos para declarar la rescisión a su debido tiempo. Un comunicado de prensa del 23 de marzo de 2006 explicaba que el Gobernador de la Provincia estaba evaluando rescindir la Concesión, luego de haber recibido un informe del Sr. Sicaro sobre los graves

---

<sup>347</sup>“El Consorcio negocia con fondos de pensiones la venta en Argentina”, EL PAÍS, 9 de enero de 2006 (RA-66).

<sup>348</sup>Acta de la Reunión de Directorio de CABB celebrada el 20 de diciembre de 2005, de fecha 26 de enero de 2006 (CU-278).

<sup>349</sup> TR-S, Día 3, págs. 697/2-698/7.

incumplimientos de AGBA<sup>350</sup>. Se decía que la presión del Presidente de Argentina para nacionalizar las empresas de servicios de agua potable y desagües cloacales que operaban en Buenos Aires y los alrededores, ofrecía respaldo para rescindir el Contrato con AGBA. También se le dijo al Gobernador que la solicitud constante por parte de la Compañía de un aumento de tarifas o un subsidio paralizaba las conversaciones de una posible renegociación.

854. El 10 de marzo de 2006, el Sr. Sicaro, Ministro de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, instruyó al OCABA, mediante Resolución N.º 84/06 (CU-75) que le suministrara información detallada sobre los incumplimientos contractuales por parte de AGBA y que le informara si tales incumplimientos permitían la rescisión por culpa de la Concesionaria, conforme al Artículo 14.1.3 del Contrato de Concesión. El 22 de marzo de 2006, el Jefe del Departamento de Regulaciones de OCABA recibió, ante su solicitud, todos los archivos administrativos de OCABA relativos a AGBA. Posteriormente, el 12 de abril de 2006, el Área Técnica elaboró un informe detallado de los incumplimientos de AGBA con el Contrato de Concesión, sobre el que se basó un informe presentado por el Organismo Regulador de Aguas Bonaerenses el 21 de abril de 2006<sup>351</sup> (ambos identificados como Anexos CU-76, RA-210).

855. AGBA debe haber estado al tanto de la intención del Ejecutivo cuando intentó por última vez recomponer la situación mediante, su comunicación del 14 de junio de 2006 enviada al Concedente (CU-190). El testigo Facchinetti recordó que el Sr. Sanguinetti, Subsecretario de Obras Públicas, le había dicho unos días antes cuál sería la solución: “esto se resuelve o que ustedes rescindan o lo rescindimos nosotros”<sup>352</sup>. Así, AGBA reaccionó primero, solicitando a la Provincia en su nota del 14 de junio de 2006 “que en el plazo de 45 días [...] se subsane la totalidad de los incumplimientos incurridos y recomponga la ecuación económico y financiera de la concesión”. Se hizo referencia expresa al Artículo 14.1.4 del Contrato de Concesión, bajo “apercibimiento de ejercer los derechos conferidos en el Contrato”<sup>353</sup>. Como respuesta, el Concedente dio un paso más allá y notificó la rescisión a AGBA, junto con una nota enviada al día siguiente, el 12 de julio de 2006 (CU-167, RA-194) en respuesta a las quejas de AGBA comunicadas el 14 de junio de 2006. El 13 de julio de 2006, los servicios en los partidos que pertenecían a

---

<sup>350</sup> Anexo 253 de Giacchino/Walck I.

<sup>351</sup> Es posible suponer que este informe fue la base para la elaboración de la decisión de rescindir, que existía en borrador antes del 8 de junio de 2006 cuando la Oficina de la Fiscalía de la Provincia brindó sus comentarios (CU-170).

<sup>352</sup> TR-S, Día 2, págs. 463/19-464/8. El Testigo también explicó que la carta de AGBA aún dejaba abierta la posibilidad de recomposición y que, de todos modos, su intención no era amenazar al Concedente, aunque mencionaba el plazo de 45 días para la rescisión contractual; TR-S, Día 2, págs. 469/7-470/1, 473/3-13, 474/7-9.

<sup>353</sup> Cerruti I, párr. 286, señala en su declaración que la intención de la carta era que si las solicitudes de AGBA no eran otorgadas “AGBA [...] rescindiría el Contrato de Concesión conforme al Artículo 14.1.4 del Contrato de Concesión”.

la Concesión de AGBA fueron transferidos a ABSA mediante el Decreto N.º 1677/06 (CU-203).

B. Decreto Provincial N.º 1666/06 sobre rescisión

1. *Reseña de las causales de rescisión*

856. El Decreto N.º 1666/06 del 11 de julio de 2006 (RA-195, CU-166) contiene una lista de obligaciones contractuales que la Provincia identificó como incumplimientos de AGBA y que constituyen causales de rescisión por culpa de la Concesionaria, según establece el Artículo 14.1.3 del Contrato de Concesión. Así, AGBA fue considerada responsable de:

- 1) Incumplimiento grave de disposiciones legales, contractuales o reglamentarias aplicables al Servicio (inc. a);
- 2) Atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las metas de cobertura previstas en el POES (inc. b);
- 3) Reiterada violación del Reglamento del Usuario, previsto en el Artículo 13-II del Marco Regulatorio (inc. h);
- 4) Reticencia u ocultamiento reiterado de información al Organismo Regulador (inc. i);
- 5) Falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento del Contrato, en los términos previstos en el Artículo 11.1. y de la garantía de cumplimiento de las obligaciones del Operador prevista en el Artículo 11.2 (inc. k).

857. Las causales de incumplimiento invocadas en los puntos 2 a 5 son luego identificadas y explicadas en el Decreto. No hay ninguna elaboración del punto 1, que parece tratarse de una disposición general que cubre todos los temas luego desarrollados por el Decreto.

2. *Cuestiones generales*

a. Consideraciones de las Demandantes

858. Con este trasfondo de un proceso de renegociación fallido, las Demandantes explican que en la última etapa de la Concesión, la conducta del Concedente tenía como objetivo desgastar a la Concesionaria. Durante las últimas etapas, planificó sus acciones con un único propósito en mente que era rescindir el Contrato de Concesión y recuperar el servicio sin pagar indemnización alguna. Obstaculizó en forma sistemática las medidas definidas en el Contrato para garantizar el pago del servicio. En 2003, el nuevo Gobierno introdujo un cambio de prioridades y el Concedente actuó en consecuencia. Esperó la privatización del servicio de agua y desagües cloacales a nivel nacional y luego recorrió

el mismo camino. Utilizó la rescisión anticipada por incumplimiento para ocultar lo que en realidad era una confiscación.

859. El Decreto N.º 1666/06 puso fin a la concesión de AGBA por “culpa del Concesionario”, haciendo referencia a las causales establecidas en el Artículo 14.1.3, incisos (a), (b), (h), (l) y (k) del Contrato. Dicha rescisión anticipada no era otra cosa más que el paso final en un proceso de expropiación o confiscación que tenía como objetivo la Concesión de AGBA y la inversión de las Demandantes. Tuvo lugar en el séptimo año de la Concesión, luego del congelamiento y la pesificación de las tarifas, que habían sido reducidas a un tercio de su valor inicial durante el tercer año del plazo de la Concesión. Dicho Decreto incluyó, en su Artículo 5 la orden de suspender los pagos a la Concesionaria por los servicios suministrados hasta la fecha del Decreto, lo que impidió a AGBA cobrar facturas que ascendían a un total de aproximadamente 110 millones de pesos. Esta rescisión anticipada fue utilizada para un fin distinto al que supuestamente tenía, en un claro abuso de autoridad. La Concesionaria inició acciones para que se declarara la nulidad del Decreto ante el Juzgado Contencioso Administrativo N.º 2 de La Plata, el 4 de diciembre de 2006. El proceso se encuentra en su etapa probatoria.

860. Se decretó la rescisión luego de la declaración de emergencia económica y la adopción de una serie de medidas que redujeron las tarifas de AGBA en dos tercios. Se ordenó con posterioridad a supuestas renegociaciones durante las cuales las tarifas de AGBA nunca se aumentaron. Frente a esta alteración drástica e imprevisible de una de las condiciones básicas de la Concesión, es imposible fundamentar la rescisión en incumplimientos de la Concesionaria.

861. La rescisión de la Concesión de AGBA por incumplimiento es incompatible con la declaración de emergencia económica y las medidas adoptadas para enfrentarla, con la pesificación de las tarifas y el rechazo de cada solicitud de revisión presentada por la Concesionaria. La aplicación del principio “*rebus sic stantibus*” es un obstáculo insuperable para todo intento de justificar la rescisión, tal como explica el Experto Bianchi<sup>354</sup>. El Experto Mata también hace referencia a circunstancias extraordinarias. La Concesionaria no pudo realizar las inversiones en los montos esperados, a raíz de la disminución de sus ingresos como resultado del reducido valor de las tarifas pesificadas y su incapacidad de acceder al financiamiento que se estaba negociando. El hecho de que la rescisión por incumplimiento se contrapone completamente con la emergencia económica declarada y las medidas adoptadas por la Provincia para abordarla, convierte a esa aparente rescisión en una suerte de rescate, confiscación o expropiación sin indemnización. Las Demandantes citan la opinión disidente del Juez Brower en el caso *Impregilo*, quien señaló que “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

---

<sup>354</sup> Bianchi III, párrs. 42-56.

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”.

862. Las Demandantes también apuntan a la falta de sanciones. En consonancia con el principio de buena fe, parecería razonable inferir que al abstenerse de aplicar las penalidades correspondientes, el Concedente estaba actuando de manera equiparable a la inexistencia de incumplimientos. Toda otra conclusión derivaría en una violación del trato justo y equitativo. Las expectativas legítimas del inversor serían incongruentes con el actuar de un Concedente que pasa por alto incumplimientos de un Concesionario con inversores extranjeros, esperando hasta el último minuto para decidir aludir a hipotéticos incumplimientos, sin haberle dado la oportunidad de rectificarlos a fin de justificar la rescisión del Contrato de Concesión. Si se agregan la emergencia económica y las medidas adoptadas para contrarrestarla, la violación del TBI se vuelve aún más evidente. Si se admitiera que el Concedente violó su obligación de aplicar las penalidades correspondientes, esta situación constituiría una prueba en sí misma de la existencia de una violación del principio de trato justo y equitativo.

863. Es más, las Demandantes afirman que la rescisión estuvo basada en una motivación exclusivamente política: “la rescisión de la Concesión se produjo como parte de una estrategia política, fue producto de una decisión adoptada por la Administración por motivos políticos”<sup>355</sup>. En declaraciones realizadas pocos meses antes de la rescisión, el Gobernador de la Provincia había anunciado a los medios que la decisión de rescindir la Concesión ya había sido tomada. El Testigo Facchinetti menciona una posición similar adoptada por el Ministro Sicaro en una reunión celebrada en julio de 2006. La República Argentina reconoce la naturaleza política de la rescisión. El fin de la Concesión estuvo enmarcado en una estrategia política y fue el resultado de una decisión adoptada por el Gobierno por motivos políticos. Tal decisión es equiparable a una expropiación.

864. La rescisión anticipada del Contrato de Concesión de AGBA estuvo vinculada con la rescisión anticipada del contrato de Aguas Argentinas declarada el 21 de marzo de 2006<sup>356</sup>. Prueba de ello son las declaraciones que realizó el Gobernador de la Provincia el día después de la rescisión del contrato de Aguas Argentinas. En ese momento, la decisión de rescindir el Contrato de AGBA ya había sido tomada; el anuncio público de la rescisión se realizó inmediatamente después, al igual que la determinación de que ABSA sería el nuevo proveedor del servicio. Se sabía muy bien que la rescisión, tal como iba a ser declarada, no estaba fundamentada apropiadamente. El OCABA había expresado la opinión de que era un tema complejo y solicitó que se le presentaran los archivos para su revisión, reconociendo de esta manera que no contaba con toda la información a su

---

<sup>355</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 375; Hernando, TR-S, Día 3, págs. 594/14-595/2, 659/20-660/5.

<sup>356</sup> Decreto N.º 303/06 (CU-19).

disposición<sup>357</sup>. La declaración del Gobernador demuestra que había una decisión previa de rescindir el Contrato de AGBA y que tal decisión se basaba en razones políticas, muy distintas a las causales finalmente invocadas como justificación para la rescisión. La conducta y las posturas del ORAB y del OCABA en los diversos incidentes con AGBA no fueron ajenas a motivaciones políticas. Deben haber sido consideradas lineamientos basados en motivos políticos que sometieron a la Concesionaria a un régimen *de facto* completamente diferente del que establecía el Marco Regulatorio.

865. Las Demandantes también afirman que los fundamentos de la rescisión de la Concesión de AGBA no fueron realmente incumplimientos de parte de la Concesionaria. Esto fue explicado en el Primer Informe elaborado por Inglese Consultores S.A., Auditor de la Concesión de AGBA: (i) conforme al Artículo 6.3 del Contrato, la Concesionaria debía designar y contratar a un Auditor Técnico; (ii) Inglese Consultores S.A. fue designada por AGBA; (iii) el Auditor Técnico era parte integral del sistema regulatorio de la Concesión; (iv) actuaba como asistente del Organismo Regulador y garantizaba que la información suministrada a dicho organismo fuera correcta. El Auditor Técnico concluyó: (i) AGBA tenía la intención de ser auditada por la empresa más calificada para llevar a cabo la tarea; (ii) el Auditor certifica que los Informes Anuales presentados por la Concesionaria permiten evaluar sus operaciones y el cumplimiento con el Contrato; (iii) era razonable analizar el impacto en la ecuación económico-financiera de la Concesión y ajustar el sistema y el nivel de tarifas, así como las metas de expansión y los niveles de servicio, a dichas consecuencias; (iv) la Auditoría Técnica también pudo certificar que al finalizar el año 5 de la Concesión, luego de más de 3 años de crisis, dicho ajuste aún no había ocurrido.

866. AGBA debió enfrentarse con un decreto de rescisión que enumeraba supuestas violaciones sobre las que la Concesionaria no había sido advertida ni que se le había ordenado alguna vez corregir y en relación con las cuales nunca se le brindó la posibilidad de presentar una defensa<sup>358</sup>. AGBA fue notificada de la rescisión anticipada del Contrato sin habersele dado la oportunidad de presentar una declaración y argumentos que negaran las alegaciones en su contra, y sin habersele ofrecido la posibilidad de corregir los incumplimientos, tal como lo exigían, entre otros, los Capítulos 13 y 14 del Contrato, la Ley 11.820 (Art. 4(c) y 20(h)), el Artículo 88(m) del Nuevo Marco Regulatorio, que exige respeto al debido proceso, y la Ley de Procedimiento Administrativo (Art. 103).

867. La rescisión anticipada de la Concesión de AGBA fue llevada a cabo ignorando completamente el derecho a la defensa consagrado en las disposiciones legales y

---

<sup>357</sup> Tal como demuestra la carta del Gerente de Normas del OCABA del 22 de marzo de 2006 (CU-207) y la decisión del Presidente del OCABA de la misma fecha (CU-208).

<sup>358</sup> Para los Expertos de las Demandantes “el Regulador y la Provincia no intimaron a la empresa a subsanar cualquier incumplimiento” (Giacchino/Walck II, párr. 253), tal como lo habría hecho un “regulador razonable” (párr. 246).



contractuales aplicables. Tal decisión fue concebida con el fin específico de servir intereses de naturaleza política. AGBA enfrentaba un Contrato cuya ecuación económico-financiera había sido drásticamente trastocada por un conjunto de supuestas medidas de emergencia que, a raíz de su constante aplicación, se convirtieron en disposiciones definitivas, sin que el proceso de renegociación impuesto por la misma legislación hubiera arrojado ningún resultado positivo para AGBA. Lo que para AGBA fue imposible de alcanzar, ASBA lo consiguió fácilmente, lo que demuestra el trato discriminatorio. Los derechos de los inversores de AGBA fueron consumados a partir de la privación irreversible y definitiva del objeto de su inversión.

868. La sola rescisión de una Concesión luego del transcurso de tan sólo una quinta parte de su plazo de vigencia, es más que suficiente para causar un daño a la Concesionaria y a los inversores que, además de haber sido privados de ganancias sobre su inversión inicial, también fueron privados de la posibilidad de recuperar dicha inversión. Se eliminó toda posible recuperación para los inversores en el futuro. Es cierto que luego de períodos de crisis vienen períodos de prosperidad. Por eso, un inversor debe considerar el período completo para llegar a una conclusión sobre el tiempo, la viabilidad y los resultados de una inversión. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, tales predicciones se disolvieron cuando el Concedente rescindió la Concesión, luego de que solo una quinta parte del período definido originalmente hubiera transcurrido. La conducta del Concedente impidió la restauración de la ecuación económico-financiera que causaba un perjuicio a la Concesionaria.

b. Consideraciones de la Demandada

869. La Demandada objeta la afirmación de las Demandantes de que la rescisión se basó “exclusivamente en motivos o razones políticas”. Dicho argumento carece de todo sentido porque todas las actividades de las autoridades públicas son políticas. Y la política no es, *ipso facto*, una prueba de conducta irracional o arbitraria por parte de un gobierno. En el presente caso, existen causales objetivas que justifican la rescisión. El hecho de que alguna motivación política haya estado involucrada no constituye un incumplimiento de obligaciones internacionales. El reclamo de las Demandantes sobre este punto carece de toda validez legal. Las Demandantes hacen referencia a artículos periodísticos y a declaraciones de terceros. Con anterioridad a la fecha de emisión del Decreto Provincial N.º 1.666/06, diferentes sectores sociales y políticos habían solicitado la rescisión del Contrato. No tiene sentido argumentar que estas iniciativas eran políticas y, por lo tanto, irrelevantes.

870. La Demandada también menciona que las Demandantes adjuntan el informe de Inglese y llegan a la conclusión de que la rescisión por incumplimiento fue en realidad un rescate, una confiscación o una expropiación encubierta. El rol de Inglese era el de un Auditor Técnico de la Concesión de AGBA. Según el Artículo 6.3 del Contrato, los

deberes de los Auditores facilitarán el ejercicio del poder de policía de la Autoridad Regulatoria. Conforme a los términos y condiciones del contrato de auditoría, Inglese tenía la responsabilidad de suministrar información sobre el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la Concesionaria. Las tareas del Auditor Técnico no incluyen dar una opinión sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la Concesionaria. La Demandada observa que, en diversas ocasiones, los certificados de auditoría emitidos por Inglese excedían el alcance de su mandato, ya que adoptaba una postura sobre el cumplimiento del Contrato por parte de la Concesionaria. Inglese admitió en un informe que no elaboró el plan de auditoría necesario para respaldar la certificación correspondiente del informe de avance del POES. En consecuencia, existen pruebas de la falta de independencia de Inglese respecto de la Concesionaria. En lugar de cooperar con la Autoridad Regulatoria, brindó su opinión sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales de la Concesionaria, tal como quedó nuevamente confirmado al presentar su informe junto con la Réplica de las Demandantes.

c. Conclusiones del Tribunal

871. El Tribunal reconoce que las autoridades competentes a cargo de manejar la Concesión de AGBA ejercieron funciones políticas. Sin embargo, la primera tarea del Tribunal consiste simplemente en analizar si el Decreto N.º 1666/06 constituyó o no una rescisión lícita del Contrato de Concesión. Solo en caso de que la rescisión fuera ilícita el Tribunal necesitaría entonces proceder a determinar si las Demandantes han sido gravemente privadas de sus derechos en virtud del Tratado.

872. La afirmación de las Demandantes de que la sola conclusión de que se ha violado el principio de trato justo y equitativo, al pesificar las tarifas, descarta la consideración de si el Contrato fue rescindido con base en incumplimientos por parte de la Concesionaria no es correcta. Si se ha violado dicho principio respecto de un evento específico, como es la pesificación de las tarifas, sería correcto aceptar que no podría admitirse ningún incumplimiento de Contrato si fue causado por tal disminución de las tarifas y del ingreso de la Concesionaria. Por otro lado, si la Concesionaria no ha cumplido con sus compromisos contractuales por otros motivos, ajenos a tal disminución de las tarifas, bien podría considerarse que ha incumplido con sus compromisos contractuales. Así, sería sorprendente que una supuesta violación del trato justo y equitativo, respecto de la pesificación de tarifas, tuviera el efecto de hacer que la Concesionaria ya no debiera enfrentar ningún argumento basado en sus incumplimientos de Contrato, que son ajenos a los hechos que subyacen la violación del estándar de trato justo y equitativo, es decir, su obligación de realizar inversiones en virtud del POES, o su deber de brindar garantías de cumplimiento. Del mismo modo, tal violación no podría tener nunca el efecto de hacer que la Concesionaria estuviera exenta de responsabilidad por cualquier amenaza a la salud de la población, por ejemplo, en caso de que el nivel de nitrato del agua potable excediera significativamente el máximo aceptable.

873. El Tribunal no ha sido persuadido por los reclamos de las Demandantes de que no se les brindó ninguna oportunidad de corregir las deficiencias en su desempeño. De hecho, AGBA tuvo la oportunidad de hacerlo en varias ocasiones en el transcurso de las declaraciones del ORAB en relación con el informe de avance del POES vinculado a AGBA, comenzando por la Resolución N.º 77/02 del 30 de diciembre de 2002 (CU-137, RA-121) y la Resolución N.º 25/03 del 17 de septiembre de 2003 (CU-69). Si bien estas advertencias habían sido formuladas mucho antes del plazo del primer POES quinquenal, mantuvieron su importancia con posterioridad a ese momento a la luz del incumplimiento constante de AGBA de alcanzar las metas a las que se había comprometido<sup>359</sup>. El ORAB también había expresado su preocupación sobre los recursos de AGBA para poder cumplir con las metas de inversión del POES<sup>360</sup>. En el verano de 2006, no tenía sentido reabrir ese plazo para que AGBA subsanara su demora en el cumplimiento del Contrato, cuando la propia AGBA anunció a la Provincia, en su nota del 14 de junio de 2006, que estaba considerando abandonar la Concesión, y luego de que las Demandantes declararan al Gobierno Nacional, a través de sus Comunicaciones de la controversia, que reclamaban una indemnización por una medida que supuestamente había perjudicado su inversión.

874. Con estos argumentos, las Demandantes no responden a las afirmaciones contenidas en el Decreto N.º 1666/06 de que el incumplimiento identificado por la Provincia “se encuentra en la instancia plenamente materializado” y que “no resulta subsanable, no pudiendo superarse ni tampoco revertirse, pues los daños y perjuicios a la población se han consumado”. Las Demandantes no ofrecen ninguna explicación respecto del motivo por el que AGBA habría podido realizar, en un corto plazo, las obras de expansión que, según el Decreto, nunca fueron llevadas a cabo, ni con financiamiento que no pudo obtener ni quería suministrar a través de sus propios accionistas. En todo caso, AGBA recibió abundantes notificaciones sobre los incumplimientos a través de las Resoluciones del ORAB.

---

<sup>359</sup> Así, parece correcta la afirmación del Testigo Cinti de que se había suministrado una lista de todos los incumplimientos en la Resolución N.º 77/02 (TR-S, Día 3, págs. 784/6-10, 785/4-8, 789/9-794/14, 801/10-802/9; Cinti I, párrs. 132-135, II, párrs. 104-106). Las Demandantes argumentan en su Escrito Posterior a la Audiencia que la referencia a estas Resoluciones es incongruente en vista del hecho de que no existió una notificación de incumplimiento y, sobre todo, que todas las metas habían sido declaradas alcanzadas para el año 1 y neutralizadas para el año dos (párr. 155). Las Demandantes pasan por alto que estas decisiones respecto de los años 1 y 2 no eliminaron las metas generales correspondientes al primer POES quinquenal. El argumento de que si los incumplimientos correspondían a los años 2000 y 2001 entonces la Provincia debería haber declarado la rescisión en ese momento, en lugar de esperar hasta el año 2006 (párr. 156), también contiene una idea equivocada. Ello demuestra una vez más una interpretación errónea del sistema de los POES, donde únicamente los POES Quinquenales son obligatorios. Por lo tanto, la Provincia habría enfrentado una difícil tarea a la hora de encontrar causales de rescisión por culpa de la Concesionaria con anterioridad al incumplimiento del primer POES Quinquenal que fue verificado a fines de 2004.

<sup>360</sup> Cartas del ORAB del 26 de septiembre de 2001, 22 de enero y 2 de julio de 2002; Anexos 183, 185, 190 de Giacchino/Walck I.

### 3. *Alcance de la controversia*

875. Las Demandantes afirman que lo que deben probar es que la rescisión constituyó una violación del TBI y que, para ello, resulta suficiente demostrar que la rescisión no se debió a los incumplimientos de la Concesionaria sino a otros motivos. Las Demandantes aseguran que no es correcto atribuirles a ellas la carga de probar que tales incumplimientos no ocurrieron. El rol del Tribunal Arbitral no es determinar si los incumplimientos invocados para respaldar la rescisión existieron y, en consecuencia, que la rescisión era admisible, sino determinar si existieron circunstancias que harían posible concluir que la rescisión por incumplimiento contractual fue una mera excusa para expropiar la Concesión y que la rescisión constituyó un acto de gobierno basado en razones políticas.

876. La Demandada explica que el Decreto de rescisión fue adoptado en cumplimiento de las disposiciones del Contrato de Concesión. El Artículo 14.1.3 del Contrato dispone que el Concedente tiene la facultad de rescindir el Contrato de Concesión por culpa de la Concesionaria cuando ocurran las causales enumeradas en los incisos a, b, h, i y k. Así, la Provincia (como Concedente) tenía la facultad de rescindir el Contrato basándose en los diversos incumplimientos de la Concesionaria. El Decreto de rescisión es un acto administrativo que consiste en una declaración unilateral emitida en el ejercicio de la función administrativa. Todas las condiciones legales, referidas a la sustancia y la forma, han sido cumplidas de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires. La decisión de rescindir el Contrato se realizó sobre la base de un informe detallado de los incumplimientos de AGBA, elaborado por la Autoridad Regulatoria el 11 de abril de 2006. Es posible subsumir todos los incumplimientos enumerados dentro de las causales de rescisión por culpa de la Concesionaria previstos en el Artículo 14.1.3. La Resolución N.º 25/03 del 17 de septiembre 2003 ya señalaba cada uno de los incumplimientos de AGBA, que se agravaron con el paso del tiempo hasta el día de la rescisión. Así, contrariamente a lo que afirman las Demandantes, la Provincia sí informó oportunamente a AGBA sobre los supuestos incumplimientos antes de declarar rescindido el Contrato.

877. La Demandada también argumenta que la rescisión declarada por el Decreto N.º 1666/06 es una cuestión contractual, que debe someterse a los tribunales contencioso-administrativos de la ciudad de La Plata y no a un Tribunal Arbitral del CIADI. La Demandada observa que las Demandantes han reconocido, en muchos pasajes de su Réplica, la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral respecto de cuestiones inherentes a la rescisión. Afirmaron que el rol del Tribunal Arbitral no es determinar si los incumplimientos invocados existieron y si la rescisión es admisible. Han reconocido que el Decreto N.º 1666/06 fue impugnado por la Concesionaria ante los tribunales administrativos de La Plata y que el proceso aún está pendiente de resolución. En

conclusión, el reclamo planteado contra la rescisión es un reclamo contractual que no debe presentarse ante este Tribunal.

878. El Tribunal entiende que las causales de rescisión invocadas por la Provincia en el Decreto N.º 1666/06 no se presentan en esta instancia como una cuestión contractual. La carga de la prueba recaería en la Demandada, es decir, demostrar que los supuestos incumplimientos de la Concesionaria efectivamente ocurrieron. El Tribunal no considerará ningún debate sobre el proceso que se encuentra pendiente ante los tribunales administrativos de La Plata a instancias de AGBA, ni considera relevante la opinión del Szelagowski, el Fiscal del Estado, (RA-196) supuestamente presentada como defensa en dicho procedimiento administrativo.

879. Las Demandantes invocan el Decreto N.º 1666/06 como una supuesta causal de violación de una garantía reconocida en el TBI, principalmente como un acto de expropiación por el que la República Argentina debe asumir su responsabilidad. A tales efectos, la carga de la prueba recae sobre las Demandantes respecto de los requisitos pertinentes que respalden la existencia de dicha violación.

880. El Tribunal debe analizar si las Demandantes pueden demostrar que los supuestos incumplimientos de AGBA no constituyen causales suficientes para permitir una declaración de rescisión conforme al Contrato de Concesión. Si, y en la medida en que, las Demandantes no puedan demostrarlo. La declaración de rescisión en sí misma no puede constituir, en este sentido, una violación de una obligación en virtud del TBI. Ello tendría entonces efectos adversos sobre el reclamo basado en una supuesta expropiación como consecuencia de la rescisión.

881. Si ese fuera el caso, aun así quedaría otro argumento sin resolver, que parece estar implícito en la posición de las Demandantes, según el cual en caso de que la rescisión declarada por la Provincia encontrara sustento legal en el Contrato, ello no invalidaría la afirmación de las Demandantes de que fueron privadas de sus derechos por motivos ajenos a la rescisión, en particular, por las medidas de emergencia y la conducta de la Provincia durante la renegociación. Viéndolo desde esta perspectiva, el argumento de las Demandantes ubica a la rescisión como una consecuencia, supuestamente basada en razones políticas, en el extremo final de la privación de los derechos de AGBA, que comienza con la emergencia o incluso antes. Sin embargo, también desde este punto de vista, las causales de rescisión contenidas en el Decreto pueden ser de relevancia como parte de una sucesión de eventos que constituyen una supuesta violación de una obligación establecida en el TBI.

882. No obstante, el Tribunal observa que su tarea no consiste en tomar decisiones sobre el fundamento legal de la rescisión declarada por la Provincia en virtud del Contrato de Concesión. El análisis del Tribunal debe enfocarse en los efectos del Decreto que pone

fin al Contrato respecto de la posición de las Demandantes sobre sus alegaciones basadas en una violación de la obligación de la Demandada en virtud del TBI. Por lo tanto, el Tribunal mencionará, pero no considerará causales de rescisión que reflejen una controversia netamente contractual, que no afecta los derechos y obligaciones de las Partes contenidos en el TBI. En este sentido, el enfoque es similar al análisis por parte del Tribunal de las afirmaciones de las Demandantes respecto de violaciones al Contrato de Concesión en el Capítulo IV.

#### 4. *Reseña de las causales de rescisión*

##### a. Las metas de expansión del servicio contenidas en el POES

##### aa. Posición de las Demandantes

883. Las Demandantes explican que el Decreto N.º 1666/06 determinó que AGBA había incurrido en repetidas demoras en el cumplimiento de las metas de expansión del servicio establecidas en el Programa de Optimización y Expansión del Servicio (POES). Sin embargo, tal incumplimiento no existió porque el Organismo Regulador confirmó el cumplimiento del POES para el primer año de la Concesión, suspendió los plazos correspondientes al segundo año y no se pronunció sobre las solicitudes de la Concesionaria vinculadas al POES para los años siguientes, que abarcaba un período posterior a la sanción de las medidas de emergencia. De conformidad con el Contrato, el POES está “constituido por las metas cuantitativas y cualitativas que el Concesionario debe alcanzar y por los Planes Quinquenales” (Art. 1.2).

884. El 22 de marzo del 2000, AGBA presentó el primer Plan Quinquenal del POES (2000-2004) ante el ORAB (CU-192) y, posteriormente, presentó una versión final el 8 de noviembre del 2000, que fue aprobada por el ORAB el 31 de enero de 2001 (Resolución N.º 07/01, CU-193, RA-182). AGBA presentó su primer informe de avance anual del POES el 17 de julio de 2001 (CU-194), que fue aprobado por el ORAB el 3 de diciembre de 2002 y señalaba que AGBA “ha cumplido con las metas de expansión y calidad del servicio” (Resolución N.º 69/02, CU-129, RA-113).

885. Unos días antes de la sanción de la Ley de Emergencia de la Provincia N.º 12.727 (CU-195, RA-164), la Concesionaria solicitó la suspensión provisoria del primer POES quinquenal mediante una nota del 17 de julio de 2001 (CU-135, RA-192). Esta suspensión fue otorgada por el ORAB para el segundo año de la Concesión (Resolución N.º 77/02 del 30 de diciembre de 2002, CU-137, RA-121), explicando que los acontecimientos extraordinarios que habían ocurrido hacían “procedente la modificación del plan quinquenal para el período correspondiente al segundo año de la concesión”. AGBA presentó los informes de avance del POES para el año 3 (2002), 4 (2003) y 5 (2004), pero el ORAB nunca se pronunció respecto de ninguno de ellos.

886. Luego de la sanción de la Ley N.º 12.727, se sancionaron la Ley Nacional N.º 25.561 del 6 de enero de 2002 (que ordenaba la pesificación y el congelamiento de tarifas), la Resolución ORAB N.º 4/02 del 11 de enero de 2002 (que anticipaba la pesificación de las tarifas de AGBA con anterioridad a la sanción de la Ley N.º 12.858 del 6 de marzo de 2002) y, finalmente, el Decreto N.º 878/03 (que aprobaba el NMR). Este nuevo marco legislativo hizo que el conjunto de metas y objetivos establecidos en el Marco Regulatorio fuera imposible de cumplir. Además, esta legislación ordenaba el inicio de un proceso de renegociación que el Concedente nunca respetó.

887. En consecuencia, no existe ninguna justificación y no tiene ningún sentido invocar la falta de cumplimiento de las metas del POES como causal de rescisión, cuando tal cumplimiento fue confirmado para el año uno y el POES fue suspendido para el año dos, sin que el Organismo se pronunciara jamás sobre esa materia en los años posteriores, a raíz de la situación de emergencia. Asimismo, no se realizó ningún intento por restaurar el equilibrio contractual, ni siquiera en un proceso de renegociación que el Concedente llevó a cabo por mera formalidad. Cuando la Demandada argumenta que las metas no cumplidas en los años 1 y 2 deberían haberse alcanzado en los años 3 a 5, no considera el hecho de que en el año 3 (2002) las tarifas fueron pesificadas y congeladas para el resto de la Concesión. No era posible considerar que la crisis de 2001 justificaba la suspensión del POES y, a su vez, entender que la misma suspensión era ineficaz y que no tendría ninguna consecuencia para los años posteriores.

bb. Posición de la Demandada

888. La Demandada recuerda que uno de los aspectos principales de la Concesión de AGBA era el cumplimiento del POES por parte de la Concesionaria. El Artículo 38 de la Ley N.º 11.820 establece que el Contrato de Concesión incluirá el POES quinquenal correspondiente a todo el período de la concesión, que desde el año uno (1) al año cinco (5) era de cumplimiento obligatorio. A partir del sexto año en adelante, la Concesionaria actualizaría los programas y los presentaría ante el ORBAS para su aprobación. Dichos programas incluirían proyectos detallados de planes periódicos que a su vez incluirían los montos de inversión previstos. El Artículo 39 dispone que el incumplimiento de tales planes se considerará una ofensa grave. El Contrato de Concesión considera que el cumplimiento del POES es obligatorio, ya que así lo establece claramente el Anexo F. El Artículo 5.3 dispone que ante la aprobación de la propuesta de la Concesionaria, ello se convierte en el Plan Quinquenal, parte del POES y es, por ende, vinculante. Las Demandantes reconocieron la naturaleza obligatoria del POES.

889. Los graves incumplimientos de AGBA sirvieron como fundamento para que la Provincia dictara el Decreto N.º 1666/06. El Concedente tiene la facultad de rescindir el Contrato por culpa de la Concesionaria en función de las causales enumeradas en el Artículo 14.1.3, de las cuales aquellas mencionadas en los incisos a, b, h, i y k son

relevantes en el caso que nos ocupa. Las Demandantes tampoco cumplieron con las metas establecidas en el Artículo 13.2.5.5 del POES. La decisión de la Provincia de rescindir el Contrato fue una consecuencia lógica de los incumplimientos de AGBA, que son explicados en detalle en el Decreto.

cc. Conclusiones del Tribunal

890. En primer lugar, el Tribunal hará hincapié en la causal de rescisión relativa al incumplimiento del POES por parte de AGBA, tal como se identifica en el Decreto N.º 1666/06. En cuanto a la culpa de la Concesionaria en virtud del Artículo 14.1.3(b) del Contrato de Concesión, el Decreto comienza por recordar el programa obligatorio de optimización y expansión del servicio establecido en el Capítulo 5 del Contrato de Concesión. Dicho plan “de ejecución obligatoria para el concesionario, debiendo cumplirse [...] en seis etapas a partir de la confección de planes quinquenales”. Luego, el Decreto hace referencia al primer POES quinquenal aprobado por la Resolución N.º 7/01 y observa que AGBA se había comprometido allí a invertir USD 230.917.300 millones. Este POES representaba las obligaciones y metas contractuales y, en particular, la “responsabilidad [de la Concesionaria] en orden al cumplimiento de las metas del POES”. Estas declaraciones básicas contenidas en el Decreto confirman que los términos de referencia aplicables a la obligación asumida por la Concesionaria de cumplir con el POES están representados por el POES quinquenal únicamente. Esto es lo que establece el Artículo 5.3 del Contrato de Concesión.

891. Esto también significa que los POES Anuales que iban a establecerse durante el primer período de cinco años no revestían de ese carácter obligatorio. El objetivo de estos programas era establecer metas que la Concesionaria debía alcanzar y que daban origen a una obligación para la Concesionaria de realizar una evaluación del estado del trabajo que se iba realizando que luego debía presentarse ante el ORAB como un informe de avance anual. Dado que estos programas no fueron considerados obligatorios por el Artículo 5.3 del Contrato, el hecho de que la Concesionaria no haya cumplido con las metas allí establecidas no conllevó su responsabilidad. En consecuencia, el Decreto N.º 1666/06 no invoca ninguna demora en el cumplimiento de las metas de cobertura o inversión de un POES anual como causal de rescisión.

892. El Decreto invoca el POES del Primer Año (2000) como una “ejecución” del primer POES Quinquenal. Recuerda que la Resolución N.º 69/02 aprobó el cumplimiento de las metas e hitos del primer año de implementación del primer Plan Quinquenal y que la Resolución 77/02 estableció que, en relación con las metas de cobertura correspondientes al segundo año de la concesión (2001), debía otorgarse la anulación solicitada del período de implementación del programa de obras y expansión, y que los porcentajes que no habían sido cumplidos debían ajustarse junto con la Autoridad Concedente. El Decreto agrega lo siguiente:



“Que la referida neutralización del plazo del POES para el año dos de la concesión, no implicó soslayar las metas comprometidas por el concesionario para ese año, sino prever que las mismas debían ser readecuadas en los términos y bajo el procedimiento que establece la Ley de Emergencia 12.858 con el Poder Concedente”.

Luego, el Decreto cita una comunicación del Presidente del Directorio del ORAB del 11 de septiembre de 2001, que señala:

“... este Organismo Regulador estima que la evaluación del aplazamiento del plan quinquenal solo debe circunscribirse a las metas de cobertura (obras de expansión), entendiendo atendible la causa invocada y considerando prudente otorgar un plazo no mayor de 6 meses, para reanudar las obras al tiempo exigido en el plan quinquenal”.

El Decreto concluye que “al término del plan quinquenal deberán estar cumplidas todas las metas de cobertura indicadas en el mismo”.

893. El Decreto agrega que la Resolución N.º 77/02 también había señalado que las metas correspondientes al segundo año del Primer Plan Quinquenal debían ajustarse dentro del marco del procedimiento de ajuste del contrato de servicios establecido por la Ley N.º 12.858 y el Decreto N.º 1175/02. Dado que la anulación del período de implementación del POES para el segundo año no implicaba dejar de lado las metas comprometidas, ello daba lugar a la necesidad de reprogramar las obras asumidas y no ejecutadas por AGBA en ese segundo año.

894. Estas posturas, reflejadas conjuntamente en el Decreto N.º 1666/06 y en la Resolución N.º 77/02, tenían dos implicaciones: (1) la decisión adoptada respecto de la “anulación” o “neutralización” de las metas establecidas para el año dos (2001) tenía un efecto temporario únicamente y no eliminaba estas metas que debían alcanzarse en el marco del primer POES Quinquenal, que no había sido modificado en modo alguno. (2) El desplazamiento de las metas correspondientes al año dos hacia los años 3 a 5 restantes exigía la implementación de un procedimiento de ajuste.

895. Sobre este último punto, el Decreto N.º 1175/02 creó una Comisión que, entre sus tareas, tenía la misión de realizar los ajustes necesarios respecto de las concesiones que se encontraban en curso. Las Partes están de acuerdo en que esta Comisión no emprendió esa tarea en el caso que nos ocupa y que este tema fue parte del proceso de renegociación más amplio que eventualmente fracasó.

896. El Decreto de rescisión N.º 1666/06 no refleja la falta de ese ajuste contractual. Tampoco aborda el destino de los programas POES anuales para los años 3, 4 y 5.

897. La causal de rescisión invocada en el Decreto en relación con el POES, se basa exclusivamente en la naturaleza obligatoria del POES Quinquenal. En este sentido, las obligaciones y responsabilidades de AGBA no se modificaron, dado que las medidas de emergencia no alteraron la validez y aplicación de los contratos de servicios públicos, incluida la Concesión de AGBA. La división de las obras a realizar dentro de tal período y respecto de los POES anuales continuó siendo independiente del deber de AGBA de cumplir con el POES Quinquenal. En particular, el ajuste requerido como consecuencia de la suspensión del programa para el año dos no implicaba dejar de lado las metas comprometidas en el POES Quinquenal, sujeto a una posible renegociación, que no fue llevada adelante con éxito.

898. Sin embargo, las Demandantes argumentan que, con posterioridad a la suspensión de las metas previstas para el año dos, la misma consecuencia debió haberse aplicado a los programas de los años 3, 4 y 5. Tal conclusión no toma en consideración que el ORAB no había tomado ninguna decisión que derivara en la suspensión de los POES para los años 3, 4 y 5 (ya que esto fue así para el plan del año dos) o para que tales planes ya no fueran requeridos, sujetos a la espera de una futura renegociación. Debe considerarse una vez más, en este sentido, que AGBA continuaba obligada por el POES Quinquenal. Si los planes para los años 3, 4 y 5 hubieran perdido importancia, ello no habría tenido necesariamente el efecto de que las metas del POES Quinquenal también perdieran importancia; una privación de efectos tan amplia habría requerido una modificación conforme al Artículo 5.4 del Contrato de Concesión. Tal modificación nunca se realizó y AGBA no presentó ninguna solicitud en este sentido.

899. El Decreto explica en detalle, para cada partido, y en parte para una gran cantidad de localidades, las metas de expansión que la Concesionaria debía alcanzar en función de la inversión requerida, y que de hecho no alcanzó. La información suministrada en el Decreto se basa, tal como allí mismo se explica, en un informe elaborado por el Organismo Regulador de Aguas Bonaerenses, de fecha 21 de abril de 2006, que encuentra sustento, en parte, en un informe elaborado por el Área Técnica el 12 de abril de 2006 (ambos consignados como CU-76, RA-210). Estos documentos contienen más detalles que identifican las obras de expansión que no fueron realizadas. Los porcentajes que se brindan a continuación son aquellos incluidos en el Decreto y, si están escritos en *itálicas*, son aquellos mencionados en los informes, pero no incluidos en el Decreto.

900. En este sentido, el Decreto recuerda que según el primer POES Quinquenal aprobado por la Resolución N.º 7/01, la Concesionaria se comprometió a realizar una inversión de USD 86.663.700 millones, correspondientes a la expansión de la red de agua potable y que los principales resultados que se obtienen, al comparar las metas especificadas en el POES y aquellas efectivamente alcanzadas, son los siguientes (utilizando los porcentajes de población abarcada):

| Expansión de la red de agua potable en los Partidos: | Metas especificadas en el POES | Metas alcanzadas por AGBA |
|--|--------------------------------|---------------------------|
| Escobar  | 78,5                           | 85,25                     |
| General Rodríguez                                    | 55,3                           | 47,34                     |
| José C. Paz  | 58,2                           | 8,82                      |
| Malvinas Argentinas                                  | 67,2                           | 5,29                      |
| Merlo  | 83,1                           | 46,44                     |
| Moreno   | 81,1                           | 42,73                     |
| San Miguel   | 74,5                           | 45,11                     |

Con fundamento en esta información, junto con los detalles adicionales brindados, el Decreto concluye que AGBA sólo cumplió con las metas de expansión de suministro de agua potable en el Partido de Escobar y que no cumplió con el POES en los demás Partidos en la medida en que no alcanzó ninguna de las metas de expansión del servicio de suministro de agua potable.

901. Por otro lado, la Concesionaria se comprometió a realizar una inversión de USD 144.253.600 millones, correspondiente a la expansión de la red de desagües cloacales. Los principales resultados que se obtienen, al comparar las metas especificadas en el POES y aquellas efectivamente alcanzadas, son los siguientes (utilizando los porcentajes de población abarcada):

| Expansión de la red de desagües cloacales en los Partidos: | Metas especificadas en el POES | Metas alcanzadas por AGBA |
|--|--------------------------------|---------------------------|
| Escobar  | 56                             | 56                        |
| General Rodríguez  | 43,4                           | 42,01                     |
| José C. Paz  | 50,8                           | 0                         |
| Malvinas Argentinas  | 40,9                           | 0                         |
| Merlo  | 58,8                           | 23,77                     |
| Moreno   | 57,8                           | 20,96                     |
| San Miguel   | 69,8                           | 41,98                     |

Con fundamento en esta información, junto con los detalles adicionales brindados, el Decreto concluye que AGBA tampoco cumplió con las metas de expansión en relación con el servicio de desagües cloacales. En particular, el incumplimiento por parte de la Concesionaria con las obras de desagües cloacales comprometidas tiene como resultado que el porcentaje de población servida en dos de los partidos es de 0%.

902. En suma, el Decreto concluye que la red de la Concesión sufrió de un “incumplimiento contractual grave, reiterado y sistemático, pues AGBA no ha ejecutado la mayoría de las obras de expansión del servicio de provisión de agua potable y de desagües cloacales, a cuya construcción la obligaba el Anexo F del Contrato de Concesión”. El Decreto agrega que “el incumplimiento observado alcanza al 84% para las instalaciones de redes de agua y prácticamente es total en cuanto al tendido de redes cloacales, circunstancias que han privado a prácticamente 100.000 posibles nuevos

usuarios de disponer de agua potable y 150.000 posibles usuarios de desagües cloacales en el área de la concesión”.

903. Dado que la cuestión se aborda en este contexto como el cumplimiento de AGBA con los Contratos de Concesión, el Tribunal entiende que AGBA estaba lejos de cumplir con las metas determinadas y comprometidas en el primer POES Quinquenal. Esto puede verse desde dos perspectivas principales: (1) las cifras de incumplimiento respecto de las metas de expansión a ser alcanzadas claramente demuestran que AGBA estaba muy atrasada. (2) La otra perspectiva comienza por observar el monto de los fondos a ser invertidos por AGBA, por encima de los USD 230 millones, y el monto efectivamente puesto a disposición, que es tan bajo que no podía esperarse ningún trabajo de expansión por encima de las partes efectivamente construidas. En consecuencia, el incumplimiento por parte de AGBA de alcanzar las metas de expansión determinadas y aceptadas en el primer POES Quinquenal queda establecido.

b. Las metas de micromedición

904. La instalación de micromedidores, que permitieran medir el consumo de agua potable en cada localidad particular, estaba estrechamente vinculada con las obras de expansión. El Artículo 29-II de la Ley N.º 11.820 establece que “el régimen tarifario de consumo medido será de aplicación obligatoria en todas las obras de expansión”. Mientras no fuera implementado en otras partes de la red, se aplicaría el sistema de tarifa fija. El Decreto N.º 1666/06 señala que la Concesionaria no cumplió con las metas de micromedición, en la medida en que no instaló medidores con el propósito de que, al finalizar el quinto año de la Concesión, el sistema de facturación del servicio pudiera basarse en la medición del consumo, que es lo que dispone el Anexo F (N.º 2.2.1) del Contrato.

905. La Demandada agrega que la falta absoluta de instalación de medidores (excepto uno) tuvo el efecto de que el sistema de facturación tradicional se mantuvo al 100%, en lugar del sistema medido, tal como estipulaba el Anexo F. La Ley N.º 12.858 no eximía a la Concesionaria de cumplir con el POES. Por lo tanto, no eximía a la Concesionaria de completar la instalación de los micromedidores.

906. La Demandada también observa que el argumento de las Demandantes para justificar la situación fue responsabilizar al Nuevo Marco Regulatorio. Sin embargo, ese documento nunca estuvo en vigencia y no habría eximido a la Concesionaria del cumplimiento de las obligaciones que había asumido. El Artículo 52 del Decreto Provincial N.º 878/03 tenía el propósito de efectivizar el sistema medido y de revertir la situación en forma gradual. No obstante, la Concesionaria se comprometió en el Anexo F del Contrato de Concesión a instalar medidores antes de que el Artículo 52 entrara en vigor y no lo hizo en el período comprendido entre 2000 y 2003.

907. Las Demandantes no se oponen a la afirmación de que los micromedidores no habían sido instalados, pero recuerdan que todo el servicio en el área estaba sujeto a un sistema de tarifa fija en el que los clientes con una capacidad de pago mayor subsidiaban a aquellos con una capacidad de pago menor. Para no distorsionar todo el sistema, la transición a un sistema medido debía abordarse en conjunto. La Provincia cargó a la Concesionaria con la obligación de instalar medidores a quienes así lo solicitaran (Resolución N.º 85/00 que aprobó el Reglamento del Usuario, Artículo 23, CU-120), con el efecto de que quienes se hallaban dentro de la categoría de mayor capacidad de pago actuaron en consecuencia, lo que diluyó el subsidio cruzado derivado del sistema original.

908. La implementación del sistema medido requería de inversiones considerables y generaba un aumento de los costos asociados a la lectura de los medidores, su mantenimiento y reemplazo. El Contrato no establecía ninguna obligación de medición concreta hasta la finalización del quinto año del plazo de la Concesión y, ya en ese momento (2004), las Leyes de Emergencia y el Decreto que establecía el NMR habían sido sancionados. La aprobación del NMR introdujo el concepto de “servicio sustentable” haciendo referencia a la “capacidad de pago de los usuarios” como criterio para la fijación de tarifas, que se contraponía con las tarifas establecidas a través de un mecanismo de medición que identificaba el consumo de cada usuario.

909. El Tribunal observa que la instalación del 40% de los medidores individuales dentro de los primeros cinco años de la Concesión estaba estipulada en el Anexo F del Contrato, que aún era vinculante incluso luego de la irrupción de la emergencia. De hecho, tal como ha sido explicado anteriormente, las Demandantes ni siquiera habían empezado a instalar los medidores, lo cual se vincula con la política de AGBA de no proceder con las obras de expansión, tal como se definen en el Contrato. Por lo tanto, no tiene ningún sentido que las Demandantes argumenten sobre los costos y una posible distorsión del sistema mediante la instalación de medidores, dado que AGBA se había comprometido contractualmente a hacerlo; además, las consecuencias financieras de las instrucciones impartidas por el ORAB a AGBA son, en buena parte, exageradas y, por lo demás, no encuentran ningún sustento en las pruebas. Por último, si bien las Demandantes señalan correctamente que la meta de expandir los dispositivos de medición en el sistema debía alcanzarse recién en 2004, cuando el primer POES Quinquenal llegó a su fin, deben aceptar que estaban lejos de alcanzar esa meta y que no pueden utilizar la situación de emergencia como argumento para justificar el no haber cumplido con un compromiso que debieron haber convertido en una realidad, junto con la obra de expansión que estaba estrechamente vinculada con la medición, mucho antes de que estallara la crisis. De hecho, AGBA había solicitado la postergación del sistema medido ya en su nota del 19 de marzo de 2001 enviada al ORAB (CU-328), donde argumentaba la existencia de características específicas del área de Concesión y no se refería a dificultades económicas o financieras.

c. Niveles de calidad de nitrato

910. La Demandada señala que en el Artículo 3.6.2 del Contrato, AGBA se comprometió a suministrar una determinada calidad de agua a los usuarios y todo incumplimiento con ese nivel de calidad era calificado como un “peligro potencial para la salud de la población”. La Demandada argumenta que no se cumplieron los parámetros obligatorios. Observa que el Testigo Quijada admitió que AGBA no estaba realizando los estudios exigidos por las normas legales y por el Contrato de Concesión<sup>361</sup>. El Experto Molinari también concluyó que la Concesionaria no cumplió con los planes de muestra mínimos requeridos y que tampoco analizó los parámetros exigidos<sup>362</sup>. El informe elaborado por el Área Técnica el 12 de abril de 2006 (CU-76, RA-210) indicaba valores que superaban el estándar máximo autorizado por el Contrato (50 mg/l) en todos los partidos<sup>363</sup>. La Concesionaria había sido notificada de la situación mediante cartas enviadas por el ORAB.<sup>364</sup> AGBA estaba poniendo la salud de la población en peligro potencial.

911. Las Demandantes señalan que el Auditor Técnico observa que los niveles obligatorios según el Contrato de Concesión fueron alcanzados, y muestra valores que exceden los valores máximos establecidos en el Código Alimentario Nacional. El Testigo Quijada informa que debieron tomarse medidas adicionales en algunas áreas y que se estableció un plan con ese fin<sup>365</sup>. También observa que el Organismo Regulador tenía conocimiento permanente y suficiente de la calidad del agua suministrada y que tenía la posibilidad de intervenir, si así fuera necesario. Reducir el nivel de nitrato requería de una obra de infraestructura importante que estaba afectada por las circunstancias que derivaron en la suspensión del POES. En cualquier caso, AGBA si cumplió con los valores establecidos por el Decreto N.º 6553/74, que era aplicable a los primeros tres años. Posteriormente, el NMR exigía la formación de una Comisión Permanente que se pronunciara sobre el tema, algo que nunca ocurrió. La Concesionaria jamás recibió una notificación de incumplimiento por parte del Organismo. Esto demuestra que tal violación nunca ocurrió.

912. El Tribunal agrega que el Informe Halcrow (CU-209) había evaluado la cuestión y que concluyó lo siguiente: “Consideramos que la Compañía difícilmente podría alcanzar el límite contractual de 50mg/l a partir de 2003, una vez que la exención actual llegue a su fin” (pág. 50). Las muestras tomadas en tres partidos en el año 2000 mostraban cifras promedio por encima del 50%, donde las cifras más altas figuraban en Escobar y San Miguel. También sostiene que muchos de los análisis del agua en crudo de algunos

---

<sup>361</sup> El Tribunal observa que esta afirmación no es confirmada en Quijada II, párr. 122, al que se refiere la Demandada.

<sup>362</sup> Molinari II, párrs. 90-95.

<sup>363</sup> Comentarios en págs. 262-264 y cuadro en pág. 276 (escritos a mano).

<sup>364</sup> Ver carta del ORAB del 30 de junio de 2004 (CU-326).

<sup>365</sup> Quijada II, párrs.130-133.

pozos indicaban una concentración de nitratos por encima de los 100 mg/l (págs. 8, 50)<sup>366</sup>. El Tribunal también observa que lo único que el Ingeniero Ingles confirmaba al Regulador era que la información de la Concesionaria suministrada sobre el nivel de calidad de nitrato era correcta<sup>367</sup>. Durante la audiencia, el Ingeniero implícitamente aceptó que el nivel de nitrato era demasiado alto, pero también dijo que esto “no es algo que afecte la salud pública general” mientras que en algunos casos (como por ejemplo, bebés menores a seis meses), “se debe tener cuidado”<sup>368</sup>. En este sentido, el Sr. Ingles agregó: “eso se podría reflejar en casos de metahemoglobinemia”<sup>369</sup>. La metahemoglobinemia es una enfermedad que cuenta entre sus causas posibles la contaminación de agua con nitrato<sup>370</sup>. Las Demandantes no niegan el hecho de haber incumplido con las cifras exigidas, pero lo explican recurriendo a la necesidad de invertir en obras de infraestructura importantes que fueron puestas en espera por las mismas razones que causaron la suspensión del POES. Esta es la posición reflejada en uno de los “Lineamientos Básicos” contenidos en la propuesta de renegociación de AGBA de junio de 2004, donde se sugirió que las inversiones las realizaría la Provincia a través del Fondo Fiduciario para reducir los niveles de nitrato<sup>371</sup>. No cabe duda de que tanto la administración de AGBA como CABB, en carácter de Operador Técnico, eran plenamente conscientes del hecho de que su incumplimiento, en suministrar financiamiento, adecuado tenía como uno de sus efectos importantes una mayor exposición de la población a enfermedades causadas por concentraciones excesivas de nitrato. Por lo tanto, el Tribunal concluye que esta causal de rescisión ha sido correctamente aplicada por la Provincia.

d. Mantenimiento de tanques de almacenamiento de agua potable

913. Basándose en el Decreto de rescisión, la Posición de la Demandada es que AGBA no cumplió con su obligación de mantener los tanques de almacenamiento de agua potable en buenas condiciones y que, de hecho, la mayoría de ellos se encontraban fuera de servicio. La Demandada hace referencia al Artículo 7.4 donde se establece que todos los bienes asignados al Servicio deben mantener un buen estado de conservación y uso, para cuyo fin, deben realizarse renovaciones oportunamente. Si los tanques estaban fuera de servicio, la inversión necesaria para recuperarlos, tal como disponía el Artículo 7.4, debió haberse realizado. Si era necesario reemplazar algún bien, la Concesionaria debía informarlo a la Autoridad Regulatoria y al Concedente (Art. 7.9.1). AGBA nunca notificó haber removido ningún bien del Servicio, lo que significa que todos los bienes que

---

<sup>366</sup> Para obtener más información sobre los montos excesivos de nitrato, ver Universidad Nacional de General Sarmiento, pág. 73, cuadro 4.1, pág. 100, cuadro 6.1.

<sup>367</sup> Ingles, párr. 48.

<sup>368</sup> Ver, TR-S, Día 4, págs. 1147/18-1150/6.

<sup>369</sup> TR-S, Día 4, pág. 1149/15-16

<sup>370</sup> Es una de las principales enfermedades vinculadas con el agua en la provincia de Buenos Aires; ver Universidad Nacional de General Sarmiento, pág. 22, cuadro 2.3.

<sup>371</sup> Anexo H002 de Seillant I, pág. 35 (sin numerar).

existían al momento de la Toma de Posesión continuaban funcionando. El Artículo 7.10 señalaba además que las deficiencias de un bien no justificarían el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Concesionaria, que debía conocer el estado de los bienes que formaban parte del Servicio.

914. Por otro lado, las Demandantes recuerdan que los informes del Auditor explican que AGBA había instalado bombas de caudal con regulación de velocidad que técnicamente hacían obsoleto el sistema que requería tanques de almacenamiento. De hecho, AGBA descartó esos tanques que eran obsoletos, pero reparó y mantuvo en condiciones adecuadas aquellos que podían utilizarse. En este sentido, AGBA nunca recibió ninguna solicitud o comunicación del OCABA o de su sucesor, el ORAB. La única información que recibió fueron los supuestos resultados de una inspección en el Decreto de rescisión; esto también significa que AGBA nunca tuvo la oportunidad de corregir esa supuesta violación o de presentar argumentos en su defensa.

915. El Tribunal observa que no recibió pruebas suficientes que respalden la existencia de esta causal o que permitan una declaración que la rechace.

e. Metas de calidad de presión de agua

916. La Demandada se basa en las explicaciones brindadas por el Experto Molinari<sup>372</sup>. Según sus observaciones, la Concesionaria medía la presión del agua con un método de emergencia. Las quejas constantes de los usuarios demuestran que la presión de 10 metros de columna de agua exigida en el Contrato no fue alcanzada. El contexto de emergencia no eximía a AGBA de cumplir con estas obligaciones.

917. Las Demandantes afirman que la Concesionaria se comprometió a alcanzar una presión de 10 metros de columna de agua para fines del primer período quinquenal. Dicho período finalizaba en 2004, es decir, casi tres años después de la pesificación. Aun si no se hubieran alcanzado los valores mínimos, no hay ningún incumplimiento atribuible a la Concesionaria en la medida en que sus tarifas habían sido reducidas a dos tercios de su valor. El Auditor informa que para los años 3, 4 y 5, los niveles requeridos para fines del período quinquenal habían sido alcanzados. También señala que el Organismo Regulador no realizó ninguna observación a tales informes de certificación. El Decreto identificó como prueba de tal violación únicamente las quejas de cuatro usuarios. Toda falta de presión suficiente era básicamente algo susceptible de ser corregido, pero AGBA nunca fue sancionada por tal violación relativa a la presión del agua.

918. El Tribunal observa que no recibió pruebas suficientes que respalden la existencia de esta causal o que permitan una declaración que la rechace.

---

<sup>372</sup> Molinari II, párrs. 96-104.



f. La puesta en funcionamiento de las plantas depuradoras

919. El Decreto N.º 1666/06 identifica como otra causal específica de rescisión, independiente del cumplimiento de AGBA con el POES, la supuesta falta de reacondicionamiento y operación de la Planta Bella Vista hasta alcanzar los estándares de calidad aplicables a las plantas depuradoras en virtud del Contrato de Concesión. Esta causal se basa en la Posición de la Provincia de que esta planta había sido transferida a AGBA, por lo menos, desde el momento en que quedó claro que no había ocurrido ninguna transferencia a la UNIREC. Las Demandantes afirman que las acusaciones de la Demandada sobre el supuesto incumplimiento de la Concesionaria con los estándares de calidad de aguas servidas se basan en una interpretación errónea de la responsabilidad de AGBA en relación con las plantas de la UNIREC.

920. Se ha explicado que el ORAB y AGBA adoptaron posturas contrapuestas sobre este tema y que, en función de las pruebas presentadas ante este Tribunal, no se ha establecido ninguna transferencia, ya sea a la UNIREC o a AGBA, al momento de la Toma de Posesión. El Decreto de rescisión no es de ayuda en la identificación de la atribución correcta del dominio. El Decreto hace referencia al Artículo 43-II de la Ley N.º 11.820 y a la Resolución del ORAB N.º 32/03 que no ofrecen pruebas de que haya ocurrido una transferencia de dominio. El Decreto también menciona un inventario atribuido a la comunicación 150/01/GTO de AGBA del 28 de junio de 2001 (que fue la fecha de recepción por parte del ORAB) que no se encuentra adjunta al escrito de presentación presentado por la Demandada (RA-238). Por lo tanto, el Tribunal concluye que el ORAB era el titular de este activo de conformidad con el Artículo 29-I de la Ley N.º 11.820. Dado que este activo no fue transferido a AGBA, no existía ningún motivo para exigir a AGBA que procediera con el reacondicionamiento y la expansión de esta planta ni que satisficiera los estándares de calidad requeridos en el Contrato de Concesión.

921. De hecho, AGBA había tomado algunas medidas técnicas con el objetivo de mejorar las condiciones de la Planta Bella Vista e intentó mejorar el flujo de las redes de recolección para evitar desbordes. Lo hizo con el consentimiento del ORAB. Esta obra era ajena al Contrato de Concesión. No era posible concebir que la obra de reacondicionamiento y expansión, que originalmente se realizaría bajo el liderazgo de la UNIREC, pudiera luego ser repentinamente transferida a AGBA y colocada dentro del paraguas del Contrato de Concesión, simplemente como una consecuencia de que la Provincia no hubiera sido capaz de obtener el financiamiento necesario para la obra según la Circular 30(A). Por lo tanto, la causal de rescisión invocada en el Decreto de la Provincia respecto de la Planta Bella Vista no tiene fundamento en el Contrato de Concesión.

922. Sin embargo, esta causal de rescisión es una de varias otras causales invocadas por la Provincia en el Decreto N.º 1666/06. El hecho de que esta causal específica no encuentre sustento en el Contrato de Concesión no descarta las demás causales de rescisión en la medida en que ellas, o algunas de ellas, siguen siendo válidas en virtud del Contrato para respaldar la declaración de rescisión. Además, el Tribunal observa que, si bien la cuestión no está regida por el Contrato de Concesión, su naturaleza es, no obstante, netamente contractual y no tiene, en todo caso, ningún impacto como una supuesta violación de una obligación de la Demandada en virtud del TBI.

923. El Tribunal no cuenta con ninguna prueba confiable relativa a la planta depuradora situada en Alem, que fue considerada abandonada por las autoridades locales y los vecinos. La explicación que se incluye en el Decreto no permite verificar los argumentos esgrimidos en ese sentido, ni tampoco es posible considerar las posturas contrapuestas de las Partes sobre si dicha planta pertenecía al área de servicio o no, en ausencia de la presentación del contenido del Anexo L del Contrato de Concesión y otras pruebas documentales.

g. La renovación de las garantías de cumplimiento del Contrato de Concesión

924. Otra causal de rescisión se vinculaba con la falta de renovación de las garantías de cumplimiento del Contrato. La Demandada explica que, en virtud del Artículo 11.1.1 del Contrato, la Concesionaria tenía la obligación de mantener la garantía del Contrato y de la operación. Esta garantía debía otorgarse en favor de la Provincia y ser firme, irrevocable, incondicional y susceptible de ejecución total o parcial. La garantía de la operación debía permanecer vigente durante los primeros 12 años de la Concesión (Art. 11.2.1). El Decreto Presidencial N.º 86/03 autorizaba la pesificación del monto asegurado. Las Demandantes reconocen el incumplimiento por parte de AGBA con estas dos obligaciones del Contrato de Concesión, a partir del 4 de mayo de 2004. La Resolución OCABA N.º 45/06 del 6 de septiembre de 2006 (CU-201) decidió que la Concesionaria y su operador técnico no habían cumplido con el Contrato de Concesión en lo que a las garantías se refiere. Esto ya había sido señalado en el Decreto N.º 1666/06.

925. Las Demandantes argumentan que no existía una base seria que permitiera al Concedente exigir que AGBA mantuviera garantías de cumplimiento del Contrato cuando la ecuación económico-financiera del Contrato había sido destruida por la emergencia y la pesificación de las tarifas. La pesificación de las tarifas de AGBA, cuyo valor había sido reducido en dos tercios, hacía imposible cubrir los costos. En estas circunstancias, era imposible obtener una garantía de una entidad financiera o aseguradora. La reducción en el monto cubierto, a raíz de su pesificación, no aportaba una solución real. La Concesión comenzaría a operar a pérdida y, por tanto, obtener garantías de cumplimiento de contrato y de operación era imposible. El Concedente era consciente de la imposibilidad de obtener esas garantías y, por tanto, no las solicitó a la Concesionaria

sino hasta que decidió poner fin a la Concesión. Entre 2004 y 2006, no hay ninguna acción registrada del Concedente en este sentido, lo que significa que su inacción era equiparable al consentimiento. El Organismo Regulador y el Concedente conocían plenamente este hecho y, en consecuencia, no exigieron la renovación de las garantías sino hasta que decidieron terminar la Concesión, en su nota del 22 de marzo de 2006 (CU-200, RA-252).

926. El Tribunal entiende que obtener una garantía de cumplimiento para la Concesión debe haber sido extremadamente difícil, sino imposible, en las condiciones prevalecientes en ese momento, por motivos similares a los que explican la imposibilidad de superar los obstáculos para obtener financiamiento externo. La Demandada no argumenta que habría sido razonablemente posible para AGBA o sus accionistas brindar esa garantía. El Concedente debe haber aceptado de manera implícita esta dificultad al no insistir sobre la obligación contractual de AGBA entre 2004 y 2006. Esta actitud, interpretada por AGBA como de buena fe, podría considerarse una renuncia a este requisito, con el efecto de que la falta de presentación de las garantías contractuales no constituiría una causal admisible para la declaración de rescisión del Contrato por parte de la Provincia. Sin embargo, el Tribunal observa que esta es una controversia puramente contractual. La falta de presentación de las garantías es una de muchas otras importantes causales de rescisión. No contribuyó de manera efectiva a ninguna violación de una obligación en virtud del TBI y, de ser considerada, constituiría simplemente una consecuencia de tal violación con fundamento en otros motivos, como los que presentan las Demandantes con base en la emergencia y la pesificación de las tarifas.

h. Los parámetros de calidad de los efluentes cloacales

927. Una de las causales de rescisión indicadas en el Decreto N.º 1666/06 es el incumplimiento de los parámetros de calidad de los servicios de desagües cloacales. Esta causal se menciona en forma independiente de las numerosas quejas vinculadas al supuesto incumplimiento por parte de AGBA de las metas de expansión, en relación con el servicio de desagües cloacales, que se abordan al referirnos a las metas establecidas en el POES.

928. Se dice que AGBA “ha incumplido los niveles de calidad de los servicios de agua potable y desagües cloacales, según los parámetros fijados por los numerales [3.6 y] 3.12 del Contrato de Concesión, poniendo en riesgo permanente la salud y la vida de la población, sin tomar medidas tendientes a rectificar o subsanar la situación lo antes posible”. El Decreto señala que “corresponde destacar la carencia de acondicionamiento de las plantas depuradoras de líquidos cloacales”. El Artículo 3.12 del Contrato dispone que la Concesionaria debe adaptar el sistema de tratamiento de efluentes cloacales, para satisfacer los estándares de calidad establecidos en el Anexo D, que enumera diversos parámetros de calidad y define la frecuencia para la toma de muestras.

929. Las Demandantes afirman que el informe del Fiscal del Estado Szelagowski, en el que se basa la posición de la Demandada, no es más que una alegación de parte. Sobre esta base, se sostiene que las plantas depuradoras no estaban incluidas en las especificaciones, excedían los parámetros máximos, o eran prácticamente no operativas. Las Demandantes recuerdan que al tomar posesión de la Concesión, AGBA recibió plantas depuradoras que prácticamente no funcionaban. El Auditor Inglese certificó que (i) en 2002, se introdujeron importantes mejoras operativas en las plantas de Merlo y Moreno; (ii) también en 2002, las plantas de Garín, Merlo y Moreno presentaban calidades de salida que cumplían con los requerimientos contractuales; (iii) nuevamente en 2002, las plantas de Escobar y General Rodríguez habían estado en reparación, que estaba cerca de finalizar hacia fines de ese año; (iv) en 2003, dichas plantas habían funcionado satisfactoriamente; y (v) la planta de San Miguel estaba fuera de servicio, pero pertenecía a la UNIREC. El Auditor señaló que su declaración había sido entregada al Organismo Regulador y que éste no planteó objeciones. Para las Demandantes, esto significa que la única planta de tratamiento de aguas servidas que arrojaba resultados poco satisfactorios, por inactividad, era la planta de San Miguel (Bella Vista).

930. El Tribunal observa que el debate sobre los parámetros de calidad respecto de las plantas depuradoras, excluida Bella Vista, se vincula estrechamente con la consecución de las metas de expansión fijadas en el POES. En la medida en que esta cuestión fuera analizada en forma independiente, como causal específica de rescisión planteada por la Demandada, el Tribunal no puede hacer otra cosa más que señalar que no recibió pruebas suficientes que respalden la existencia de esa causal o que permitan una declaración que la rechace. Las quejas recíprocas intercambiadas entre las Partes acerca de los resultados obtenidos en la recolección y el análisis de las muestras de diversas plantas son de naturaleza puramente contractual y no requieren de mayor análisis por parte del Tribunal. En todo caso, la cuestión no es relevante en cuanto a una supuesta violación de una obligación en virtud del TBI y las Demandantes no argumentan lo contrario.

i. La cooperación con el Organismo Regulador y la aplicación del Reglamento del Usuario

931. El Decreto N.º 1666/06 incluye en su enumeración de las causales de rescisión la observación de que AGBA “ha violado de manera reiterada y sistemática el Reglamento del Usuario” y que ha “incumplido su obligación de cooperar con el organismo de control” tal como señala la Resolución N.º 1/02 (C-204). Ello exigía la imposición de una multa de conformidad con el Artículo 13.2.5.2(a) del Contrato de Concesión.

932. Las Demandantes hacen referencia al Auditor de AGBA que dejó en claro que no existió tal incumplimiento y que el Organismo Regulador no planteó ninguna objeción. No existen pruebas de una falta de cooperación con el Organismo. El Auditor Técnico de la Concesionaria seleccionado por el ORAB, demuestra que los supuestos

incumplimientos por parte de AGBA mencionados en el Decreto de rescisión carecen de fundamento. Las Demandantes también señalan que, con respecto a la demanda contenida en la Resolución N.º 1/02, el ORAB demoró cuatro años en emitir una multa, el día antes de la sanción del Decreto de Rescisión, que aplicaba a AGBA la única penalidad que jamás haya recibido (Resolución N.º 36/06, CU-205).

933. El Tribunal observa que no recibió ni siquiera un mínimo de pruebas que respalden la existencia de tal causal o que la nieguen. Si este tema fuera a tomarse en serio, las Partes deberían abordar el Informe Halcrow (CU-209) que señala que los funcionarios del ORAB estaban demostrando una actitud proactiva en el ejercicio del control de cuestiones técnicas y vinculadas a los usuarios y que AGBA estaban respondiendo a las solicitudes del Regulador en forma directa sobre cada punto y siguiendo las solicitudes del ORAB con respecto a la calidad y el contenido de las presentaciones.

5. *Los supuestos incumplimientos de AGBA ¿se subsanan con la falta de aplicación de sanciones?*

934. Las Demandantes afirman que durante el plazo de vigencia de la Concesión que finalizó con el Decreto de Rescisión el 11 de julio de 2006, se dictó únicamente una sanción el día anterior a la rescisión por un monto de sólo USD 10.000. Ello representa una clara contradicción con los supuestos incumplimientos insubsanables a que hace referencia el Decreto de Rescisión. La flexibilidad adoptada por el Concedente durante 5 años es totalmente incompatible con su posición de que los supuestos incumplimientos habrían puesto en serio peligro la salud humana y el medio ambiente.

935. En opinión de las Demandantes, la total ausencia de sanciones durante el plazo de vigencia de la Concesión demuestra que los incumplimientos aducidos como causales de rescisión nunca existieron. La Concesionaria cumplió en forma coherente con todo lo que se esperaba que hiciera, a satisfacción del Organismo Regulador y el Concedente. Si las acciones de AGBA se desviaron del Marco Regulatorio, ello nunca podrá atribuirse a la Concesionaria luego de que la Provincia y el Gobierno Nacional decretaran el estado de emergencia y adoptaran medidas drásticas. Los incumplimientos mencionados en el Decreto de Rescisión no constituyeron incumplimientos. La rescisión se basó en motivos que son ajenos a una violación por parte de AGBA de las obligaciones que asumió en el Contrato.

936. La Demandada afirma que los incumplimientos de AGBA ocurrieron mucho antes de la rescisión y que el Concedente decidió no penalizarla en señal de buena fe. También fue una expresión de la flexibilidad del Operador con el objetivo de facilitar la renegociación. La Demandada también observa que no hay ninguna disposición

contractual que establezca la aplicación de penalidades como requisito previo a la rescisión contractual.

937. El Tribunal observa que el punto en conflicto aquí es si el Concedente, en cada caso en que identificó un incumplimiento con una obligación por parte de AGBA dentro del Marco Regulatorio o del Contrato de Concesión, tenía la obligación de sancionar a la Concesionaria y si, en caso de no actuar en consecuencia, el supuesto incumplimiento ya no constituiría un incumplimiento que pudiera considerarse una causal de rescisión. Las Demandantes responden afirmativamente a este interrogante, señalando que, de buena fe, sería razonable entender que la falta de sanción es equivalente a la inexistencia de incumplimientos.

938. Esta postura parece estar muy alejada de la realidad si se considera la declaración del Testigo Molinari, de que si los incumplimientos relativos a las obras de expansión hubieran sido sancionados, el total de la sanción habría sido de 600 millones. Ese monto se habría acercado al monto total de la inversión en virtud del POES. En términos reales, habría provocado la insolvencia de AGBA, con el efecto de que la Concesión habría sido arrojada al colapso inmediato. Parece muy poco razonable admitir que el Concedente se habría visto obligado a actuar como consecuencia de un deber de sancionar los incumplimientos de AGBA, tal como argumentan las Demandantes. La posición de las Demandantes parece ser incongruente por otro motivo: el Organismo Regulador estaba autorizado por el Artículo 13.2.5.1 del Contrato a exigir que el monto total de las penalidades adeudadas por la Concesionaria fueran descontadas a los usuarios en la factura siguiente. Si AGBA hubiera tenido que obedecer esa instrucción, habría insistido, definitiva y exhaustivamente, sobre la improcedencia de alguna sanción que tuviera el efecto de reducir sus ingresos y, potencialmente, por un monto que habría dejado a la Empresa sin ningún ingreso que le permitiera recuperar sus costos.

939. El Tribunal no ha sido persuadido por la teoría de las Demandantes de que el Concedente tenía la obligación de penalizar los incumplimientos y, además, de que al no aplicar una sanción, el incumplimiento del Contrato se subsanaría y ya no serviría como causal de rescisión.

940. Al leer con atención la disposición legal aplicable, nuestra mirada recae, en primer lugar, en la parte inicial del Artículo 13.2 sobre “Sanciones”, que establece que “en caso de incumplimiento de sus obligaciones el Concesionario será pasible de ser sancionado” y luego las identifica. Es cierto que la serie de disposiciones específicas que definen sanciones particulares están escritas en modo imperativo, usando la palabra “será”. Sin embargo, estas disposiciones están subordinadas a la parte inicial del Artículo 13.2 que simplemente establece que la Concesionaria será “pasible” de ser sancionada, lo que no implica una obligación del Concedente de actuar en consecuencia. Cabe agregar que conforme al Artículo 13.2.5.6(b), las multas pueden reducirse y “esta reducción es

facultativa para el Organismo Regulador, y no regirá cuando el incumplimiento produzca perjuicios serios e irreparables o gran repercusión social” (ver también, en términos similares, el Art. 13-II[n] de la Ley N.º 11.820). Esta disposición también podría servir para explicar la renuncia por parte del Concedente a su derecho de imponer penalidades a la Concesionaria.

941. El Artículo 13-II de la Ley N.º 11.820 establece que el ORBAS tiene las facultades y obligaciones de “[a]plicar al Concesionario, las sanciones establecidas en el Contrato de Concesión por incumplimientos a sus obligaciones” (inc. n). No se establece en esta disposición que ello constituirá un deber con efecto obligatorio sobre el Organismo. Más específicamente, no hay ningún indicio de que la falta de aplicación de una sanción tendría el efecto de subsanar el incumplimiento involucrado de manera tal que ya no pueda servir como causal de rescisión. Otra disposición de la Ley es perfectamente coherente con esta interpretación: el Artículo 26-II define todos los niveles de servicio apropiados, incluida la cobertura del servicio, la calidad del agua potable y de los desagües cloacales, y su cláusula final establece lo siguiente: “El no cumplimiento de los niveles de servicio indicados, facultará al ORBAS, a aplicar las penalidades previstas en el Contrato de Concesión”. Dicha facultad no es equivalente a una obligación forzosa y de ningún modo tiene el sentido de renunciar al derecho de invocar un incumplimiento que no ha sido sancionado con una penalidad.

942. Por otra parte, como acertadamente observa la Demandada, no es cierto que la única multa fue aplicada el día antes de la rescisión. Ese día, la Provincia rechazó mediante la Resolución N.º 36/06 (CU-205) la impugnación presentada por AGBA contra la Resolución N.º 1/02 (CU-204) conforme a la cual AGBA había sido multada el 3 de enero de 2002. También se ordenó la aplicación de otra multa el 23 de octubre de 2003 a través de la Resolución N.º 32/03, relativa a la Planta Bella Vista (CU-68, RA-198, 214).

## 6. *Conclusión*

943. El Tribunal observa que esta revisión de la mayoría de las causales específicas de rescisión, ajenas al POES, finalizó con la conclusión de que no recibió pruebas suficientes que respalden la existencia de tales causales o que permitan una declaración que las rechace. En relación con las quejas de la Provincia respecto del estado de abandono de la planta Bella Vista y la falta de renovación de las garantías de cumplimiento, el Tribunal se inclina a aceptar la posición de las Demandantes de que estas causales de rescisión no encuentran fundamento en el Contrato de Concesión. En cualquier caso, las opiniones del Tribunal a este respecto no tienen impacto alguno, en vista de su conclusión general sobre la admisibilidad de la rescisión declarada por la Provincia y, además, no tienen ningún efecto complementario respecto de la consideración de la violación de una obligación contenida en el TBI, tal como argumentan las Demandantes. Representan, como ya ha sido señalado, controversias de naturaleza puramente contractual.

944. La causal de rescisión más importante se relaciona con el incumplimiento por parte de AGBA de alcanzar las metas de expansión comprometidas en el primer POES Quinquenal, que tiene una explicación doble, basada en la falta de realización de la obra tal como había sido aceptada, por un lado, y la falta de financiamiento necesario que permitiera alcanzar las metas de expansión asumidas, por el otro. Este incumplimiento es más que suficiente para respaldar el fundamento legal del Decreto N.º 1666/06 respecto del Contrato de Concesión. El Tribunal desea agregar que la violación de la obligación de garantizar el cumplimiento de los niveles de Nitrato exigidos es de gravedad, a la luz de la amenaza a la salud de la población, en particular, de niños pequeños y otras personas vulnerables. Cualquier otra consideración sobre las demás causales específicas mencionadas precedentemente es irrelevante.

945. En este sentido, la afirmación de las Demandantes de que el Decreto N.º 1666/06 estuvo basado únicamente en motivos políticos, ajenos a los derechos y al cumplimiento del Contrato de Concesión por parte de AGBA, no puede prosperar. Por lo tanto, la rescisión declarada por la Provincia no implica, en sí misma, una privación de los derechos de las Demandantes que podría calificarse como ilícita y, en consecuencia, no puede considerarse un elemento constitutivo de una violación a una obligación de la Demandada contenida en el TBI. Tampoco es una medida que podría ser parte de acontecimientos sucesivos que, en conjunto, constituirían un acto u omisión que violaría tal obligación.

946. Por otro lado, la conclusión del Tribunal respecto del Decreto N.º 1666/06 no elimina los reclamos de las Demandantes, supuestamente basados en una violación de una obligación contenida en el TBI, en la medida en que no están directamente vinculados con ese Decreto y con la rescisión del Contrato. De hecho, si bien argumentan que la Provincia declaró la rescisión por motivos netamente políticos, las Demandantes afirman que la alteración del Contrato de Concesión ocurrió mucho antes, cuando la crisis culminó en las medidas de emergencia que redujeron los ingresos de AGBA en dos tercios y, luego, cuando la renegociación no fue supuestamente realizada desde la perspectiva de restaurar las expectativas legítimas de AGBA.

947. Los reclamos de las Demandantes que se basan en la protección brindada por el TBI deben analizarse a la luz de sus propios fundamentos. El sustento legal que encuentra el Decreto de Rescisión en el Contrato de Concesión tiene, en este sentido, sólo una importancia secundaria, en la medida en que brinda pruebas del manejo adecuado de la Concesión por parte de la Provincia, en virtud de la legislación local de la República Argentina. A la luz de las pruebas relativas al incumplimiento por parte de AGBA del POES Quinquenal y de la falta de financiamiento de las Demandantes, por sí mismas o a través de terceros, que provocó que las metas del POES fueran imposibles de alcanzar, la rescisión era la única salida para una Concesión, que de todos modos, ya no era viable.



En este sentido, no puede afirmarse que haya existido una violación de la garantía de trato justo y equitativo.

948. Asimismo, los accionistas eran conscientes del fin cercano de la Concesión, en vista de sus propios actos dirigidos hacia ese resultado. Desde la fecha de las Comunicaciones de la controversia enviadas por las Demandantes (diciembre de 2005 y enero de 2006), que fueron presentadas cuando el fracaso de la renegociación ya era definitivo, no cabe ninguna duda de que los accionistas de AGBA consideraban que la vía de reparación monetaria a través del arbitraje internacional era el único resultado posible. Cuando el Subsecretario del Estado observó, en marzo de 2006 que la Provincia estaba a punto de poner fin a la Concesión, ello podría haber sido sorpresivo para AGBA en ese momento, pero no lo fue en la medida en que el resultado perseguido había sido anunciado y coincidía con las intenciones de los accionistas de AGBA.

949. De igual manera, el Decreto de rescisión era esperable para cualquier contratista razonable en las circunstancias prevalecientes en ese momento. Existieron, de hecho, anuncios de funcionarios de la Provincia respecto de los cuales el Decreto de Rescisión fue mera consecuencia. También existió la nota de AGBA, del 14 de junio de 2006, en la que AGBA informaba a la Provincia que ésta no había cumplido con la Concesión, nota que no pudo tener otro sentido más que anunciar una posible rescisión por parte de la Concesionaria. La Provincia logró ese objetivo antes, como la Concesionaria, en la situación en la que se encontraba respecto del primer POES Quinquenal, debió haber esperado. Por lo tanto, carece de argumentos convincentes la afirmación de las Demandantes de que se enfrentaron de manera absolutamente inesperada al uso del dispositivo de rescisión por parte de la Provincia Concedente.

950. En consecuencia, el Tribunal concluye que en relación con los acontecimientos que antecedieron al Decreto N.º 1666/06, y que derivaron de él, no existió ninguna violación del estándar de trato justo y equitativo.

## **X. Expropiación**

### **A. Posición de las Demandantes**

951. Las Demandantes recuerdan que las notas de diciembre de 2005 y enero de 2006, que acompañan la Solicitud de Arbitraje, señalaban que la modificación unilateral del Contrato de Concesión, por parte de la República Argentina y del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires como Concedente, a través de las Leyes de Emergencia califica como expropiación indirecta. Con anterioridad al fin de la Concesión, las Demandantes ya sentían que su inversión había sido expropiada y así lo comunicaron a la Demandada, y deseaban informárselo también a la República Argentina. La grave

alteración del equilibrio económico había generado la pérdida de valor de sus inversiones, tal como demuestran los estados contables de AGBA.

952. La expropiación se consumó plenamente cuando el Decreto N.º 1666 declaró el fin del Contrato de Concesión. A partir del 10 de julio de 2006, cuando se declaró la rescisión, AGBA ya no era titular del Contrato. El Decreto de Rescisión fue prueba de que el proceso no tenía vuelta atrás y de que el valor de la inversión nunca se recuperaría. En ese momento, la expropiación directa era el término adecuado porque el servicio y los bienes de AGBA habían sido transferidos a ABSA. Por lo tanto, existieron actos de expropiación indirecta y directa.

953. La expropiación directa y la indirecta son equivalentes en cuanto a sus efectos, porque ambas privan al inversor del goce de la inversión. Cuando hay expropiación indirecta no solo se conserva formalmente la titularidad del dominio sino que también es posible conservar la posesión de los bienes. Sin embargo, el titular pierde el uso y goce de la inversión, así como los beneficios que derivan de ella. En consecuencia, la expropiación indirecta también debe indemnizarse.

954. Actualmente, el reconocimiento de la expropiación indirecta es indudable y está consagrado en muchos tratados internacionales. El TBI siguió esta tendencia general e incluyó en su Artículo V la “nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares”. Por lo tanto, toda medida adoptada por un Estado Contratante que tenga efectos equivalentes a la expropiación generará una obligación inexcusable de indemnizar de parte del Estado receptor, aun en ausencia de una expropiación formal, tal como explica el Tribunal en el caso *Waste Management*<sup>373</sup>.

955. Ni el Gobierno Nacional ni la Provincia, luego de haber privado de su valor a la inversión realizada por las Demandantes, indemnizaron a los inversores por obstaculizar la renegociación del Contrato de Concesión. Así, la inversión fue expropiada incluso antes del dictado del Decreto N.º 1666/06. De hecho, las tarifas de la Concesionaria habían sido pesificadas, lo que redujo su valor en dos tercios, se eliminó toda posibilidad de restaurar las tarifas originales y el Marco Regulatorio fue sustancialmente modificado. Las medidas de emergencia adoptadas desde principios de 2002, la modificación del Marco Regulatorio y la negativa a renegociar el Contrato ya habían reducido sustancial y drásticamente el valor de AGBA. Esto tuvo un efecto equivalente a una expropiación. La rescisión ordenada el 10 de julio de 2006 eliminó el valor residual, consumando así el proceso de expropiación.

956. Para que exista expropiación indirecta o expropiación de hecho, el grado de interferencia debe ser tal que sus efectos se asemejen a los de una expropiación formal.

---

<sup>373</sup>*Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)/00/3, Laudo del 30 de abril de 2004 (CUL-67, ALRA-86).

Dicho grado es alcanzado cuando las medidas adoptadas por el Estado “neutraliza[n]” el beneficio derivado de la inversión, tal como explica el Tribunal en el caso *CME*<sup>374</sup>.

957. Una medida que constituye expropiación, o que es equivalente a la expropiación, es la conducta de un gobierno receptor que, a largo plazo, priva a la empresa de su capacidad de operar obteniendo una ganancia. Las medidas adoptadas habían privado a AGBA de su capacidad de generar beneficios e incluso de la posibilidad de cubrir apropiadamente los costos de suministrar su servicio. Se volvió imposible obtener la tasa de retorno legalmente establecida en el Marco Regulatorio. Obtener beneficios había sido uno de los elementos que garantizaba el Marco Regulatorio. La Ley N.º 11.820 establecía que uno de los objetivos era garantizar el suministro de servicios de calidad a tarifas razonables y que, en este sentido, los precios y tarifas reflejarían los costos económicos “incluyendo el margen de beneficio del Concesionario” (Art. 4 y 28-II). La adopción de medidas que no solo hacen imposible obtener ningún margen de ganancia sino que además eliminan toda posibilidad de cubrir los costos e inversiones solo puede definirse como expropiación.

958. El valor actual de la inversión de las Demandantes es negativo, tal como demuestra el Informe Económico-Valuatorio. En todo caso, aun una privación sustancial del valor de la inversión sería suficiente para constituir expropiación. El Tribunal en el caso *Metalclad* señaló que una reducción significativa del valor es suficiente<sup>375</sup>.

959. Si bien el TBI entre España y Argentina nada dice sobre este punto, otros TBI celebrados por la República Argentina han hecho eco de estos principios, señalando que un grado alto de interferencia es suficiente. Esto puede observarse en la adenda al Artículo 4 del TBI con Alemania, que hace referencia a un “severo perjuicio” causado a una inversión. Lo anterior confirma que la República Argentina está obligada a otorgar una indemnización también por aquellos actos u omisiones que causen un severo perjuicio al inversor. Las medidas adoptadas en relación con AGBA, hasta el fin de la Concesión, han privado a las Demandantes del total de su inversión.

960. Las Demandantes agregan que su inversión consiste en la titularidad de las acciones de AGBA y, en consecuencia, de los derechos que surgen de la Concesión. Tanto los bienes tangibles como intangibles pueden ser expropiados, incluidos los derechos sobre acciones y derechos contractuales. Esto comprende la cancelación de los derechos e intereses de los inversores (Laudo *SPP*)<sup>376</sup>. El caso *Revere Copper* ofrece una buena comparación en este sentido, porque analizó la destrucción de derechos contractuales<sup>377</sup>.

---

<sup>374</sup> *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001 (CUL-56).

<sup>375</sup> *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)/97/1, Laudo del 30 de agosto de 2003 (CUL-57).

<sup>376</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI ARB/84/3, Laudo del 20 de mayo de 1992 (CUL-71).

<sup>377</sup> *Revere Copper and Brass Inc. c. Overseas Private Investment Corporation*, Laudo del 24 de agosto de

Si el Tribunal en este último caso concluyó que había existido expropiación, no hay otra conclusión posible en el caso de AGBA y URBASER.

961. Las medidas adoptadas por el Gobierno Federal y la Provincia han hecho imposible que las inversiones tengan sus efectos razonablemente esperados. Dichas medidas privaron al inversor del objeto de su inversión. Tal como fue confirmado por el Tribunal en el caso *Eureko*, los derechos contractuales pueden estar sujetos a expropiación; constituyen “activos”<sup>378</sup>. El Tribunal en el caso *Siemens* también determinó que puede considerarse que un contrato es una inversión y estar sujeto a expropiación<sup>379</sup>. La Ley de Emergencia y la modificación del Marco Regulatorio estuvieron fuera del control de la parte contratante y su imposición fue un acto de poder. El Decreto N.º 1666/06 implicó un acto de rescisión que estuvo solo formalmente basado en mecanismos contractuales, pero que en realidad constituyó un verdadero acto de gobierno, dirigido a poner fin a la Concesión (como también concluyó el Tribunal en el caso *Vivendi*)<sup>380</sup>. Con la rescisión del Contrato, los derechos contractuales de las Demandantes fueron expropiados.

962. Puede haber expropiación incluso en el caso de una privación temporal. Así fue establecido en el Laudo del caso *Sedco*<sup>381</sup> y del caso *Myers*<sup>382</sup>. Cuando las Demandantes presentaron el primer reclamo de expropiación contra la Demandada (diciembre de 2005 y enero de 2006), la Concesión aún no había sido rescindida. En ese momento, ya había ocurrido una expropiación porque lo que comenzó como una disposición temporal se volvió permanente. Así, las medidas resultaron ser expropiatorias. El 10 de julio de 2006, todos los bienes de la Concesión fueron transferidos a ABSA. La rescisión anticipada fue una expropiación permanente. Se volvió permanente con el transcurso del tiempo, cuando el proceso de renegociación no arrojó ningún resultado y culminó en la rescisión del Contrato. La rescisión anticipada constituyó una expropiación directa.

963. La naturaleza expropiatoria de determinadas medidas regulatorias ha sido ampliamente reconocida. Tal como explica el Laudo del caso CME, son críticas cuando deben caracterizarse como acciones diseñadas para obligar al inversor extranjero a comprometerse contractualmente a la eliminación de derechos básicos para la protección de su inversión y como acciones que respaldan la destrucción, por parte del socio contractual del inversor extranjero, del fundamento legal del negocio de dicho inversor.

---

1978 (CUL-72).

<sup>378</sup> *Eureko B.V. c. República de Polonia*, Laudo Parcial del 19 de agosto de 2005 (CUL-73).

<sup>379</sup> *Siemens AG c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007 (CUL-61).

<sup>380</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/97/3, Laudo del 20 de agosto de 2007 (CUL-6).

<sup>381</sup> *Sedco c. National Iranian Oil Company y la República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU., Laudo del 28 de octubre de 1985 (CUL-83).

<sup>382</sup> *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000 (CUL-46, ALRA-160).

Las medidas regulatorias constituyen uno de los principales y más frecuentemente caminos utilizados que conducen a la expropiación, tal como fue señalado en el Laudo del caso *Pope & Talbot*<sup>383</sup>. Tales medidas incluyen acciones que, si bien regulan precios o tarifas, socavan la inversión. El hecho de que medidas, como la mayoría de las que se impugnan en el presente caso, estén fundamentadas en normas legales no las coloca fuera del alcance de una expropiación. La interrogante en el caso que nos ocupa no es si tales medidas podían sancionarse conforme a la legislación local. El objetivo es reparar el daño provocado a los inversores extranjeros como resultado directo de tales medidas.

964. La intención, tal como lo expresaron el Gobierno Nacional y la Provincia, en la que se basaron las normas de emergencia fue: (a) reorganizar el sistema financiero, bancario y del mercado cambiario; (b) estimular la economía, aumentar la tasa de empleo y mejorar la distribución del ingreso; (c) crear condiciones para el crecimiento económico sostenible, junto con la reestructuración de la deuda pública y (d) regular la reestructuración de las obligaciones existentes, afectadas por el nuevo régimen cambiario.

965. Las Demandantes no están solicitando una evaluación de los objetivos establecidos detrás de las medidas adoptadas. La intención de un Estado, al adoptar medidas expropiatorias, es irrelevante para la determinación de la existencia de expropiación y la conclusión de que el Estado contrae una obligación de indemnizar en ese caso. La expropiación debe ser “de interés público”, pero aun si es así, debe otorgarse una indemnización. La existencia de una causa justa no libera al Estado de su obligación de indemnizar (Laudo *Santa Elena*)<sup>384</sup>. Por otro lado, si no existe causa justa, la expropiación es ilícita y contraria al TBI, tanto así que no puede realizarse aun con el pago de una indemnización.

966. Esto explica por qué la determinación de una cierta intención en ocasiones no ha sido considerada requisito previo para considerar que una medida es expropiatoria, como en el Laudo de *Norwegian Shipowners*<sup>385</sup>. Que el Estado expropiador obtenga una ganancia tampoco es un requisito esencial, como han señalado los tribunales en el Laudo *Metalclad* y el Laudo *Myers*. Esto también refleja la idea de que la intención del Gobierno es menos importante que los efectos que la medida tiene sobre el titular de los derechos afectados (Laudo *Tippets*)<sup>386</sup>. El Tribunal en el caso *Siemens* confirmó que la intención es irrelevante a la hora de calificar ciertas medidas adoptadas por el Gobierno argentino como expropiatorias. El Tribunal recordó que para que una expropiación sea acorde a los Acuerdos para la promoción de inversiones, debe ser de interés público, con el efecto de

---

<sup>383</sup> *Pope & Talbot Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo Provisional del 26 de junio de 2000 (CUL-75, ALRA-129).

<sup>384</sup> *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI ARB/96/1, Laudo Definitivo del 17 de febrero de 2000 (CUL-77).

<sup>385</sup> *Norway c. Estados Unidos*, Laudo del 13 de octubre de 1922 (CUL-78).

<sup>386</sup> *Tippets y otros c. Affa Consulting Engineers of Iran y otros*, Tribunal de Reclamaciones de Irán-EE.UU., Laudo del 29 de junio de 1984 (CUL-81).

que si el objetivo de satisfacer un interés general no está presente, la expropiación se vuelve ilícita bajo el derecho internacional.

967. Cuando adoptó medidas que derivaban del estado de emergencia, el Gobierno de la Provincia optó por colocar todo el sacrificio en cabeza de la Concesionaria. Si los usuarios hubieran estado en una situación real de necesidad y hubieran sido incapaces de enfrentar las tarifas vigentes, el Estado debió haber ayudado a los más vulnerables a través de un servicio subsidiado, tal como lo hizo con la empresa estatal ABSA. Sin embargo, con respecto a AGBA, entre enero de 2002 y julio de 2006, no se tomó ninguna medida en ese sentido.

968. La intención detrás de las medidas expropiatorias se vuelve mucho más evidente cuando se observa la rescisión del Contrato de Concesión. El objetivo real era completamente diferente y evidentemente incongruente con los objetivos legales especificados para justificar la rescisión. La intención era directamente expropiadora. El Concedente se valió de la rescisión establecida en el Contrato para evitar el pago de la indemnización correspondiente en caso de expropiación.

969. La proporcionalidad es una condición que vuelve lícita a la expropiación, aunque no excluye la indemnización por el daño provocado. La proporcionalidad también fue considerada por el Tribunal del caso *Tecmed*, que señaló: “There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge or weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by any expropriatory measure. To value such charge or weight, it is very important to measure the size of the ownership deprivation caused by the actions of the state and whether such deprivation was compensated or not.”<sup>387</sup>.

970. En el caso que nos ocupa, las medidas adoptadas no fueron proporcionales a los objetivos buscados y expresamente declarados en las disposiciones referidas. Al momento de la sanción de la Ley de Emergencia, la Provincia tenía la obligación de renegociar los contratos de concesión. Sin embargo, cuando dicho proceso aún no había arrojado ningún resultado, se modificó nuevamente el Marco Regulatorio a través del Decreto N.º 878/03, que establecía nuevamente una negociación y ajuste de los contratos. Todos los esfuerzos fueron en vano.

971. La demora que estaba sufriendo la renegociación demuestra que las pérdidas de AGBA y las Demandantes fueron desproporcionadas. Existían otras medidas disponibles, incluso conforme al Contrato, para enfrentar las circunstancias. Tales medidas habrían permitido que las tarifas se adaptaran naturalmente a las necesidades de la economía.

---

<sup>387</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003 (CUL-58).

Ante una crisis, debía realizarse una revisión extraordinaria, tal como disponía el Contrato.

972. El Concedente buscó justificar la rescisión con supuestos e inexistentes incumplimientos de parte de la Concesionaria. No obstante, en el caso de AGBA, la falta de proporción de la medida es incuestionable. La rescisión constituyó un abuso de poder. De conformidad con el Artículo V del TBI, un requisito expreso es que las medidas de expropiación no sean discriminatorias. Así lo disponen también las Directrices del Banco Mundial (CUL-36). Varios TBI celebrados por la República Argentina repudian expresamente la expropiación discriminatoria. Las medidas que perjudicaron a AGBA y a las Demandantes fueron discriminatorias, en particular, si se las compara con el trato conferido a ABSA. La discriminación también es evidente si se realiza una comparación con la compensación suministrada a otros sectores afectados por las leyes de emergencia.

973. La Demandada nada dice respecto de la Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad del caso *Saur*, pero sí lo hacen las Demandantes. La posición en el caso *Saur* fue que los actos y omisiones del Estado receptor violaron el estándar de trato justo y equitativo y de protección plena, además de haber constituido expropiación. Saur argumentó haber sido víctima de una sucesión de medidas que constituían expropiación indirecta. La República Argentina sostuvo que haber puesto la concesión bajo administración estatal y haber finalizado el contrato de concesión, no constituían una expropiación de la inversión de Saur sino que representaban la adopción de medidas legítimas en ejercicio de los poderes regulatorios del Estado, que escapan a la competencia del Tribunal Arbitral. La Demandada sostuvo que ningún tribunal arbitral había considerado jamás que las medidas de emergencia adoptadas por la República Argentina eran de naturaleza expropiatoria. No obstante, la Decisión del caso *Saur* determinó que la República Argentina había adoptado una serie de medidas de expropiación y nacionalización. La decisión que determinó la existencia de expropiación no concernía a las medidas de emergencia en sí mismas sino al hecho de haber transferido la concesión a la administración estatal y de haber rescindido la concesión. Sin embargo, el fundamento de esta decisión era que Saur había firmado un Acta Acuerdo con la Provincia de Mendoza, que contenía un pacto sobre todos los actos realizados con anterioridad a la celebración del Acta.

974. La Decisión en el caso *Saur* contiene otros elementos interesantes que ameritan ser citados. El TBI hace hincapié en el concepto de la desposesión, que implica que el inversor pierde el uso y goce de su inversión. Con posterioridad a la expropiación, la Concesión fue transferida a una empresa estatal que tomó posesión de los bienes y derechos que habían sido expropiados al inversor. Las medidas expropiatorias adoptadas por la Provincia no pueden considerarse actos privados basados en derechos y obligaciones que surgen del Contrato de Concesión. Es un hecho indiscutible que un Estado soberano puede, por motivos de interés público y en defensa de lo que considera

ser el interés general, ordenar en cualquier momento la nacionalización de un servicio público esencial como lo es el servicio de agua potable y desagües cloacales. Sin embargo, si lo ha hecho, el Estado no puede escapar de ninguna manera de su obligación internacional de pagar una indemnización por el valor real de los bienes de los que el inversor ha sido privado. El Tribunal acepta que un inversor no puede pretender una indemnización por parte del Estado por sus propias decisiones, un mal desempeño o la falta de planificación comercial. La Decisión del caso *Saur* demuestra las similitudes entre los hechos de ese caso y los hechos que han motivado a CABB y URBASER al comparecer ante este Tribunal Arbitral. Los actos y omisiones relevantes en el caso que nos ocupa son similares a aquellos del caso *Saur*. Esta comparación puede ser de utilidad para el Tribunal.

#### B. Posición de la Demandada

975. La Demandada observa que resulta difícil comprender la forma en que las Demandantes desarrollan su reclamo fundado en el Artículo V del TBI. Por un lado, las Demandantes señalan que “ya sentían expropiada su inversión”<sup>388</sup> y que tal expropiación fue el resultado de una serie de medidas que derivaron en una supuesta “expropiación de hecho”<sup>389</sup>. Por otro lado, las Demandantes no solo hacen referencia a esa expropiación indirecta, sino que además afirman que “ya se puede hablar de una expropiación directa”<sup>390</sup>. No es posible argumentar que las medidas impugnadas constituyen tanto una expropiación directa como una indirecta.

976. El Artículo V del TBI no contiene una definición de expropiación. En todo caso, las medidas adoptadas por la República Argentina no constituyeron ni fueron equivalentes a una expropiación. La República Argentina adoptó las medidas impugnadas en el ejercicio legítimo de su poder de policía y de los derechos que le concedía el propio Contrato de Concesión y el marco regulatorio. Fueron los graves incumplimientos de AGBA de sus obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión los que obligaron a la Provincia a rescindir el Contrato. Las medidas aplicadas cumplieron con los requisitos acordados, no fueron discriminatorias y su implementación fue coherente.

977. Las Demandantes argumentan que desde la primera nota enviada con anterioridad al inicio del presente arbitraje, ya habían informado a la República Argentina que su inversión había sido expropiada. Las Demandantes citan el caso *Revere Copper* para ilustrar una situación en la que el gobierno modifica sustancialmente los términos y condiciones de la concesión. Ni ese caso, que involucraba un típico acuerdo de inversión, ni ningún otro caso citado por las Demandantes tiene una relación fáctica significativa

---

<sup>388</sup> Memorial de Demanda, párr. 682.

<sup>389</sup> *Ibid.*, párr. 688.

<sup>390</sup> *Ibid.*, párr. 685.



con los hechos del presente arbitraje o la legislación que lo rige. Además, el caso *Revere Copper* abordaba el alcance de una típica cláusula de estabilización, que no existe en el caso que nos ocupa. Ni la descripción de los hechos ni los argumentos planteados por las Demandantes son correctos.

978. En general, los TBI no contienen una definición de expropiación. Diversos tribunales arbitrales han señalado que expropiación significa una privación forzosa por parte del Gobierno de bienes tangibles e intangibles que son propiedad de particulares, mediante un acto administrativo o legislativo que tiene ese fin.

979. El Artículo 14.1.3 del Contrato de Concesión establece las causales de rescisión correspondientes a este caso. Ese derecho también deriva de la naturaleza administrativa del contrato. El Decreto Provincial N° 1666/06 hace referencia a ese poder público del Concedente de resolver unilateralmente el contrato. El Decreto estuvo fundamentado exclusivamente en los incumplimientos graves, reiterados e irreparables de AGBA. El Decreto refiere a la falta de finalización de las obras, a las demoras reiteradas e injustificadas para alcanzar las metas establecidas en el POES, al incumplimiento con los niveles de calidad del servicio, a las reiteradas violaciones del Reglamento del Usuario, la falta de suministro de información precisa al Organismo Regulador y a la falta de otorgamiento, renovación o reemplazo de garantías de cumplimiento en relación con el Contrato de Concesión. El Decreto concluye que “no existe prácticamente inversión alguna en infraestructura de servicios”. Prácticamente no existía ninguna garantía a la que la Provincia pudiera recurrir a fin de hacer exigible el Contrato de Concesión de conformidad con sus disposiciones. Al decidir rescindir el Contrato, el Concedente no violó el marco legal ni las disposiciones del Contrato de Concesión. Fue una decisión coherente y el resultado del ejercicio de un derecho consagrado en el propio Contrato. Por lo tanto, el reclamo de expropiación directa debería ser rechazado.

980. Las medidas adoptadas con anterioridad a la rescisión no constituyeron expropiación indirecta. Las Demandantes argumentan que las medidas de emergencia privaron de valor a su inversión en Argentina, provocando así su expropiación, que no fue compensada luego de haber obstaculizado la renegociación del Contrato de Concesión. Para que exista expropiación indirecta, deben cumplirse diversos requisitos: (i) debe haber una interferencia sustancial en los derechos del inversor, (ii) los efectos de esa interferencia deben ser equivalentes a la expropiación directa de los derechos supuestamente afectados, (iii) las medidas gubernamentales deben ir más allá del poder de policía del Estado y tener el efecto de transferir la inversión al Estado, a un organismo designado por el Estado, o a un tercero.

981. Para que dicho reclamo prospere, es necesario que el inversor sufra una desposesión o privación tal que la medida respectiva pueda considerarse equivalente a una expropiación. La sola reducción del valor de la inversión no es suficiente. El Artículo

V hace referencia a “otra medida de características o efectos similares”. La desposesión o privación debe ser de carácter sustancial. El Tribunal en el caso *CMS* observó que deben cumplirse los siguientes requisitos: el inversor no debe tener control sobre la inversión; el Gobierno debe administrar las operaciones cotidianas de la empresa; y el inversor no debe tener la titularidad y el control pleno de la inversión. Los tribunales arbitrales han utilizado el término “afectación sustancial”<sup>391</sup>. Un Estado no es responsable del perjuicio económico que sea consecuencia de una regulación de buena fe. El ejercicio por parte de un Estado de su poder soberano puede causar perjuicio económico sin generar un derecho a recibir una indemnización.

982. En el caso que nos ocupa, las principales interrogantes que cabe realizar son si las Autoridades argentinas interfirieron de manera arbitraria con la titularidad y el control de la inversión de las Demandantes, si el Gobierno argentino administraba las operaciones cotidianas de AGBA, si Argentina interfirió con las actividades de AGBA y/o las Demandantes y si privó a las Demandantes, total o parcialmente, de su titularidad sobre las acciones de AGBA. Estas condiciones no estuvieron presentes en el caso de *Azurix*<sup>392</sup>. Un cierto grado de afectación no constituye expropiación si la titularidad y el control de la inversión se conservan. Las medidas adoptadas por Argentina fueron generales y no fueron discriminatorias ni arbitrarias. Las medidas de emergencia fueron necesarias para proteger intereses públicos fundamentales.

983. Sería erróneo equiparar el TBI con una garantía absoluta frente al riesgo empresarial. Además, la Concesionaria había violado sus obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión antes de la adopción de las medidas de emergencia aplicadas por la República Argentina. El Tribunal en el caso *LG&E* señaló que “[d]ebe destacarse que la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aun cuando sus ganancias disminuyan. Entonces el impacto debe ser sustancial para que sea exigible dicha compensación”<sup>393</sup>. En el caso *Metalpar*, se determinó que la empresa continuaba llevando a cabo sus actividades comerciales y que mejoró su producción<sup>394</sup>. El Tribunal en el caso *Generation Ukraine* señaló que, si bien habían muchos ejemplos de expropiación indirecta, era más difícil hallar casos que explicaran la aplicación de la noción de expropiación “de hecho”<sup>395</sup>. El Tribunal en el caso *Waste Management* observó que el mero incumplimiento de una obligación contractual no necesariamente constituye

---

<sup>391</sup> *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005 (ALRA-130).

<sup>392</sup> *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/12 (ALRA-132, CUL-13).

<sup>393</sup> *LG&E Energy Corp. y otros c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad del 3 de octubre de 2006 (ALRA-133).

<sup>394</sup> *Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/03/5, Laudo sobre el Fondo del 6 de junio de 2008 (ALRA-134).

<sup>395</sup> *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI ARB/00/9, Laudo del 16 de septiembre de 2003 (ALRA-135).

expropiación. “La pérdida de beneficios o expectativas no constituye criterio suficiente para establecer que hay una expropiación, aun cuando sea un criterio necesario”.

984. Este no es un caso en el que se haya cancelado o frustrado la totalidad de la operación, ni existe una cadena clara de medidas que, en última instancia, constituyan una interferencia sustancial de la inversión o una privación total de ella. Los actos u omisiones invocados por las Demandantes no representan una privación sustancial de los derechos de propiedad. Las medidas adoptadas por la República Argentina fueron implementadas en respuesta a la crisis que golpeó al país, que exigía una adaptación de los términos y condiciones contractuales. El reclamo de las Demandantes es insuficiente para convertir un supuesto incumplimiento contractual en una violación de derecho internacional equiparable a una expropiación.

985. Las Demandantes parecen sugerir que toda medida adoptada por la República Argentina que haya reducido de algún modo la rentabilidad de su negocio debe considerarse equivalente a una expropiación. Sin embargo, el Tratado no fue diseñado para tener un alcance tan amplio, ni tampoco lo tiene. El Tribunal en el caso *Azinian* observó que el TLCAN no tenía como objetivo ofrecer a los inversores extranjeros una protección total frente a cualquier desilusión que pudieran enfrentar en sus negocios con las autoridades públicas<sup>396</sup>. La reducción de la rentabilidad de un negocio no constituye una “pérdida” del valor semejante como para que sea posible considerarla equivalente a una privación de la propiedad.

986. La definición de la doctrina de los poderes de policía que se cita con mayor frecuencia está establecida en el Artículo 10(5) del Proyecto de Convenio de Harvard sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños a Extranjeros (1961). El Tribunal en el caso *Saluka* cita esta disposición y concluye que las medidas tendientes al bienestar del Estado son una acción regulatoria lícita y admisible del Estado receptor, con el efecto de que no hay ninguna obligación de indemnizar al inversor en virtud del TBI<sup>397</sup>. El Tribunal explica que el principio de que las regulaciones generales de ese tipo son comúnmente aceptadas como parte del poder de policía del Estado y que no constituyen expropiación, forma parte del derecho internacional consuetudinario. No obstante, es necesario hacer una distinción entre esas regulaciones y las medidas que tienen el efecto de privar a los inversores extranjeros de su inversión y que, en consecuencia, son ilícitas y dan lugar a una indemnización.

987. El Tribunal en el caso *Saluka* respalda con firmeza los argumentos planteados por la República Argentina en cuanto a que: (1) el estándar de prueba aplicable cuando se

---

<sup>396</sup> *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)/97/2, Laudo del 1 de noviembre de 1999 (ALRA-87).

<sup>397</sup> *Saluka Investments BV c. República Checa*, Laudo Parcial del 17 de marzo de 2006 (ALRA-137, CUL-59).

presentan reclamos de expropiación es alto; (2) los Estados tienen un “margen de discrecionalidad” al cumplir con sus obligaciones de bienestar general; (3) las razones ofrecidas por las autoridades estatales para justificar sus decisiones regulatorias solo pueden impugnarse con base en pruebas claras y convincentes del error o del acto ilícito; (4) la privación de bienes puede ser una decisión regulatoria lícita, en casos de apropiación por razones de interés público legítimas, aun cuando tal medida afecte únicamente a un negocio; y (5) la sola determinación de la existencia de “privación” no crea en sí misma una obligación de indemnizar. Cuando la privación es el resultado de medidas regulatorias legítimas, no debe pagarse compensación alguna.

988. La República Argentina sostiene que la administración de su política monetaria está íntimamente relacionada con las medidas adoptadas para enfrentar la gravedad de la crisis. No fueron de carácter expropiatorio y no provocaron un efecto equivalente a la expropiación, porque la República Argentina simplemente ejerció su poder de policía. El hecho de que ningún tribunal arbitral haya determinado jamás que esas medidas fueran expropiatorias es particularmente relevante. Resulta claro que la razonabilidad y la proporcionalidad de la respuesta del Estado a una situación de colapso son un factor fundamental para determinar si el Estado cruzó esa línea divisoria entre un acto regulatorio que es admisible – y, que por lo tanto, que no da lugar a una indemnización – y una expropiación.

989. En el caso *Lauder*, el Tribunal señaló que debía “look at the real interests involved and the purpose and effect of the government measure.”<sup>398</sup>. En *LG&E*, el Tribunal hizo hincapié en el hecho de que debe existir un equilibrio en el análisis tanto de las causas como de los efectos de la medida, a fin de calificar una medida como de naturaleza expropiatoria. Dicho Tribunal también determinó que el Estado tiene derecho de adoptar medidas que tengan un fin de bienestar social o general sin adjudicársele responsabilidad, “salvo que se trate de una actuación del Estado manifiestamente desproporcionada con respecto a la necesidad que se trata de abordar”.

990. La existencia y efecto de la doctrina de los poderes de policía ha sido confirmada en el caso *Fireman’s Fund*<sup>399</sup>. El Tribunal hizo una distinción entre una expropiación indemnizable y una regulación no indemnizable por parte del Estado receptor. Los factores a tener en cuenta son: si la medida se encuentra dentro del marco del poder de policía reconocido del Estado receptor; la finalidad y el efecto de la medida; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado, así como la buena fe de la medida.

---

<sup>398</sup> *Ronald S. Lauder c. República Checa*, Laudo Definitivo del 3 de septiembre de 2001 (ALRA-139).

<sup>399</sup> *Fireman’s Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)/02/1, Laudo del 17 de julio de 2006 (ALRA-138).

991. En el caso *Continental*, el tribunal estableció estas reglas en forma más acabada al señalar que “existen limitaciones al uso de la propiedad por razones de interés público, comprendidas en típicos reglamentos gubernamentales de la propiedad, que entrañan limitaciones en su mayor parte inevitables, impuestas para garantizar los derechos de terceros o del público en general. Esas restricciones, por ende, no se consideran una forma de expropiación ni generan derecho a indemnización, a condición, sin embargo, de que no afecten a la propiedad en forma intolerable, discriminatoria o desproporcionada”<sup>400</sup>. En vista de lo anterior, el argumento de las Demandantes de que las medidas adoptadas por el Gobierno argentino son ilícitas carece de un fundamento válido.

992. Al abordar el reclamo de expropiación planteado por las Demandantes, el Tribunal debe determinar, en primer lugar, si el acto en cuestión fue verdaderamente llevado a cabo o si las medidas aplicadas por Argentina constituyeron una regulación legítima, de buena fe y no discriminatoria. En ese caso, no existiría ninguna violación del TBI ni un deber de indemnizar, aun cuando hubiere una reducción en el valor de las inversiones. No sería correcto concluir que hubo una expropiación indirecta dado que las Demandantes conservaron, en todo momento, la titularidad, la administración y el control de su inversión en AGBA. La operación del servicio por parte de AGBA no se volvió inviable. En ningún momento las medidas impugnadas por las Demandantes hicieron que el cumplimiento del Contrato fuera prácticamente imposible. Argentina no adoptó ninguna medida que implicara una interferencia con la administración de AGBA y no adoptó ninguna medida que privara a las Demandantes del control sobre su inversión. Las Demandantes nunca sufrieron una privación sustancial de la titularidad o del control sobre su inversión. Las medidas controvertidas fueron adoptadas y aplicadas por la República Argentina en un ejercicio legítimo de su poder regulatorio. El reclamo de expropiación indirecta planteado por las Demandantes debe ser rechazado.

993. El último reclamo presentado por las Demandantes en relación con la expropiación se fundamenta en la supuesta privación de sus derechos contractuales, a raíz de la pesificación de las tarifas de AGBA a un nivel artificialmente bajo; la falta de aplicación de los mecanismos de revisión de tarifas establecidos en el Contrato de Concesión; la derogación del derecho de AGBA de cobrar cargos de construcción; y la derogación definitiva del derecho de AGBA de administrar la Empresa, mediante la imposición del Nuevo Marco Regulatorio. El objetivo de las medidas que Argentina se vio obligada a adoptar fue proteger los “objetivos legítimos de orden público” ante la crisis desatada en 2001. Las medidas adoptadas estuvieron dirigidas a restaurar el orden público. Fueron de carácter general, adoptadas de manera coherente y conforme a las disposiciones legales correspondientes, y de carácter no discriminatorio. Estas medidas de emergencia forman parte del poder de policía del que gozan todos los Estados. Su único objetivo era hacer frente a la crisis más grave en la historia de Argentina. La crisis

---

<sup>400</sup> *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/03/9, Laudo del 5 de septiembre de 2008 (ALRA-140).

hizo que fuera necesario adaptar el Marco Regulatorio a las nuevas necesidades identificadas. Estuvieron orientadas a preservar la integridad y legitimidad del Estado argentino. Fueron actos regulatorios cuyo objetivo era preservar un servicio fundamental, como lo es el servicio de agua potable y desagües cloacales. No afectaron la inversión total o una parte sustancial de la inversión de las Demandantes al punto de poder ser equiparables a la desposesión (expropiación). No fueron discriminatorias y no fueron adoptadas o aplicadas de mala fe o sin considerar los derechos de las Demandantes. Las medidas no reflejaron un intento o efecto de expropiación, simplemente porque no implicaban la expropiación de la inversión de las Demandantes. Por lo tanto, el reclamo de expropiación presentado por las Demandantes debe ser rechazado.

994. Las Demandantes transcriben parcialmente la decisión sobre responsabilidad del caso *Saur*, caso en el cual los hechos son diferentes, cuando en realidad podrían haber hecho referencia al Laudo de *Impregilo*. Las Demandantes invocan la similitud de los hechos concurrentes y reconocen que la determinación de expropiación no estaba relacionada con las medidas de emergencia en sí mismas. Ningún tribunal arbitral ha concluido que tales medidas fueran de naturaleza expropiatoria. Los hechos de ese caso difieren claramente del arbitraje que nos ocupa.

995. El Tribunal en el caso *Saur* señaló que la República Argentina había adoptado una serie de medidas expropiatorias. En opinión del Tribunal del caso *Saur*, hubo dos factores decisivos en la determinación de la existencia de expropiación: (a) El Tribunal consideró que existió un conjunto de “medidas concatenadas” cuyo efecto fue privar al inversor extranjero de la posesión de su inversión protegida. (b) El Tribunal calificó a estas medidas como expropiatorias por haber sido “ejecutadas en ejercicio de poderes soberanos”. Estos dos factores no existen en el presente arbitraje. No existe un conjunto de medidas concatenadas que haya derivado en la desposesión de las Demandantes. Esto fue indicado por el Tribunal en el caso *Impregilo*. La Concesión de AGBA en el presente caso no fue sometida a una suerte de control gubernamental. La rescisión del Contrato de Concesión de AGBA se realizó sobre la base de las disposiciones contenidas en el propio Contrato. Tal como explicó el Tribunal en el caso *Impregilo*, el Contrato de Concesión estipulaba la rescisión en diversas circunstancias bien definidas y si el Contrato era rescindido de conformidad con tales estipulaciones, no constituía un acto de expropiación.

996. Existe otro hecho que indica que ambos casos son diferentes. En el caso *Saur*, no se consideró que la concesionaria hubiera cometido violaciones sustanciales y reiteradas. El Tribunal del caso *Impregilo*, por el contrario, concluyó que los numerosos y sustanciales incumplimientos de AGBA a las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión constituían el fundamento de la rescisión del Contrato. Para el Tribunal, esto era suficiente para excluir la posibilidad de que la rescisión fuera un acto de expropiación. Los hechos determinantes en el caso *Saur* difieren significativamente de los hechos

relevantes en el presente arbitraje. Todos los argumentos planteados por la República Argentina en su Memorial de Contestación se reiteran y no fueron respondidos por las Demandantes.

C. Conclusiones del Tribunal

997. El Tribunal observa que la primera afirmación de las Demandantes de que fueron víctimas de expropiación indirecta, se relaciona con el estado de situación prevaleciente hacia fines de 2005. De hecho, esta situación fue planteada para respaldar las dos Comunicaciones de la controversia, idénticas entre sí, que las Demandantes presentaron ante el Gobierno argentino, en diciembre de 2005 y en enero de 2006.

998. Comparado con esa sucesión de medidas adversas adoptadas por las Autoridades argentinas, el Decreto de Rescisión N.º 1666/06 parece ser el punto culminante de esta sucesión que representaría una expropiación indirecta. Sin embargo, las Demandantes también argumentan que el fin repentino de la Concesión constituye una expropiación directa, dado su efecto de privar a AGBA de la Concesión, con su posterior transferencia a ABSA.

999. No es necesario que el Tribunal realice un análisis sobre la distinción entre expropiación directa e indirecta. Es suficiente con analizar las circunstancias relevantes del caso que nos ocupa, a la luz de los argumentos de las Partes y la referencia al Artículo V del TBI, que establece lo siguiente:

“La nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversores de la otra Parte en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por causas de utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso deberá ser discriminatoria. La Parte que adoptara alguna de estas medidas pagará al inversor o a su derechohabiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible”.

1000. Esta disposición no define los conceptos de nacionalización o expropiación. Por lo tanto, los términos “cualquier otra medida de características o efectos similares” también carecen de definición. La idea básica es la de una “privación”. La naturaleza de esas medidas es la de privar al inversor de todos, o de una parte sustancial, de sus derechos, incluidos los bienes y derechos adquiridos contractualmente, que representan la inversión. En ese caso, el Artículo V establece que tales medidas son lícitas en virtud del TBI si se cumplen tres condiciones: las medidas son de interés público, conforme a la ley y no son discriminatorias. Si se cumplen estas condiciones, el Estado receptor tiene la obligación de otorgar una compensación apropiada. De presentarse la hipótesis contraria, la medida es ilícita y hace exigible el derecho del inversor a una reparación.

1001. La línea de eventos sucesivos que, según las Demandantes, representan una expropiación indirecta comienza con la pesificación y el congelamiento de tarifas, ordenados como parte de las medidas de emergencia adoptadas a principios de 2002. La consiguiente reducción del valor de las tarifas tenía una posible pérdida significativa de los ingresos para la Concesionaria a lo largo de los años, si no se ofrecía ninguna solución. Los efectos de estas medidas no estaban afectando de manera unilateral los ingresos derivados de los contratos de concesiones públicas sino que se complementaban con un compromiso de parte de las autoridades de renegociar los contratos, que implícitamente significaba revisar los parámetros contractuales básicos, lo que iba más allá de los mecanismos de ajustes ya establecidos en el contrato. Por lo tanto, las medidas de emergencia estuvieron lejos de constituir una “privación” de los derechos de la Concesionaria sino que representaron una reducción temporal de los ingresos de la Concesionaria, cuyos efectos serían compensados, total o parcialmente, a través de un proceso de renegociación que sería llevado adelante y concluido por mutuo acuerdo.

1002. En las circunstancias prevalecientes en ese momento, de ningún modo podría decirse que la pérdida de ingresos de AGBA y sus accionistas representaba una reducción de la participación de AGBA en la expansión de la red. Si bien la pérdida de ingresos tuvo como efecto reducir los fondos disponibles originados por esa fuente de ingresos, AGBA podría haber continuado con la inversión correspondiente en la red si sus accionistas le hubieran otorgado el financiamiento que estaban obligados a garantizar en virtud del POES, en ausencia de préstamos de terceros. Por ende, el Tribunal concluye que las medidas de emergencia adoptadas en 2002 no representaron una “privación” equiparable a una expropiación indirecta.

1003. No obstante, las Demandantes afirman que la negligencia de la Provincia para llevar adelante renegociaciones serias y efectivas en el período comprendido entre 2002 y 2005, confirmaron e intensificaron los efectos adversos de la pesificación y el congelamiento de las tarifas. Así, se otorgaron efectos de largo plazo a las medidas de emergencia que definitivamente provocaron la alteración de la Concesión y la pérdida de la inversión de los accionistas de AGBA.

1004. El Tribunal explicó anteriormente que no comparte la opinión de las Demandantes respecto de la conducta y la falta de renegociación. Si bien todo el proceso parece haberse llevado a cabo durante un período demasiado largo, el Tribunal no considera que hayan existido indicios claros de una intención de interrumpir el proceso o de dejarlo colapsar por alguna de las Partes. La Provincia participó activamente en los debates y brindó incentivos a AGBA para que mejorara sus modelos para las actividades futuras. Las Demandantes no logran demostrar y no ofrecen pruebas que respalden la afirmación de que AGBA fue, como consecuencias de una intencionalidad o resultado implícito de la conducta adoptada por la Provincia, de ser privada de sus derechos en virtud de la Concesión de manera similar o equiparable a una expropiación.



1005. Tal afirmación de parte de las Demandantes se vuelve aún más incongruente con la propia participación de AGBA en tales negociaciones que las Demandantes no pueden negar. La participación de AGBA no habría sido tan constructiva, como de hecho lo fue, al menos en 2003 y 2004, si sus representantes hubieran interpretado que el objetivo expreso o implícito de la Provincia era privar a la empresa de sus derechos y expectativas legítimas para discontinuar con la Concesión.

1006. La postura de las Demandantes es incongruente por otro de los motivos que plantean ante este Tribunal para afirmar que AGBA no había participado activamente de estas renegociaciones. Si esta postura fuera correcta, a la luz de los hechos reales, no tendría sentido para las Demandantes argumentar que fueron víctimas de una expropiación indirecta que decidieron no resistir a través de su propia participación en la renegociación.

1007. El Tribunal observa, además, que en ese momento la situación de AGBA no mejoró por razones ajenas a la pesificación y el congelamiento de las tarifas. Se ha determinado que AGBA no fue capaz de proseguir con las obras de expansión, tal como establecía el primer POES Quinquenal y que la falta de financiamiento suficiente no fue compensada por sus accionistas, como debió haberlo sido. En vista de estas circunstancias, no es posible que haya existido una “privación” por parte de la Provincia de una Concesión que estaba operando a pérdida a causa de los propios actos y omisiones de la Concesionaria y de sus accionistas.

1008. El Tribunal explicó precedentemente que el Decreto N.º 1666/06 declaró la rescisión del Contrato de Concesión por motivos que estaban principal y acertadamente basados en la culpa de la Concesionaria por no haber alcanzado, y por un amplio margen, las metas de expansión definidas en el primer POES Quinquenal, y por no haber otorgado el financiamiento necesario que se había comprometido a otorgar en el mismo POES. El sustento que halla el Decreto en el Contrato de Concesión convierte en irrelevante todo debate sobre una supuesta expropiación. En todo caso, las Demandantes habían perdido su interés en la Concesión hacía ya mucho tiempo, tal como fue expresado en las dos Comunicaciones de la controversia de diciembre de 2005 y enero de 2006, así como en la nota de AGBA del 14 de junio de 2006, que no pudieron haber tenido otro significado más que anunciar la inminente declaración por parte de la Concesionaria de su deseo de rescindir el Contrato por culpa del Concedente. Cuando finalmente el Concedente se adelantó y declaró la rescisión, obtuvo el mismo efecto y definitivamente no expropió los derechos que la Concesionaria estaba a punto de rescindir también. La entidad de la que luego fueron “desposeídas” era de hecho una estructura inexistente que representaba una inversión en la que los inversores ya no tenían interés, supeditada al resultado de una vía de reparación basada en el arbitraje internacional.

1009. En consecuencia, el Tribunal rechaza los reclamos de las Demandantes fundamentados en una supuesta expropiación de sus derechos en virtud del Artículo V del TBI.

## **XI. Medidas Discriminatorias e Injustificadas**

### **A. Artículo III(1) del TBI**

1010. Bajo el título “protección”, el Artículo III establece, en su parte pertinente del párrafo 1, lo siguiente:

“1. Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por inversores de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta, ni en su caso, la liquidación de tales inversiones”.

1011. Las Demandantes afirman que la Demandada no cumplió con su obligación contenida en el TBI en sus dos aspectos principales, al tomar medidas discriminatorias respecto del trato concedido a la Concesionaria (B) y cuando tomó medidas que eran injustificadas (C).

### **B. El reclamo de las Demandantes basado en supuestas medidas discriminatorias**

#### *1. Posición de las Demandantes*

1012. A fin de respaldar el reclamo de que AGBA sufrió un trato discriminatorio, las Demandantes presentan diversas comparaciones para demostrar que AGBA fue tratada de manera diferente en comparación con otras concesionarias y que ese trato fue tan significativamente diferente que constituyó discriminación.

1013. El trato concedido por el mismo Concedente a AGBA, para la región B, y a AZURIX para las regiones A y C, fue diferente. La Provincia sí firmó un Acta Acuerdo con AZURIX el 15 de febrero de 2001. Con AGBA, la Provincia no tuvo ninguna intención de firmar dicho acuerdo. La respuesta fue que la cuestión con AZURIX debía resolverse primero (CU-174). AGBA presentó un reclamo en ese sentido (CU-210). AZURIX consiguió que algunas de sus solicitudes fueran aceptadas, mientras que a AGBA le fueron negadas. La Resolución N° 15/00 permitió a la concesionaria de AZURIX volver a categorizar a los usuarios originalmente registrados como baldíos, mientras que la solicitud de AGBA en el mismo sentido nunca tuvo respuesta. La discriminación fue aún peor si consideramos el trato recibido por ABSA. Dicha concesionaria estaba sujeta al mismo régimen que AZURIX, “*con excepción del régimen*

*de inversiones y de expansión del servicio*” (Decreto N.º 577/02, ratificado por la Ley N.º 12.989, CU-211). Lo mismo ocurrió cuando ABSA tomó posesión de la Concesión de AGBA el 13 de julio de 2006 (Decreto N.º 1677/06, CU-203). Así, ABSA fue eximida de la obligación de realizar obras de expansión e inversiones, y de cumplir con el POES.

1014. Si bien se negó a renegociar el Contrato con AGBA, el Concedente adaptó la concesión que otorgó a ABSA, a través de un Acta Acuerdo firmada el 7 de abril de 2005 que establecía particularmente una transferencia de fondos de más de ARS 60 millones, una promesa de contribuciones y aumentos tarifarios también a futuro. Esa Acta Acuerdo fue aprobada por el Decreto N.º 757/05 del 26 de abril de 2005 (CU-169), que dispuso que, de esa manera, se cumplía con la obligación de adaptar los contratos tal como señalaba el NMR. El Acta Acuerdo no incluía obligaciones de expansión, mejora de calidad ni micromedición. El Decreto reconoció este hecho y aprobó un modelo financiero que incorporaba aumentos de tarifas que comenzarían en el segundo semestre de 2005. Se utilizaron al menos ARS 120 millones para mantener el “equilibrio sustentable” de ABSA. Lo anterior significa que la Provincia: (1) reconoció que era imposible para ABSA afrontar una expansión y/o mejoras de calidad y, por eso, no lo incluyó dentro de sus obligaciones; (2) reconoció que ABSA había operado y continuaría operando con déficit; (3) justificó dos contribuciones de más de ARS 60 millones cada una para su “equilibrio sustentable”; (4) eliminó las metas de calidad establecidas en el Marco Regulatorio original del alcance de las obligaciones de ABSA; (5) prometió aumentos tarifarios del 33%; (6) prometió reconocer aumentos futuros en los costos. AGBA no obtuvo el reconocimiento de ninguna de estas posibilidades.

1015. Mediante Decreto N.º 963/05 del 12 de mayo de 2005, el Gobernador de la Provincia ordenó al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos que celebrara un Acuerdo Marco, como el que se incluía en su Anexo II (CU-212). Conforme a ese Acuerdo, la Provincia realizaría y financiaría las obras y, una vez completadas, las transferiría al proveedor de los servicios. Ello exigía una renegociación de los contratos existentes, posibilidad que le fue negada a AGBA.

1016. El 24 de marzo de 2007, el Concedente emitió el Decreto N.º 953/07 que ordenaba la modificación del régimen vigente y un aumento de tarifas para ABSA, haciendo referencia al Acta Acuerdo del 7 de abril de 2005, que había sido aprobada por el Decreto N.º 757/05. Este aumento fue explicado por el crecimiento en el desarrollo inmobiliario de la Provincia. En cuanto a AGBA, lo anterior fue calificado por el Concedente como uno de los riesgos comerciales de la Concesionaria. Así, los aumentos de tarifas que le fueron negados a AGBA, en repetidas oportunidades, fueron otorgados a ABSA en menos de un año luego de la rescisión de la Concesión de AGBA.

1017. El Decreto N.º 3144/08 del 9 de diciembre de 2008, aprobó un nuevo régimen de tarifas aplicable a ABSA por motivos que le habían sido negados a AGBA (CU-214).

Estos motivos incluían la insuficiencia del nivel tarifario y el desequilibrio económico-financiero de la Concesión. El Decreto reconocía que las tarifas habían permanecido sin cambios desde 1991 y que, desde entonces, el equilibrio económico-financiero del suministro del servicio había sufrido alteraciones sustanciales, haciendo que se volviera urgente revisar el régimen tarifario, a través de tarifas que reflejaran el costo económico del suministro de los servicios en forma concordante con el Marco Regulatorio establecido en el Decreto N.º 878/03. También se reconoció que la presentación por parte de ABSA de un nuevo régimen tarifario derivaba de la necesidad de cubrir una brecha importante entre los costos a ser cubiertos por el proveedor, a los fines de la operación, el mantenimiento y la inversión necesarios para el servicio, y los ingresos del proveedor. En este sentido, hay un punto que es incorrecto: las tarifas sí habían sufrido un cambio repentino en 2002 como resultado de su pesificación y congelamiento. El Decreto establece expresamente que (1) las tarifas ni siquiera eran suficientes para cubrir los costos del servicio; (2) la ecuación económico-financiera de la Concesión había perdido su equilibrio; y (3) la Concesión era económicamente imposible de sostener con las tarifas vigentes. Los aumentos de tarifas para el servicio medido fueron, en promedio, del 130% para el servicio de agua y del 180% para el servicio de desagües cloacales. El impacto mediático de estos aumentos tarifarios fue significativo, pero fueron justificados por los mismos motivos que había utilizado AGBA.

1018. Además, un buen número de medidas adoptadas para complementar los aumentos tarifarios fueron las mismas que había solicitado AGBA, como el uso de la base de datos valuatoria “Revalúo 2000”, el aumento total del “Coeficiente de cloacas” a su valor definitivo, el cobro de un precio por medidor de ARS 242,80, el derecho de aumentar el cargo por reconexión, la reducción del nivel de consumo mínimo. Los aumentos tarifarios de ABSA estuvieron acompañados de un conjunto de medidas que eran razonables y que contribuyeron a restaurar el equilibrio económico de la Concesión. Por lo tanto, pareciera ser aún más discriminatorio que también estas medidas adicionales le fueran negadas a AGBA.

1019. A raíz de sus obligaciones de expansión, AGBA sufrió un incremento en su consumo eléctrico. Por lo tanto, no podía beneficiarse del “Programa de Uso Racional de la Energía Eléctrica” (PUREE) (CU-219 y CU-220), que recompensaba a los usuarios con menores niveles de consumo, mientras que sancionaba a aquellos con picos de consumo más altos. El programa también fue aplicado a AGBA a partir de mayo de 2005 (Resolución de la Secretaría de Energía N.º 745/2005, CU-221). La exención solicitada por AGBA (CU-58) no fue otorgada. Por otro lado, ABSA obtuvo una reducción de alrededor de 1,2 millones.

1020. El congelamiento de tarifas aplicado por la Provincia de Buenos Aires no fue aplicado de la misma manera en otras provincias. El 16 de octubre de 2009, el “Consejo Federal de Entidades de Servicios Sanitarios” (COFES) observó la existencia de

aumentos tarifarios y la inyección de fondos públicos a la concesionaria en determinadas provincias (CU-222). La Concesionaria en la Provincia de Salta obtuvo un aumento tarifario ya en 2002, acumulando un 89,11% en 2006. La Concesionaria en la Provincia de Tucumán alcanzó un aumento del 45,48% en 2009. Aguas de Tucumán recibió aportes del Gobierno Provincial por un monto de 12,25 millones entre los años 2002 y 2008. Esto demuestra también que existían otras soluciones disponibles para enfrentar la emergencia y que no había motivo para aplicarlas en forma discriminatoria.

1021. El Gobierno argentino claramente adoptó posturas diferentes en otros sectores de la economía en cuanto a los ajustes de precios aplicados por las empresas Argentinas, luego de la implementación de las medidas de emergencia. La gran mayoría de las empresas en sectores distintos al sector de aguas modificaron sus precios sin estar sometidas a ningún tipo de restricción (CU-223). Un segundo grupo de sectores, como el del combustible, aumentó su valor junto con el valor del dólar, basándose en una autorización (CU-224). Lo mismo puede decirse sobre las tarifas aéreas y otras tarifas de transporte público. Los contratos de Construcción, Operación y Mantenimiento correspondientes a la expansión del transporte eléctrico recibieron ajustes por inflación basados en decisiones públicas (CU-225, CU-226). En otro grupo se encuentran aquellos sectores que mantuvieron tarifas denominadas en dólares, como los servicios portuarios y aéreos. Un trato muy diferente fue aquel aplicado a las empresas de servicios públicos que tenían contratos de concesión cuyos valores fueron pesificados a valores arbitrarios a la tasa de USD1 = ARS1 y congelados en enero de 2002. AGBA es uno de los ejemplos más claros. Dicho trato discriminatorio tuvo un impacto muy perjudicial sobre la valuación de las empresas afectadas y sobre el valor de las inversiones de sus accionistas.

1022. Las Demandantes plantean, a modo de conclusión, que esa discriminación tuvo las siguientes implicaciones: (1) a menos que se tomaran medidas para permitir un aumento de los ingresos de la Concesionaria, la concesión no podía sobrevivir; (2) la población podía compartir los esfuerzos que, de hecho, fueron impuestos exclusivamente a la Concesionaria y sus accionistas; (3) existían otras fórmulas disponibles en lugar de la pesificación y el congelamiento de tarifas, y no se brindó ninguna razón por la cual no podrían haberse aplicado a otros proveedores de servicios públicos, como AGBA. En este sentido, el trato concedido a ABSA es particularmente relevante. Esta entidad tomó posesión sobre la misma región, los mismos servicios y los mismos usuarios, pero fue sometida a obligaciones muy diferentes, y a niveles de ingresos y fuentes de financiamiento también muy distintas. El detrimento causado por el trato favorable brindado a ABSA es aún mayor si consideramos el hecho de que, por un tiempo, ambas empresas operaron simultáneamente en la misma Provincia. Los salarios de los empleados son un buen ejemplo: mientras que ABSA podía afrontar el pago de salarios, utilizando los fondos públicos que recibía de la Provincia, AGBA tuvo que ceder a la presión de los sindicatos sin ningún tipo de subsidio público o aumento tarifario.

1023. Las Demandantes también presentan un breve resumen de las medidas adoptadas con respecto a AGBA y las inversiones de las Demandantes que fueron discriminatorias en comparación con otros inversores extranjeros y, en particular, con entidades argentinas que son propiedad del Estado: (1) la Provincia de Buenos Aires autorizó a la concesionaria AZURIX a aplicar mecanismos que le permitieron utilizar valuaciones reales para recategorizar a los usuarios, mientras que prohibió a AGBA hacer lo mismo. (2) La misma Provincia firmó un Acta Acuerdo con AZURIX, mientras que a AGBA no se le permitió llegar a ese acuerdo. (3) AGBA nunca recibió respuesta a sus reclamos de aumentos tarifarios e indemnización por los daños y los desequilibrios causados por las medidas de emergencia y la modificación del Marco Regulatorio, mientras que ABSA recibió importantes aumentos tarifarios y subsidios. (4) AGBA fue testigo del congelamiento y la pesificación de sus tarifas por la supuesta razón de que la población no podía afrontar tarifas más altas, mientras que se permitieron aumentos significativos en el precio de los alimentos y el transporte. (5) AGBA nunca fue autorizada a reducir el recargo derivado del aumento en el consumo eléctrico, mientras que ABSA pudo implementar esa reducción. (6) AGBA nunca fue autorizada a aumentar las tarifas mientras que las empresas de otros sectores recibieron compensaciones. Las Demandantes fueron discriminadas en la aplicación y el mantenimiento de las medidas a través de las cuales el Gobierno Nacional y la Provincia de Buenos Aires pretendieron enfrentar una emergencia declarada por el Estado y la Provincia.

1024. En respuesta a las explicaciones brindadas por la Demandada y el rechazo de las presentaciones realizadas por las Demandantes respecto de las medidas adoptadas por la República Argentina y basadas en la discriminación, las Demandantes afirman que las objeciones y conclusiones planteadas por la Demandada son incorrectas.

1025. A los fines del Artículo III.1 del TBI, es suficiente que una porción del capital de AGBA fuera propiedad de inversores españoles, independientemente de la nacionalidad de los demás accionistas. Los inversores extranjeros realizaron la inversión y asumieron el riesgo, y, por eso, deben gozar de la protección contenida en el TBI.

1026. Las Demandantes observan que no es necesario que el trato diferencial otorgado a los inversores extranjeros esté basado en su nacionalidad. Simplemente se requiere que haya ocurrido una situación de discriminación, independientemente de su causa. Diversos laudos analizan los argumentos relativos a la discriminación desde la perspectiva de la aplicación de una cláusula de trato nacional. En el caso de los Tratados que incluyen disposiciones específicas sobre medidas discriminatorias y trato nacional, como es el caso del TBI entre España y Argentina (Artículos III.1 y IV.5), lo anterior no puede equipararse a lo último. Por ende, exigir que los actos sean considerados discriminatorios únicamente con respecto a los nacionales del Estado receptor es inadmisibles. Tal como

fue señalado en el Laudo del caso *National Grid*<sup>401</sup>, una cláusula de no discriminación no se limita a la discriminación basada en la nacionalidad sin incluir a aquellas medidas que se basan en otros motivos. El hecho de que una medida sea adoptada contra inversores extranjeros es un elemento que permite determinar su naturaleza discriminatoria, pero no constituye un requisito absoluto para demostrar la presencia de discriminación, tal como señala la Decisión del caso *Saur* (CUL-174). Uno de los supuestos de discriminación puede ser el hecho de que la medida apunta específicamente a los inversores extranjeros, pero ello no significa que sea un requisito adicional.

1027. La concurrencia de “igualdad de circunstancias” entre el inversor que alega la existencia de discriminación y aquellos con quienes se lo compara no es necesaria para determinar que hubo discriminación, como la República Argentina intenta argumentar. El hecho de que las circunstancias sean parecidas es suficiente. Que dos empresas operen en el mismo sector comercial o económico es suficiente para considerar que ambas se encuentran en circunstancias similares, a los fines de identificar qué son “circunstancias similares”. Por lo tanto, AGBA se encontraba en circunstancias similares respecto de ABSA, Azurix y otras concesionarias u otros proveedores de servicios de agua y desagües cloacales. En el caso *S.D. Myers*, el Tribunal consideró que la palabra “sector” tiene una connotación amplia que incluye los conceptos de “sector económico” y “sector comercial”<sup>402</sup>. La Demandada no menciona el Laudo dictado en el caso *Occidental* (CUL-175). Dado que la cuestión involucraba el reembolso del impuesto al valor agregado, se concluyó que una comparación relevante debía incluir a todas las empresas que se encontraban en una situación comparable a la de la demandante, es decir, todas las empresas exportadoras. Por lo tanto, el requisito de circunstancias similares incluye, en forma general, a todos los actores dentro del mismo sector comercial, pero también puede incluir sectores económicos distintos al sector económico en el que la parte demandante opera.

1028. No es necesario que el inversor discriminado deba demostrar que la medida impugnada fue adoptada para causarle un perjuicio. Esta afirmación fue rechazada en el caso *El Paso* (CUL-176). También en el Laudo de *Occidental* (CUL-175), el reclamo por discriminación fue admitido sin abordar la cuestión de si había sido practicada con la intención de discriminar a los inversores extranjeros. La opinión brindada en el caso *Siemens* es igual de clara<sup>403</sup>. La intención del Gobierno al adoptar medidas discriminatorias solo es relevante cuando no hay pruebas objetivas de la discriminación. Ello no es relevante en el presente caso, dado que existen muchos elementos que demuestran el trato discriminatorio.

---

<sup>401</sup> *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, Laudo del 3 de noviembre de 2008 (CUL-45, ALRA-219).

<sup>402</sup> *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá*, Laudo Parcial del 13 de noviembre del 2000 (CUL-46, ALRA-160).

<sup>403</sup> *Siemens AG c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007 (CUL-61).

1029. En caso de que haya una diferencia en el trato, tal diferencia será considerada discriminatoria a menos que el Gobierno demuestre que tiene una justificación razonable para el trato diferente. Esta postura fue adoptada en el caso *Saluka*, donde el tribunal señaló que el Gobierno checo estaba obligado a implementar sus políticas, incluidas sus estrategias de privatización, de tal manera que no derivara en un trato diferencial injustificado que fuera ilícito a la luz del Tratado<sup>404</sup>. Una medida puede ser lícita, incluso adecuada, y aun así ser discriminatoria. Lo que debe justificarse es la razonabilidad de conceder un trato diferencial a la inversión de la demandante. El trato diferencial que recibió AGBA ha sido demostrado y la Demandada tiene la carga de probar que las medidas aplicadas a AGBA, pero no a otras concesionarias en el sector de servicios de agua, estuvieron justificadas por situaciones diferentes que pueden haber tenido lugar en el caso de AGBA, en contraposición al caso de las empresas beneficiadas. El examen aplicable a los casos de esta naturaleza es aquel utilizado en el caso *Saluka*, que determina que “la conducta del Estado es discriminatoria si (i) casos similares son (ii) tratados de manera diferente (iii) y sin una justificación razonable”. AGBA se encontraba en la misma situación que otras concesionarias y empresas que se beneficiaron con diversas medidas implementadas por las autoridades, y ese trato diferencial encuentra sustento en consideraciones netamente políticas y no en una desigualdad objetiva o en circunstancias diferentes a las de las demás concesionarias o empresas. Por lo tanto, existió un trato discriminatorio en violación del TBI entre España y Argentina.

1030. Las Demandantes interpretan que la Demandada no niega que AGBA recibió un trato diferencial respecto de los proveedores de otros servicios públicos, las concesionarias de servicios de agua y desagües cloacales en otras provincias, como ABA (la concesionaria de la que AZURIX era accionista) y la empresa estatal ABSA, sucesora de AGBA en el suministro del servicio luego de la rescisión del Contrato. Las Demandantes plantean que, por ende, la carga de probar que dicho trato diferencial está justificado de manera válida recae sobre la República Argentina.

1031. Las Demandantes también interpretan que la Demandada acepta que la posibilidad de un aumento tarifario fue aceptada por la Provincia en favor de ABSA, pero no a favor de AGBA. Ello constituye trato discriminatorio. El argumento de la Demandada de que la Provincia no tenía intención de discriminar a AGBA es irrelevante, en opinión de las Demandantes, porque esa intención no es requisito para que exista discriminación.

1032. Las Demandantes objetan con firmeza el argumento de la Demandada de que AGBA y ABSA no se encontraban en situaciones similares. Argumentan que esa afirmación es incorrecta. Ambas empresas suministraban los mismos servicios, en la misma Provincia, conforme al mismo marco regulatorio y bajo el control de la misma autoridad regulatoria. Las Demandantes impugnan que la Demandada recurra al hecho

---

<sup>404</sup> *Saluka Investments BV c. República Checa*, Laudo Parcial del 17 de marzo de 2006 (CUL-59, ALRA-137).



de que ABSA es una empresa estatal. El nivel de riesgo asumido por cada concesionaria es irrelevante. El problema no es el beneficio económico generado por cada concesionaria sino la existencia de medidas que concedan un trato significativamente más favorable a ABSA que a AGBA. El hecho relevante es que ambas entidades operaban en el mismo sector comercial.

1033. Las Demandantes no encuentran ninguna explicación al hecho de que esa diferencia entre las áreas en las que ambas empresas brindaban sus servicios, sea relevante a los fines del planteo de discriminación contra AGBA. Dado que las áreas a ser atendidas por AGBA estaban dentro de las más pobres de la Provincia, si había alguna justificación para brindar ayuda a uno de los proveedores de servicios, era AGBA, no ABSA, la que tendría que haber sido beneficiaria de esa ayuda. La Demandada intenta sostener que AGBA era responsable de cualquier acontecimiento sobre la base de que era una empresa privada que había elegido asumir riesgos enormes. Por lo tanto, parecería ser que, si efectivamente era necesario algún tipo de respaldo público en algún lugar, ese lugar era el área de Concesión de AGBA, de la que luego tomó posesión ABSA. Si el Concedente consideraba que era necesario ofrecer respaldo a los servicios de agua y desagües cloacales, lo lógico habría sido distribuir en forma equitativa ese respaldo a AGBA en lugar de beneficiar al proveedor estatal y no al privado.

1034. Tampoco hay ningún fundamento en el argumento de la Demandada de que se habían otorgado un sinnúmero de beneficios a AGBA, como la suspensión de las obligaciones de inversión en 2001. Esto no es correcto si consideramos que el incumplimiento de las metas de expansión por falta de inversión es la primera causal señalada en el Decreto de rescisión, aunque no existía ningún fundamento legal para hacerlo, como fue demostrado por la Provincia mediante su renuncia a sancionar a AGBA tal como exigía el Contrato.

1035. A fin de evitar un trato discriminatorio, en relación con el proceso de renegociación, el Concedente podría haber ofrecido a AGBA las mismas ventajas brindadas a ABSA, evitando así la discriminación. Es inconcebible que la República Argentina describa un aumento del 93% como un “aumento tarifario excesivo” cuando ABSA recibió, en promedio, un aumento del 130% por su servicio de agua y del 180% por su servicio de desagües cloacales. También es inconcebible que la Demandada se asombre con la supuesta intención de AGBA de librarse de todas sus obligaciones de inversión si consideramos que ABSA no tenía ninguna obligación en ese sentido.

1036. El Decreto Provincial N.º 757/05 de abril de 2005 (CU-169) restringió las obligaciones de ABSA, ordenó diversas medidas destinadas a restaurar la ecuación del contrato, reconoció que, durante el período comprendido entre 2002 y 2004, ABSA había operado a pérdida, razón por la que recibió subsidios por un monto de ARS 60,5 millones, y aprobó un modelo financiero que otorgaba aumentos tarifarios y aportes adicionales,

en caso de futuros aumentos en los costos. AGBA jamás recibió una garantía de este tipo ni un aumento de tarifas. El argumento de la Demandada de que los aportes realizados a ABSA por parte de la Provincia como accionista y las garantías respecto de futuros aumentos tarifarios y la comparación con lo que CABB y URBASER podrían haber hecho respecto de AGBA es absolutamente infundado. El texto del Decreto establece claramente que la Provincia no estaba actuando como accionista sino que su rol era el de Concedente de la concesión. Dicho rol no puede compararse, de ninguna manera, con los aportes que realizan los accionistas a su empresa.

1037. Las Demandantes también fundamentan su reclamo por trato discriminatorio frente a AGBA en las afirmaciones de la Demandada respecto del Decreto N.º 963/05. Dicho Decreto permitió al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos de la Provincia celebrar acuerdos con proveedores de servicios de agua potable y desagües cloacales. Sin embargo, había un requisito que solo ABSA podía cumplir: la empresa debía firmar un contrato que fuera acorde al Nuevo Marco Regulatorio. AGBA nunca tuvo la oportunidad de firmar un contrato de esa naturaleza dada la falta de disposición de las autoridades para negociar, que se materializó tres meses antes de la sanción del Decreto, cuando las autoridades abandonaron las negociaciones con AGBA en febrero de 2005. Resulta obvio que la ejecución de obras por parte de la Provincia en el contexto de la Concesión habría permitido a la Empresa prestar servicios a más clientes, con el consecuente aumento de los ingresos de AGBA. AGBA no tuvo acceso a tales beneficios como resultado de la naturaleza discriminatoria del Decreto N.º 963/05, ya que ABSA era la única empresa que podía acceder a ellos.

1038. En cuanto a los Decretos N.º 953/07 y 3144/08, la única respuesta que la Demandada ofrece es que fueron dictados una vez finalizada la Concesión de AGBA. Si bien esto es correcto, esos Decretos demuestran que ABSA recibió una respuesta positiva frente a cada uno de los pedidos que AGBA había estado realizando razonablemente durante años y que fueron rechazados sistemáticamente. La Provincia sabía que era imposible mantener la ecuación económico-financiera de la Concesión y no asistió a AGBA en absoluto. Una vez que recuperó el control de la Concesión, por razones netamente políticas y que la transfirió a ABSA, aprobó los cambios necesarios (aumentos tarifarios) para hacer que la concesión fuera viable. Esto es prueba de la obvia discriminación sufrida por AGBA.

1039. En opinión de las Demandantes, el hecho indiscutible es que hubo una diferencia sustancial en el trato recibido por ABSA en comparación con aquel concedido a AGBA. Los primeros dos elementos que consideró el Tribunal en el caso *Saluka*, al determinar si había existido discriminación, están presentes en el caso que nos ocupa: se brindó un trato diferente en casos similares. En consecuencia, la carga de probar los motivos que justifiquen tal diferencia en el trato recae en el Estado. Las Demandantes han suministrado pruebas más que contundentes sobre la existencia de trato discriminatorio

por parte de la República Argentina. Las Demandantes también han demostrado que se concedió un trato muy distinto en casos comparables, mientras que la Demandada no ha podido ofrecer ninguna justificación válida para esa diferencia en el trato.

## 2. Posición de la Demandada

1040. La Demandada explica desde el principio que solo existe trato discriminatorio en violación del Artículo III.1 del TBI si el inversor es tratado de una manera que (a) es distinta por razones de nacionalidad, (b) es menos favorable que el modo en que son tratados otros inversores en las mismas circunstancias, (c) tiene como objetivo perjudicar al inversor extranjero, (d) causa un daño real al inversor extranjero y (e) no está justificada por motivos suficientes. Aunque las Demandantes reconocen que para que pueda existir trato discriminatorio conforme al Artículo III.1 del Tratado la diferencia en el trato debe derivar en un daño real al inversor extranjero y carecer de una justificación razonable, realizan observaciones únicamente en relación con los otros tres requisitos.

1041. Las Demandantes afirman que no es necesario que el trato diferencial otorgado a los inversores esté supeditado a la nacionalidad. Contrariamente a lo que afirman las Demandantes, la discriminación referida en el Artículo III.1 debe distinguirse del trato nacional del Artículo IV.5. Este último involucra una comparación entre inversores extranjeros e inversores locales, mientras que el Artículo III.1 prohíbe los casos de discriminación intencional sobre la base de la nacionalidad extranjera. La jurisprudencia confirma que la discriminación prohibida por los tratados bilaterales de inversión es aquella basada en la nacionalidad del inversor. El Tribunal en el caso *Genin* consideró que el artículo relevante del TBI entre Estonia y los Estados Unidos prohibía el trato diferencial de la inversión extranjera en función de la nacionalidad<sup>405</sup>. El Tribunal en el caso *Noble Venture* indicó que era necesario demostrar que una medida determinada estaba dirigida específicamente a un inversor en particular por motivos de nacionalidad<sup>406</sup>. El Tribunal en *PSEG* concluyó que no había existido discriminación precisamente porque las medidas impugnadas no habían estado dirigidas específicamente a las demandantes, en su carácter de inversores extranjeros<sup>407</sup>. El Tribunal en el caso *El Paso* sostuvo que la protección frente a la discriminación en el TBI es una protección frente a la discriminación de los inversores extranjeros como tales<sup>408</sup>.

1042. Las Demandantes también señalan que es necesario que las circunstancias sean similares. Argumentan que el hecho de que dos empresas operen en el mismo sector

---

<sup>405</sup> *Alex Genin y otros c. República de Estonia*, Caso CIADI ARB//99/2, Laudo del 25 de junio de 2001 (ALRA-194).

<sup>406</sup> *Noble Venture Inc. c. Rumania*, Caso CIADI ARB/01/11, Laudo del 12 de octubre de 2005 (ALRA-211).

<sup>407</sup> *PSEG Global Inc. y otros c. República de Turquía*, Caso CIADI ARB/02/5, Laudo del 19 de enero de 2007 (ALRA-224).

<sup>408</sup> *El Paso Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/03/15, Laudo del 31 de octubre de 2011 (ALRA-234, CUL-176.).

comercial o económico es suficiente para considerar que ambas se encuentran en circunstancias similares para tal fin. En este sentido, las Demandantes afirman que el requisito incluye a todos los actores dentro del mismo sector comercial. No hay acuerdo entre las Partes en cuanto al alcance de la similitud de circunstancias. El trato diferente concedido a sectores económicos diferentes no puede constituir discriminación. Además, el hecho de que dos empresas estén dentro del mismo sector económico es condición necesaria pero insuficiente para considerar que esas empresas se encuentran en circunstancias similares a los fines de una comparación a la luz del Artículo III.1 del TBI.

1043. El trato conferido al inversor extranjero debería compararse con el trato recibido por otros inversores en el mismo sector económico. No obstante, el hecho de que dos inversores pertenezcan al mismo sector económico no es condición suficiente para concluir que se encuentran en circunstancias similares. Esto puede ilustrarse con el caso *Champion Trading*<sup>409</sup>. Pertenecer al mismo sector económico constituye una condición necesaria pero no es suficiente para determinar que dos inversores están en circunstancias similares.

1044. En relación con el requisito de la intención, si bien las Demandantes argumentan que ello no es un requisito, posteriormente reconocen que la intención discriminatoria del Estado es importante, aunque le asignan un rol limitado. Para que un acto constituya discriminación conforme al derecho internacional, es necesario que exista una intención de causar un perjuicio al extranjero afectado.

1045. Las Demandantes reconocen que las medidas adoptadas por el Gobierno deben afectar, de alguna manera, la inversión para poder constituir discriminación. Esto es lo que establece el propio Artículo III.1 del TBI, al exigir que las medidas deben “obstaculizar” las actividades del inversor. Las Demandantes también admiten que una diferencia en el trato que tenga una justificación razonable no constituye el trato discriminatorio que prohíbe el TBI.

1046. En conclusión, para que exista trato discriminatorio en violación del Artículo III.1, debe conferirse un trato diferencial al inversor en función de su nacionalidad, dicho trato debe ser menos favorable que el recibido por otros inversores en las mismas circunstancias, debe conferirse con la intención de perjudicar al inversor extranjero causándole un daño real y no justificado por razones suficientes.

1047. Al analizar las circunstancias específicas del caso que nos ocupa, la Demandada observa que las Demandantes alegan la existencia de medidas discriminatorias que fueron perjudiciales para ellas (i) en comparación con el trato conferido a la concesión de ABSA

---

<sup>409</sup> *Champion Trading Company Ameritrade International Inc. c. República de Egipto*, Caso CIADI ARB/02/9, Laudo del 27 de octubre de 2006 (ALRA-220).

en la Provincia de Buenos Aires, (ii) en relación con las otras concesionarias de servicios de agua en otras provincias y (iii) con respecto a otros sectores económicos.

1048. AGBA y ABSA no se encontraban en situaciones similares. Las empresas pueden operar en la misma industria y hallarse en situaciones significativamente diferentes. La situación de AGBA era significativamente diferente. ABSA fue creada por la Provincia en 2003, principalmente con capital estatal, a los fines de tomar posesión de la concesión que había sido operada por AZURIX. Uno de los motivos por los que la Provincia tuvo que crear ABSA fue para responder a la emergencia sanitaria y mantener los niveles de calidad. Las áreas en las que ambas empresas estaban operando tampoco son comparables. ABSA se hizo cargo de una concesión que incluía 48 partidos en toda la Provincia. Por el contrario, AGBA decidió invertir en siete partidos del Gran Buenos Aires. Las medidas implementadas por la Provincia con respecto a AGBA no tuvieron relación alguna con la nacionalidad de los inversores de AGBA sino que, en realidad, se vinculaban con los numerosos incumplimientos de la empresa.

1049. El Nuevo Marco Regulatorio no afectó a AGBA porque eligió no someterse a esa regulación, mientras que ABSA sí lo hizo. Una serie de estándares complementarios que derivaron del Nuevo Marco Regulatorio solo afectaron a ABSA. ABSA adaptó su situación al Nuevo Marco Regulatorio conforme al Artículo 91. Por ejemplo, el Decreto Provincial N.º 757/05 de abril de 2005 aprobó el acta acuerdo celebrado por ABSA, a diferencia de AGBA. No introdujo ningún aumento tarifario, pero reconoció la posibilidad de que la Provincia pudiera hacer aportes a ABSA bajo determinadas condiciones.

1050. La situación es similar con respecto al Decreto Provincial N.º 953/07 del 24 de mayo de 2007. Además, no puede ser de interés para el análisis sobre la discriminación, dado que fue dictado diez meses después de la rescisión del Contrato de AGBA. Además, el Decreto no otorgó ningún aumento de tarifas. El único aumento de ese tipo fue otorgado a ABSA en febrero de 2009, es decir, más de 30 meses después de la rescisión del Contrato de AGBA. Fue implementado a través del Decreto Provincial N.º 3.144/08. Una vez más, sobre este punto, las Demandantes plantean una queja relacionada con medidas que no les fueron aplicadas porque su adopción fue posterior a la rescisión del Contrato.

1051. El Decreto Provincial N.º 963/05 también se fundamenta en la relevancia del Nuevo Marco Regulatorio. El mismo Decreto hace referencia al Decreto Provincial N.º 878/03 que establece un nuevo sistema de administración basado en el NMR. Las Demandantes no pueden argumentar que el NMR fue una medida discriminatoria o injustificada. Fue una herramienta válida dentro de un proceso de renegociación contractual, que abrió una serie de posibilidades de administración y operación para la Concesión que habían sido reclamadas por la propia AGBA desde 2001. Cuando las

Demandantes indican que no se otorgaron subsidios a AGBA, olvidan que solo era posible otorgarle subsidios a través del acuerdo que contemplaba las herramientas establecidas por el NMR. Además, cuando cuestionan el Decreto Provincial N.º 963/05, no indican la existencia de ningún daño. Por el contrario, confirman que ese Decreto sería implementado ante una renegociación del Contrato.

1052. La Demandada también observa que las Demandantes no tienen motivo alguno para sentirse molestas por la supuesta discriminación que deriva del Programa para el Uso Racional de Energía Eléctrica (PUREE). El programa comenzó a aplicarse en mayo de 2005. Las Demandantes plantean que como consecuencia de sus compromisos de expansión, tuvieron que aumentar su consumo eléctrico, lo que hizo que fueran multadas. Sin embargo, la Concesionaria no realizó ninguna expansión, razón por la cual difícilmente pueda considerarse afectada por ese programa.

1053. Las Demandantes invocan un supuesto trato discriminatorio respecto de los concesionarios de servicios de agua en otras provincias. Es suficiente con señalar que el trato inequitativo solo es discriminatorio entre sujetos que se encuentran en situaciones similares, que no es el caso entre concesionarias ubicadas en diferentes provincias. Por motivos similares, tampoco es posible comparar tratos diferentes entre inversores en relación con el ajuste de precios en sectores económicos diferentes. Además, cabe destacar el hecho de que estén sometidos a marcos regulatorios distintos. De hecho, cada provincia en particular establece el derecho administrativo y el marco regulatorio aplicables. Asimismo, las concesionarias de diferentes provincias operan en áreas de concesión muy disímiles, en particular, con respecto a las necesidades, las características geográficas, las circunstancias socioeconómicas y la disponibilidad de recursos.

1054. Así, la Demandada concluye que las Demandantes no han demostrado haber recibido un trato diferencial en función de su nacionalidad, menos favorable que aquel conferido a otros inversores en una situación similar, otorgado con la intención de perjudicarlas, que les haya causado un daño real y que no haya estado justificado por motivos razonables. En suma, las Demandantes no han podido demostrar que (i) fueron discriminadas por su condición de inversores extranjeros, (ii) fueron discriminadas en beneficio de un inversor nacional y en perjuicio de ellas, (iii) se encontraban en situaciones similares, (iv) sufrieron un daño como resultado de dicho trato y (v) no existieron motivos razonables para realizar esa distinción.

### C. Los alegatos de las Demandantes sobre medidas injustificadas

#### 1. *Posición de las Demandantes*

1055. Las Demandantes plantean que, además de ser discriminatorias, las medidas aplicadas a AGBA también fueron injustificadas. Esto es así porque se prohibió a AGBA

cobrar facturas de usuarios en mora, iniciar procesos de ejecución de deuda, cobrar los gastos incurridos en exigir pagos e intereses adeudados, y cortar el suministro a los usuarios deudores. También fue injustificada la prohibición impuesta a la Concesionaria de aplicar datos inmobiliarios actualizados para hacer un revalúo de las propiedades. Igualmente infundada fue la prohibición o demora en la aplicación de cargos por reconexión y obras. Tampoco es comprensible por qué se rechazó el aumento de coeficientes sobre la base de que los planes de expansión no se cumplieron cuando, en realidad, el POES 2000 había sido aprobado, el POES 2001 había sido neutralizado y no se había dado ninguna respuesta sobre la neutralización del POES 2002. También injustificada fue la imposición anticipada de colocar medidores, sin observar los términos establecidos para ese servicio, a fin de mantener el equilibrio y la racionalidad del Contrato. Cabe mencionar especialmente la denegación del pago de créditos regulatorios en favor de la Concesionaria que fueron reconocidos, pero cuyo pago se mencionó en relación con el proceso de renegociación y, finalmente, nunca se realizó. Esto corresponde al crédito de USD 7,7 millones derivado de la incorrecta categorización de los usuarios. Hay un sinnúmero de actos y omisiones que afectaron de manera significativa la capacidad de la Concesionaria de generar y cobrar ingresos y que fueron absolutamente infundados, en violación del Artículo III.1 del TBI. El Tribunal en el caso *Azurix* analizó actos sustancialmente similares a los que fueron mencionados precedentemente y confirmó la existencia de medidas injustificadas<sup>410</sup>.

1056. Este Tribunal no debe responder la interrogante de si tales medidas fueron correctas o incorrectas, sino que debe determinar si violaron el TBI y, en consecuencia, si debe imponer a la Demandada el deber de compensar a las Demandantes por el daño sufrido.

1057. Las medidas adoptadas bajo la protección de la emergencia económica también califican como injustificadas, a la luz del TBI. La naturaleza injustificada de las medidas de emergencia queda demostrada con el Informe Económico-Valuatorio. La pesificación y el congelamiento de tarifas no eran inevitables. La paridad entre el dólar y el peso no exigía necesariamente que las disposiciones sobre tarifas en dólares contenidas en el Contrato de Concesión también debieran abandonarse. Podrían haberse mantenido, a través de las revisiones extraordinarias de tarifas establecidas en el Artículo 12.3.6 del Contrato. La crisis también debería haber impulsado una revisión de los costos denominados en pesos, que disminuyeron considerablemente luego de la devaluación. Una revisión extraordinaria habría arrojado, de todos modos, tarifas menores en dólares reales. Si las tarifas se hubieran mantenido, expresadas en dólares y cobradas en pesos, las tarifas habrían triplicado su valor en pesos y, dada la situación económica en ese momento, los índices de cobrabilidad habrían disminuido considerablemente. AGBA se habría visto obligada a reducir el valor de sus tarifas en dólares. Un ajuste comúnmente

---

<sup>410</sup> *Azurix Corp. c. República Argentina*, Caso CIADI ARB/01/12 (CUL-13, ALRA-132).

utilizado podría haber sido aplicar una tasa de cambio de ARS 1,4 por cada dólar y ajustar los precios en forma mensual. Ello habría sido razonable porque algunos de los costos de AGBA también habían disminuido, por ejemplo, los salarios. Otra solución podría haber sido utilizar la revisión extraordinaria de tarifas del Artículo 12.3.6 del Contrato, que podría haber derivado en resultados aplicables a partir del 1 de enero de 2003. La ventaja de esta última opción habría sido permitir a AGBA cobrar una tarifa denominada en dólares o bien una equivalente que, en última instancia, alcanzaría el nivel original de facturación en julio de 2006, creando así una situación financiera más razonable para AGBA.

1058. Las Demandantes plantean que las medidas adoptadas fueron infundadas en los términos del Artículo III.1 del TBI porque: (1) fueron innecesarias para enfrentar la situación económica prevaleciente en ese momento; (2) el Contrato contenía mecanismos que habrían permitido ajustar las tarifas a cambios económicos extraordinarios; (3) la aplicación de esos mecanismos habría permitido distribuir el perjuicio económico de manera equitativa entre la Concesionaria y los usuarios; (4) también habría permitido implementar un aumento gradual de tarifas; (5) por el contrario, la pesificación y el congelamiento de las tarifas alteraron el equilibrio económico del Contrato de manera abrupta y, de esta manera, todo el perjuicio recayó en la Concesionaria.

1059. En respuesta a las afirmaciones de la Demandada, las Demandantes reiteran que nunca han equiparado el término “injustificadas” con “arbitrarias”. Las alegaciones de la República Argentina, que solo se vinculan con el concepto de arbitrariedad, son, por lo tanto, irrelevantes para el caso que nos ocupa. Los autores del TBI entre España y Argentina eligieron la palabra “injustificadas” a propósito, en lugar del término “arbitrarias” contenido en otros tratados. El término “injustificadas” implica una prueba menos estricta que la requerida para demostrar arbitrariedad. El enfoque se centra en si la medida en cuestión es compatible con la expectativa que pueden haber tenido los inversores al momento de realizar su inversión, a la luz del TBI y de la legislación vigente en ese momento en el Estado receptor.

1060. En el caso *BG*, el Tribunal Arbitral ofreció una interpretación precisa del término “injustificadas” utilizado en el Artículo 2.2 del TBI entre el Reino Unido y Argentina, cuya parte pertinente es idéntica al TBI entre España y Argentina. El tribunal señaló que Argentina abandonó en forma unilateral los compromisos que habían inducido a *BG* a realizar la inversión y que ello constituye un acto irracional y una violación del Artículo 2.2 del Tratado. En particular, Argentina había otorgado la aplicación de dólares estadounidenses como la moneda de referencia y se había comprometido a garantizar que las tarifas ofrecieran una tasa de retorno razonable. El abandono unilateral por parte de Argentina de estos elementos clave del Marco Regulatorio fue irracional y, por ende, una violación de la segunda oración del Artículo 2.2.



1061. Un acto puede calificarse como injustificado sin que necesariamente sea arbitrario. Es por eso que el término elegido en el TBI entre España y Argentina es más amplio que el término “arbitrarias”. La Decisión en el caso *Saur* describe la arbitrariedad a través de diversos factores, incluidas medidas que afectan o, por lo menos, sorprenden el sentimiento de decoro jurídico, o que violan en forma manifiesta los requisitos de coherencia. Tales medidas también son aquellas que cumplen una finalidad netamente política, como fue el caso de las medidas implementadas en relación con la concesión de AGBA, y, en particular, su rescisión. Si el TBI hiciera referencia a medidas “arbitrarias”, la interpretación propuesta por Argentina para ese término tampoco sería correcta, dado que el contenido del estándar es mucho más amplio de lo que Argentina sugiere.

1062. Las Demandantes agregan que la República Argentina no brinda una respuesta sobre todas las medidas injustificadas enumeradas en el Memorial de Demanda. Un ejemplo es el hecho de que la Concesionaria nunca recibió el pago de los créditos regulatorios que le fueron reconocidos, como el reclamo de un monto superior a los USD 7,7 millones, como resultado de la categorización incorrecta de los usuarios del servicio. La postura de la Demandada es que ese reclamo estaba sujeto al proceso de renegociación. Sin embargo, tal renegociación nunca ocurrió, lo que demuestra que el Concedente no cumplió con el Marco Regulatorio y que los inversores fueron tratados de forma absolutamente injustificada.

1063. En cuanto a las medidas que la Demandada sí responde, la falta de entrega de las tres plantas de UNIREC no tiene relación alguna con la situación de emergencia. En cuanto a otro conjunto de medidas (como la falta de aplicación de cargos por obras y otras como la rescisión de la concesión), la Demandada simplemente agrega que son de naturaleza netamente contractual. Las Demandantes niegan que tales medidas hayan sido resueltas de conformidad con el Contrato y el Marco Regulatorio. Por el contrario, tales actos del Concedente y del Regulador fueron realizados de manera injustificada. El proceso de renegociación se vio frustrado por la más absoluta falta de voluntad de la Provincia de negociar y, finalmente, por su completo abandono de las negociaciones en febrero de 2005. En cuanto al NMR, éste junto con las medidas de emergencia, derivó en la alteración total de los elementos esenciales que CABB y URBASER habían considerado a la hora de invertir.

1064. La Demandada no explicó por qué, en su opinión, las medidas de emergencia que adoptó fueron justificadas y lícitas, al igual que razonables, dada la necesidad urgente de enfrentar lo que describe como la peor crisis en la historia argentina. La pregunta correcta es si las medidas implementadas por la República Argentina pueden considerarse medidas justificadas a la luz del TBI entre España y Argentina. En este sentido, la frustración de las expectativas legítimas creadas por la República Argentina para inducir a las Demandantes a invertir, implica una violación del estándar de trato justo y

equitativo, pero también es posible argumentar que constituye una violación de la obligación de abstenerse de adoptar medidas injustificadas en relación con la inversión.

1065. Por otra parte, las medidas aplicadas por el Estado argentino no eran necesarias para enfrentar la situación económica que existía en ese momento. El Contrato de Concesión ya establecía mecanismos que permitían adaptar las tarifas a cambios económicos extraordinarios. Las medidas adoptadas provocaron una alteración repentina del equilibrio económico del Contrato, que hizo recaer toda la carga en la Concesionaria. La pesificación y el congelamiento de las tarifas fueron unas decisiones políticas destinadas a garantizar, como efectivamente lo hizo, que fuera AGBA, y no los usuarios o las autoridades, quien cargara completamente con las consecuencias de la emergencia. La Demandada cargó a la Concesionaria con la responsabilidad de garantizar lo que describe como el derecho humano al agua, liberando al Estado, el verdadero garante de ese derecho, de toda participación en ese sacrificio. Desde el punto de vista económico, las medidas causaron un daño irreparable a la Concesionaria y al propio servicio, ya que destruyeron el equilibrio económico-financiero de la Concesión. La prioridad era garantizar el voto de los usuarios y es por ese motivo que la pesificación y el congelamiento de tarifas no tuvieron otra justificación más que una motivación política.

1066. La justificación general de la Demandada se basa en la situación económica de los usuarios y la crisis. Sin embargo, si el Estado cree que un servicio público determinado es esencial, dispone de medios legítimos, como los subsidios, para brindarlo. Lo que no puede hacer es transferir el costo de las medidas adoptadas para garantizar el servicio, a una empresa privada como AGBA. Esa excusa no es una justificación válida para una medida.

1067. Por lo tanto, las Demandantes concluyen que la República Argentina no ha refutado en lo más mínimo sus afirmaciones en cuanto a la existencia de medidas injustificadas en violación del Artículo III.1 del TBI entre España y Argentina. Las Demandantes agregan que las medidas impugnadas aun serían contrarias al TBI si, como prefiere la República Argentina, el término “injustificadas” fuera tratado como si los redactores del TBI hubieran utilizado la palabra “arbitrarias”. Las medidas en cuestión se basaron únicamente en la voluntad de las autoridades políticas de que todo el sacrificio que supuestamente era necesario recayera en la Concesionaria.

## 2. *Posición de la Demandada*

1068. La Demandada plantea que el concepto de medidas “injustificadas” es similar, en gran medida, al concepto de arbitrariedad, según la definición de la decisión en el caso *ELSI*. Las cláusulas de protección frente a medidas arbitrarias/injustificadas son comunes en los tratados bilaterales de inversión. Tal como señaló el Tribunal en el caso *Plama*, dichas medidas “son aquellas que no están fundadas en la razón o los hechos sino en el

capricho, el prejuicio o la preferencia personal”<sup>411</sup>. Estas palabras no quieren decir otra cosa más que “contrario a la justicia, la razón”. El Tribunal en el caso *Noble Ventures* agregó que debe considerarse si las medidas adoptadas por el Estado eran la alternativa en el corto plazo para evitar el colapso y si tales medidas fueron razonables y fundadas. Por lo tanto, el Tribunal debería considerar las circunstancias en que se adoptaron las medidas impugnadas y, además, realizar un análisis comparativo de circunstancias similares.

1069. Las Demandantes señalan que los términos “injustificadas” y “arbitrarias” no pueden equipararse. El foco se traslada a la determinación de si la medida en cuestión es compatible con las expectativas que los inversores pueden haber tenido al momento de realizar su inversión. Así, el estándar debería entonces interpretarse de manera similar al estándar de trato justo y equitativo. Lo anterior carece de todo sustento.

1070. Las Demandantes argumentan que la descripción más reciente de arbitrariedad que debiera utilizarse es la del Tribunal en el caso *Saur*. Sin embargo, esa decisión utiliza la definición brindada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*. Resulta evidente que la descripción de arbitrariedad ofrecida por la CIJ en el caso *ELSI* sigue siendo plenamente válida.

1071. Aun si las medidas adoptadas fueron injustificadas, para poder demostrar una violación del Artículo III.1 del TBI, las Demandantes necesitarían probar que dichas medidas obstaculizaron la gestión, el mantenimiento, el uso, el goce, la extensión, la venta o, de corresponder, la liquidación de la inversión en cuestión.

1072. Las cuestiones planteadas por las Demandantes están lejos de constituir incluso una violación *prima facie* del TBI. Algunas de las medidas impugnadas por las Demandantes son de naturaleza netamente contractual, como las decisiones respecto de los cargos por obras, el coeficiente de cloacas, la prohibición de exigir el pago de las facturas cuando no se cumplieran los requisitos.

1073. Sobre todo, las medidas identificadas por las Demandantes no constituyeron una omisión deliberada del debido proceso legal o actos que afectaron, o por lo menos sorprendieron, el sentido de prudencia jurídica. La Provincia debía garantizar la continuación del suministro básico de agua a millones de argentinos. La protección de este derecho humano fundamental y universal constituye el contexto dentro del cual las Demandantes deben enmarcar sus expectativas.

1074. Las medidas de emergencia adoptadas por la República Argentina fueron justificadas y lícitas, así como razonables en vista de la necesidad urgente de tomar

---

<sup>411</sup> *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI N.º ARB/03/24, Laudo del 27 de agosto de 2008.

decisiones de emergencia, a fin de enfrentar la peor crisis en la historia argentina. En cuanto a otras medidas impugnadas por las Demandantes, fueron adoptadas a fin de proteger a los usuarios de un servicio público fundamental, en una de las áreas más pobres de Argentina. Ninguno de los tribunales que analizaron las medidas de emergencia llegó a la conclusión de que dichas medidas fueron arbitrarias. Las Demandantes señalan que una de las opciones posibles habría sido recurrir a los mecanismos de revisión extraordinaria contenidos en el Contrato de Concesión. Sin embargo, esta posibilidad era inviable, dado que no era posible aplicar los mecanismos de cálculo y ajuste de tarifas en el contexto de la crisis.

1075. Con respecto a la falta de entrega de las plantas de UNIREC, ello solo habría implicado dificultades para AGBA en la expansión del servicio respecto del 30% de dos de los 7 partidos y tales dificultades no se habrían presentado sino hasta el tercer año (2002). Las conexiones que arrojaban agua a dichas plantas representaban solo el 34,7% de las conexiones totales que AGBA debía realizar durante el primer período quinquenal. Por otra parte, ninguna de esas conexiones había sido planificada para los primeros dos años de la Concesión, lo que significa que las Demandantes nunca podrían justificar su propio incumplimiento argumentando que la Provincia no entregó esas plantas. Por ende, las supuestas expectativas de las Demandantes son poco realistas.

1076. Las Demandantes no pueden sostener que la renegociación del Contrato era injustificada. Esta postura es incongruente. Fueron las Demandantes las que solicitaron la renegociación con anterioridad a las medidas de emergencia. El fracaso de ese proceso respondió a las exigencias irrazonables de AGBA. Como el régimen tarifario se había vuelto inviable, la renegociación era la única forma de restaurar un equilibrio que cumpliera con el principio de una tarifa justa y razonable. La decisión de la Provincia de renegociar los contratos era una decisión absolutamente fundada, a la luz de los hechos y de la crisis, pero también era una decisión que AGBA recibía favorablemente. En el presente arbitraje, las Demandantes confiesan que nunca realizaron propuestas genuinas, lo que demuestra que la República Argentina era la única parte dispuesta a renegociar la Concesión.

1077. En cuanto a la modificación del NMR, cabe señalar, en primer lugar, que no fue aplicado a las Demandantes. Asimismo, fue pactado con AGBA y redactado teniendo en cuenta la posibilidad de que el Contrato fuera modificado, hecho del que las Demandantes eran conscientes, ya que la Cláusula 1.2 del Contrato de Concesión lo mencionaba. En todo caso, las modificaciones adoptadas mantenían los principios del marco anterior. En relación con la supuesta violación de la garantía contenida en el Contrato y en el Marco Regulatorio, no existen diferencias perjudiciales para AGBA entre el contenido del marco original y el nuevo. En cualquier caso, la aplicación del NMR a AGBA estaba sujeta a que AGBA lo aceptara, tal como disponía expresamente su Artículo 91. El NMR de

ningún modo era una medida caprichosa e injustificada, sino que su objetivo era garantizar el suministro del servicio de agua y cloacas en el contexto de una grave crisis.

1078. Nunca se violaron las expectativas de las Demandantes. Incluso dentro del Nuevo Marco Regulatorio, el derecho de la Concesionaria de cobrar sus facturas impagas fue expresamente establecido. Las Demandantes no pueden sostener que la República Argentina es responsable por un derecho que siempre pudieron ejercer. Las Demandantes cuestionan la falta de pago de los créditos regulatorios que le habían sido reconocidos a la Concesionaria. La realidad es que las Demandantes siempre podrían haber hecho exigibles sus facturas impagas y que su derecho a hacerlo fue reconocido en el Artículo 59 del Decreto Provincial N.º 878/03 que aprobaba el NMR.

1079. En conclusión, las medidas adoptadas por la República Argentina estaban justificadas, dado que fueron razonables y proporcionales al objetivo buscado.

#### D. Conclusiones del Tribunal

##### 1. *El significado y la finalidad del Artículo III.1 del TBI*

1080. Los reclamos de las Demandantes relativos a la aplicación de medidas discriminatorias e injustificadas se superponen de manera significativa con su reclamo basado en el trato justo y equitativo, y con su intento de presentar reclamos netamente contractuales en virtud del TBI. Las Demandantes, por supuesto, han admitido expresamente que las controversias de naturaleza netamente contractual no están dentro de la competencia del presente Tribunal, a la luz del TBI. Por lo tanto, al evaluar la pertinencia de los reclamos planteados por las Demandantes, conforme al Artículo III.1, el Tribunal también incorporará las pruebas y los comentarios contenidos en los capítulos respectivos sobre las afirmaciones de las Demandantes respecto de la violación del Contrato y su reclamo basado en una supuesta violación del estándar de trato justo y equitativo.

1081. En vista de la lectura razonable del Artículo III.1, junto con las demás disposiciones del TBI que establecen protecciones específicas para los intereses de los inversores (Art. IV a VIII), la protección otorgada por el Artículo III.1 no puede tener el sentido de complementar las normas relativas a protecciones más específicas, mediante una protección o garantía adicional o ampliada. Por ejemplo, la garantía para el inversor de que su inversión recibirá un trato justo y equitativo se encuentra definida en el Artículo IV.1, en cuanto a su contenido y sus restricciones (sujeta a términos más favorables conforme al Artículo VII). No es posible que el sentido y el objetivo del Artículo III.1, ubicado antes del Artículo IV, sea estipular una garantía extendida respecto del trato que debe conferirse a una inversión, más allá de lo que se entiende como “justo y equitativo”.

1082. El Tribunal no considera que exista un requisito adicional basado en la nacionalidad. Si bien es correcto afirmar que la nacionalidad es, con frecuencia, un factor para determinar si una medida o decisión califica como discriminación, tal como señala la Demandada, no parece ser un criterio que restrinja la noción de “medidas discriminatorias” según el Artículo III.1. El TBI se basa en el origen extranjero respecto de la definición de las inversiones exclusivamente. Las Demandantes cumplen con ese requisito y, por lo tanto, impugnan correctamente la interpretación restrictiva de la Demandada.

1083. El Tribunal observa, además, que la interpretación de los términos principales de “medidas injustificadas o discriminatorias” debe observar las disposiciones relativas a la ley que este Tribunal debe aplicar, conforme al Artículo X.5 del TBI. Esta disposición establece que el Tribunal debe tomar una decisión basándose en el TBI, lo que significa que los conceptos utilizados en el Artículo III.1 son de naturaleza independiente, específica de este TBI en particular. Los principios generales de derecho internacional también pueden ser relevantes en ciertos aspectos. El Artículo X.5 también permite la aplicación del derecho interno de la República Argentina “cuando corresponda”.

1084. Contrariamente a las afirmaciones de las Demandantes, que ellas mismas han descrito como irrelevantes para este Tribunal, el Contrato de Concesión no sirve como fundamento para la decisión del Tribunal y, en consecuencia, tampoco sirve como fundamento para interpretar y determinar el contenido de las “medidas injustificadas o discriminatorias” a que hace referencia el Artículo III(1).

1085. Por otro lado, los derechos y las obligaciones que surgen del Contrato de Concesión, y del derecho interno de Argentina (cuando “corresponda” consultarlo), son elementos importantes de referencia para el Tribunal, ya que determinan la situación respectiva de AGBA y de las Demandantes, que necesariamente debe considerarse a los fines de evaluar si una medida adoptada por la Demandada es “justificada” o no, “discriminatoria” o no, según los estándares establecidos en el Artículo III.1 del TBI.

1086. El Tribunal también desea centrar la atención en otro elemento del texto del Artículo III.1, sobre el que las Demandantes no hacen ninguna observación, pero que la Demandada señala como una restricción. De hecho, los términos “medidas injustificadas o discriminatorias” no son autónomos. El sentido de la protección concedida a los inversores que podrían enfrentarse a esas medidas, es que tales medidas “no obstaculizará[n]” las inversiones y, más específicamente, “la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta, ni en su caso, la liquidación de tales inversiones”. En otras palabras, el inversor no está protegido frente a esas medidas cuando no “obstaculi[cen]” su operación y actividad.

1087. Los requisitos derivados del Artículo III.1 constituyen el fundamento principal de los reclamos de las Demandantes en este sentido. La carga de probar las condiciones aplicables recae sobre las Demandantes. El Tribunal no comparte la posición de las Demandantes de que una vez que la Demandada ha aceptado que AGBA recibió un trato diferencial, la carga de probar que ese trato tuvo una justificación válida debería trasladarse a la Demandada.

1088. El Tribunal básicamente concuerda con la visión de que las medidas que afectan a un inversor son discriminatorias si son claramente menos favorables que las aplicadas a otros inversores que operan en circunstancias iguales o similares, están dirigidas a causar un perjuicio al inversor extranjero y causan efectivamente un daño, y si no están justificadas con motivos suficientes. El Artículo III.1 exige agregar el requisito de que tal medida haya obstaculizado alguna de las actividades relacionadas con la inversión que se enumeran en dicho artículo.

1089. El Tribunal reconoce la dificultad de dar al concepto de “medidas injustificadas” un sentido que refleje las intenciones originales de las Partes Contractuales que celebraron el TBI y que sea adecuado en comparación con las demás normas que rigen la protección de los inversores en el TBI. Observa, además, que las medidas mencionadas tienen un modificador negativo y no positivo. El Artículo III.1 no garantiza al inversor que se enfrentará a medidas “justificadas” únicamente. La protección se plantea en forma más restrictiva como una prohibición frente a medidas que “no tengan justificación”. Esa justificación podría basarse en la ley aplicable según el Artículo X.5, incluido, en su caso, el derecho interno del Estado Receptor. Sin embargo, la medida a abordar en un caso particular no necesariamente debe ser “lícita” para cumplir con el estándar que exige el Artículo III.1. Esta disposición no utiliza el término “ilícitas” sino la palabra “injustificadas”, que puede incluir posibles justificaciones que hagan referencia a motivos que no necesariamente sean motivos legales, en particular, en el caso de medidas justificadas por motivos que se basan en la equidad o la buena fe.

## 2. *Los reclamos basados en supuestas medidas discriminatorias*

1090. Las numerosas comparaciones planteadas por las Demandantes entre el trato conferido a AGBA y las condiciones más favorables ofrecidas a otras concesionarias padecen, en general, de varios errores que tornan imprecisas, vagas o insignificantes a esas explicaciones. En un gran número de casos, simplemente se afirma que una concesionaria que se compara con AGBA operaba en condiciones iguales o “similares”, sin ninguna prueba que se base, en particular, en el contrato o en los compromisos de cumplimiento aplicables a tal concesionaria. Las Demandantes no hacen ninguna distinción entre esas concesionarias que estaban operando una inversión protegida por un TBI y empresas estatales cuyo marco jurídico, económico y financiero es completamente distinto.

1091. Las comparaciones son entre los tratos conferidos a AGBA entre 2002 y 2005, y medidas más favorables aplicadas a entidades que operaban en 2008, cuando la situación económica de Argentina, junto la salud y el índice de empleo de la población, habían mejorado mucho. Las Demandantes plantean que la misma Provincia firmó un Acta Acuerdo con AZURIX como concesionaria, mientras que a AGBA no le permitió hacer lo mismo, sin considerar que las condiciones ofrecidas a AZURIX podrían haber sido más atractivas para la Provincia, en particular, en vista del ámbito económico muy diferente y más favorable de las Regiones A y C, frente a los antecedentes de incumplimiento por parte de AGBA respecto del Primer POES Quinquenal para la Región B, con un riesgo más alto. Las Demandantes también se quejan de las flexibilidades ofrecidas a otras concesionarias, o entidades respecto de la inversión a ser realizada y las obras de expansión que debían alcanzar, sin observar que se preveían medidas similares para AGBA durante la renegociación, que fueron rechazadas por la Concesionaria.

1092. Las Demandantes realizan un reclamo extenso sobre las condiciones favorables que le fueron ofrecidas a ABSA cuando tomó posesión de las Concesiones de AZURIX y AGBA y argumentan que la diferencia fue tan significativa que constituyó un trato discriminatorio.

1093. Sin embargo, el Tribunal observa que ABSA era una entidad estatal que no necesitaba alcanzar un equilibrio económico y financiero, ya que eso es necesario para las Demandantes en su carácter de inversores privados interesados en obtener un retorno positivo y una ganancia. Las ventajas más importantes ofrecidas a ABSA, y que impugnan las Demandantes, se vinculan con el compromiso asumido por la Provincia de garantizar las inversiones necesarias y de no exigir el cumplimiento de metas específicas de expansión. Las Demandantes no mencionan que esto es bastante similar a lo que la Provincia había querido negociar con AGBA y restan importancia a la participación de la Provincia en la renegociación, afirmando que sus representantes no estaban dispuestos a negociar, pero hacerlo sin recurrir a las pruebas presentadas ante este Tribunal es, como bien saben las Demandantes, diferente. Las Demandantes también plantean objeciones respecto de los aumentos tarifarios otorgados a ABSA, pero no brindan información o pruebas suficientes para que sea posible comprender, con mayor precisión, hasta dónde estos aumentos han sido aceptados, ni tampoco realizan ninguna distinción entre las situaciones respectivas en 2006, 2007 y 2008 para ABSA y los años 2003, 2004 y 2005 para AGBA. Las Demandantes sostienen que los Decretos N.º 1677/06, 953/07 y 3144/08 contienen regímenes que ofrecen favores discriminatorios en beneficio de ABSA; demuestran, según su propia opinión, que ABSA recibió una respuesta afirmativa ante cada solicitud que AGBA había realizado durante años y que le había sido sistemáticamente negada. Sin embargo, las Demandantes omiten las diferencias que surgen al considerar la situación de AGBA mucho antes del fin de la Concesión y la situación de ABSA luego de haber tomado posesión de la Concesión de AGBA. Tampoco observan que esos regímenes se enfocan principalmente en actualizar el régimen de la



antigua concesión de AZURIX en la Zona 1, que operaba, en forma manifiesta, en un ámbito socio-económico muy diferente. Por otra parte, las Demandantes argumentan que la Provincia, luego de haber recuperado el control de la Concesión por motivos netamente políticos y de haber transferido la Concesión a ABSA, aprobó los cambios necesarios (aumentos de tarifas) a fin de permitir que la concesión fuera viable para ABSA; no obstante, no se ofrece ninguna prueba sobre este aspecto, en el sentido de que no es posible evaluar los efectos de los aumentos tarifarios sin contar con información completa sobre el marco económico de la concesión de ABSA, incluido el origen y el monto de las inversiones, y de los subsidios otorgados por la Provincia. Las Demandantes también deben comprender que cuando se lamentan de que AGBA estuviera sufriendo discriminación, al no habersele otorgado subsidios, no existía un fundamento legal para actuar en consecuencia conforme al Contrato de Concesión, mientras que el NMR que las Demandantes rechazaron les habría brindado acceso a ese aporte.

1094. Como respuesta al reclamo de las Demandantes de que AGBA estaba recibiendo un trato discriminatorio, al no percibir subsidios de parte de la Provincia aunque ABSA sí habría recibido esa contribución por un monto de 60 millones, el Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos observó en su nota del 25 de agosto de 2005 (CU-60) que la comparación debía realizarse de manera diferente. El aporte de la Provincia fue realizado en su carácter de accionista de ABSA y, por lo tanto, era justo esperar que los accionistas de AGBA ofrecieran un aporte similar.

1095. Las Demandantes no toman en cuenta el hecho de que todas las medidas que supuestamente discriminaron a AGBA y que fueron adoptadas con posterioridad a la fecha de la rescisión, en julio de 2006, fueron ordenadas en un momento en que AGBA y sus accionistas ya no operaban la Concesión y, en consecuencia, no tenían derecho a reclamar la protección ofrecida por el TBI<sup>412</sup>.

1096. En suma, los reclamos de las Demandantes en este sentido están plagados de un sinnúmero de simplificaciones que no permiten realizar una comparación seria, mucho menos si se considera que los hechos relevantes y los efectos precisos de las medidas impugnadas no están respaldados por pruebas convincentes.

1097. Algo similar puede decirse sobre las comparaciones con concesionarias de servicios de agua potable y desagües cloacales en otras provincias, donde es necesario analizar seriamente las condiciones subyacentes antes de llegar a una conclusión. El Tribunal no recibió pruebas confiables sobre tales concesiones y observa que la mayoría de las soluciones que se consideran factores comparativos se vinculan con un período que es siete años posterior al año 2002, cuando las medidas de emergencia fueron dictadas.

---

<sup>412</sup> Lo anterior está sujeto a algunas excepciones menores como las que se vinculan con medidas injustificadas y discriminatorias que obstruyen la liquidación de la inversión, que no es lo que alegan las Demandantes en el caso que nos ocupa.

Por otra parte, las Demandantes han mencionado, pero no aportado pruebas económicas confiables para respaldar sus afirmaciones, las reacciones a las medidas de emergencia en otros sectores que no pertenecían al ámbito de los contratos de servicios públicos, como las concesiones de agua y cloacas. Aun cuando podría aceptarse, tal como sostienen las Demandantes, que la existencia de “circunstancias exactas” entre el inversor que alega discriminación y aquellos con los que se compara no es necesaria para determinar que hubo discriminación, como sugiere la República Argentina, y que “circunstancias similares” son suficientes, que podrían existir en comparación con sectores ajenos a los servicios de agua potable y cloacas, aun así deben presentarse pruebas para demostrar que tales circunstancias “similares” efectivamente existen. Las Demandantes no lo han hecho en el presente caso. El Tribunal no puede dar explicaciones por iniciativa propia, pero puede mencionar que la vulnerabilidad particular de la población a la que debía suministrarse el servicio de agua y cloacas debe haber sido un factor importante en la política del Gobierno de abstenerse de aumentar las tarifas, siempre y cuando hubiera alternativas disponibles que brindaran mayor protección a la población.

1098. El Tribunal pone en duda la afirmación de las Demandantes de que la discriminación que supuestamente sufrieron tuvo como una de sus consecuencias que, a menos que se tomaran medidas para permitir un aumento de los ingresos de la Concesionaria, la concesión no sobreviviría. Por supuesto que la Concesión podía sobrevivir: las Demandantes no pueden desentenderse del hecho de que estaban lejos de suministrar el financiamiento necesario que se habían comprometido a suministrar de conformidad con el primer POES Quinquenal. Las Demandantes también argumentan que la población debería haber compartido los esfuerzos para superar las dificultades: como ya fue mencionado, si los accionistas de AGBA hubieran cumplido su parte de las obligaciones que recaían sobre los inversores, en virtud del Contrato y del POES, no habría sido necesario que la población contribuyera. Las Demandantes agregan que había otras fórmulas disponibles para evitar la pesificación y el congelamiento de tarifas: de hecho, una de esas fórmulas habría sido que los accionistas brindaran financiamiento y la otra fue aplicada a través de la renegociación que tenía como uno de sus objetivos eliminar los efectos negativos de las medidas de emergencia.

1099. Las Demandantes reiteran su incapacidad de comprender por qué AGBA recibió un trato diferente respecto de ABSA, que operaba en la misma región y, durante un corto tiempo, en la misma Provincia, cuando ABSA tomó posesión de las Regiones A y C. Sin embargo, ABSA era una entidad estatal que operaba conforme a un marco jurídico y económico distinto al de la Concesión de AGBA. Como ya fue mencionado en reiteradas ocasiones durante este procedimiento, la Zona 1 era significativamente diferente en cuanto a sus antecedentes económicos, y la pobreza y vulnerabilidad de su población. AGBA, a diferencia de ABSA, tenía una Concesión que exigía a la Concesionaria cumplir con diversos POES. Además, ABSA operaba en el contexto del NMR que ofrecía las condiciones más favorables que las Demandantes describen como la fuente de la

discriminación de AGBA, aunque AGBA tuvo la oportunidad de unirse a ese mismo régimen.

1100. El Tribunal no comparte la postura de las Demandantes de que AGBA recibió un trato discriminatorio en vista de los subsidios y garantías de aportes adicionales que recibió ABSA de la Provincia, en función del Decreto N.º 757/05 de abril de 2005 (CU-169), mientras que AGBA no recibió esa ventaja. Las Demandantes niegan que hayan existido circunstancias similares entre ambas empresas porque la Provincia hizo aportes a ABSA en su carácter de Concedente de la concesión, no como accionista. No obstante, AGBA podría haber gozado de una protección financiera comparable si sus propios accionistas hubieran cumplido con sus compromisos de inversión asumidos en el Contrato y el POES. ABSA era una entidad estatal y, por ende, contaba con el apoyo financiero de la Provincia como órgano rector o “propietario”. En todo caso, en ese momento, en abril de 2005, luego de la suspensión de las negociaciones en febrero, la Concesión ya se encontraba en una situación vulnerable, según la propia evaluación que realizan las Demandantes, lo que invalida toda conclusión de que ABSA y AGBA se encontraban en situaciones similares que exigían un trato equitativo.

1101. El Tribunal también concluye que las objeciones planteadas por las Demandantes en cuanto al Decreto N.º 963/05, que permitía al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos de la Provincia celebrar acuerdos con proveedores de servicios de agua potable y cloacas que aceptaran firmar un contrato que fuera acorde al NMR, no son convincentes. Las Demandantes sostienen que AGBA no tuvo acceso a ese contrato ni a ese beneficio. Esto no es correcto. Las Demandantes estaban listas para que AGBA accediera al NMR que era la base de las renegociaciones y que había sido calificado de esa manera por AGBA durante ese proceso. Es más, las Demandantes plantean un argumento confuso, cuando se lamentan de que AGBA no haya podido confiar en la Provincia en el contexto de la Concesión, a fin de brindar el servicio a más clientes, aumentando así los ingresos de AGBA, mientras a su vez se lamentan de haber sido privadas de la garantía de exclusividad, corriendo así el riesgo de permitir el ingreso de terceros para operar en el área de Concesión.

### 3. *Los reclamos basados en supuestas medidas injustificadas*

1102. Las Demandantes utilizan el estándar de protección frente a medidas injustificadas como una herramienta autónoma, con la cual plantear argumentos y objeciones a la mayoría de las supuestas violaciones del Contrato de Concesión, que presentan como controversias contractuales. Además, cuestionan medidas que ya fueron abordadas al tratar el estándar de protección sobre trato justo y equitativo, en un intento de persuadir al Tribunal de que aquellas medidas que no alcancen a satisfacer dicho estándar fueron, sin embargo, “injustificadas”, porque pueden presentarse muchas razones para demostrar que las medidas adoptadas fueron incorrectas e injustificadas.

1103. El Tribunal no comparte la opinión de las Demandantes en este sentido y rechaza los intentos de ampliar el alcance de las “medidas injustificadas”, de tal forma que el foco de este concepto esté en “determinar si la medida es compatible con las expectativas que podían tener los inversores al realizar su inversión, a la vista del APPRI [TBI] y de la normativa entonces vigente en el Estado receptor”<sup>413</sup>. El Artículo III.1 de TBI no vincula la naturaleza y el contenido de las medidas del Estado receptor con las expectativas de los inversores, y aun si lo hiciera, no haría referencia a las expectativas de los inversores en el momento de su inversión exclusivamente, sino que incluiría las expectativas a medida que se desarrollan durante la Concesión.

1104. El Tribunal tampoco concuerda con la proposición de las Demandantes de que el Tribunal no fue convocado para responder la interrogante de si tales medidas fueron correctas o incorrectas, sino para determinar si violaron el TBI y, por ende, imponer a la Demandada el deber de compensar a las Demandantes por el daño sufrido. Siguiendo la línea argumental de las Demandantes, para saber si una medida fue “injustificada” o no, el Tribunal definitivamente tendría que saber si tal medida fue correcta o incorrecta. En todo caso, las Demandantes argumentan en forma extensa que un número considerable de medidas que AGBA tuvo que enfrentar fueron “injustificadas”, por exactamente las mismas razones brindadas para respaldar sus argumentos referidos a las supuestas violaciones del Contrato por parte del ORAB. La mayoría de esos argumentos fueron rechazados cuando el Tribunal analizó el Contrato y consideró el incumplimiento por parte de AGBA con el primer POES Quinquenal. No es posible reintroducir tales afirmaciones bajo el paraguas de “medidas injustificadas”, conforme al Artículo III.1 del TBI.

1105. El Tribunal ya ha manifestado, en reiteradas oportunidades, que la protección concedida a los accionistas de AGBA, en virtud del TBI, no incluye o incorpora los derechos de AGBA derivados del Contrato de Concesión. El hecho de que las Demandantes reiteren su supuesta ignorancia respecto de esta clara restricción no es motivo para que el Tribunal no la reafirme una vez más.

1106. En consecuencia, el Tribunal hace referencia a lo que explicó respecto de las cuestiones que revelan controversias de carácter contractual en el Capítulo IV. La mayoría de los motivos que se vuelven a invocar en el acápite “medidas injustificadas” encuentran el respaldo adecuado en el Contrato de Concesión. Por lo tanto, están lejos de calificar como las “medidas injustificadas” a las que se refiere el Artículo III.1 del TBI. Asimismo, las Demandantes no complementan su enumeración de esas supuestas medidas mediante una comparación con el manifiesto incumplimiento de AGBA y sus accionistas respecto de los requisitos establecidos en el primer POES Quinquenal, en cuanto a las obras de expansión y la cantidad de financiamiento. Resulta difícil seguir la línea argumental de

---

<sup>413</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 479.

las Demandantes referida a las medidas regulatorias de la República Argentina, cuando hacen completamente a un lado su falta de cumplimiento con los compromisos que ellas mismas asumieron y que eran fundamentales para el éxito de la Concesión.

1107. También es poco convincente para el Tribunal que las Demandantes se fundamenten en las afirmaciones de sus Expertos para sostener que las medidas adoptadas bajo la protección de la emergencia económica también califican como injustificadas en virtud del TBI, porque tales medidas no eran “inevitables” y porque la paridad entre el dólar y el peso “no exigía necesariamente” que las disposiciones sobre las tarifas en dólares contenidas en el Contrato de Concesión también debieran abandonarse, ya que tales disposiciones “podrían haberse mantenido”, mediante las revisiones extraordinarias de tarifas establecidas en el Artículo 12.3.6 del Contrato. Las Demandantes agregan que el Estado contaba con los subsidios como una forma legítima para brindar respaldo a los usuarios, pero no presentaron ninguna prueba de que esto hubiera sido posible durante el período crítico de 2002 y 2003, y tampoco señalan que habría sido difícil obtener los subsidios con el presupuesto del Estado, cuando la Concesionaria había incumplido con sus obligaciones de brindar financiamiento y se había rehusado a adoptar el NMR.

1108. Así, las Demandantes simplemente plantean argumentos sobre otras soluciones distintas a las medidas adoptadas, enfocándose en las expectativas de ganancia y retorno para los accionistas de AGBA. Las Demandantes no presentan ningún argumento que respalde su interpretación amplia del estándar de “medidas injustificadas”. Simplemente afirman que, bajo el paraguas del Artículo III.1, un inversor puede obtener una indemnización siempre que exista un motivo más razonable que el motivo que sustenta la medida. Una vez más, las Demandantes intentan alegar su falta de satisfacción con la pérdida de la Concesión, la cual no respaldaron con el financiamiento adecuado, e invocan protecciones contenidas en el TBI que no fueron diseñadas con esa finalidad.

1109. Por los motivos expuestos precedentemente, el Tribunal rechaza los reclamos de las Demandantes basados en el Artículo III del TBI.

## **XII. Demanda Reconvencional de la Demandada**

### **A. Jurisdicción y admisibilidad**

#### *1. Objeciones de las Demandantes*

##### *a. Cuestiones preliminares*

1110. Las Demandantes observan desde un principio que la Demandada eligió presentar una demanda reconvencional inesperada y sorprendente. Había transcurrido mucho tiempo desde que CABB y URBASER cursaran las Notificaciones de demanda a la Procuración del Tesoro de la Nación, el 21 de diciembre de 2005 y el 24 de enero de 2006, respectivamente, hasta el 29 de mayo de 2013, cuando la República Argentina presentó su Memorial de Contestación y Demanda Reconvencional. Hasta esa última fecha, la Demandada nunca afirmó, y ni siquiera insinuó, que tuviera intención de presentar una demanda reconvencional. También se observó un silencio absoluto después de que las Demandantes presentaran su Solicitud de Arbitraje el 6 de julio de 2007. Entre las normas de procedimiento pactadas entre las partes e incorporadas a los Acuerdos el 16 de diciembre de 2009 no se incluye ninguna referencia a la citada reconvención.

1111. Las Demandantes sostienen que, si bien es cierto que la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje permite a la parte demandada presentar reconvención a más tardar en el memorial de contestación, el silencio mantenido por la Demandante durante más de siete años es síntoma inequívoco del carácter absolutamente infundado de una Reconvención, que se presenta de forma improvisada y absolutamente carente de fundamento.

La propia Demanda Reconvencional demuestra la falta de credibilidad de la Demandada. No puede existir ninguna razón para esperar siete años desde la rescisión de la Concesión para presentar, por primera vez, una reconvención.

1112. El fallido cuestionamiento jurisdiccional planteado por la Demandada no puede constituir una excusa válida. La Demandada podría haber mencionado sus intenciones de reconvenir en caso de que dicho cuestionamiento fuera rechazado al momento de debatir las normas de procedimiento pactadas entre las Partes. AGBA, la Concesionaria, inició una acción de Nulidad del Decreto N.º 1.666/06, la cual se encuentra pendiente y podría haber ofrecido al Concedente la oportunidad de reconvenir, pero éste no lo hizo. Esto demuestra que esta Demanda Reconvencional carece completamente de fundamentos y desacredita enteramente el rigor de la Demandada.

1113. Los argumentos de la República Argentina son meras afirmaciones carentes del más mínimo desarrollo. Se basan en una supuesta falta de inversiones en la Concesión. Esto sería igualmente cierto en el caso *Impregilo*, pero allí la República Argentina no presentó ninguna reconvención. El hecho de no haber reconvenido frente a *Impregilo*

demuestra que carece de todo sentido y fundamento reconvenir frente a CABB y URBASER.

1114. La Demandada solo menciona el hecho de que CABB y URBASER aceptaron la oferta resultante de la firma del TBI, sin hacer la más mínima alusión al contenido y alcance de esa aceptación.

1115. Respecto de las violaciones supuestamente cometidas por CABB y URBASER, la Demandada alude a unos principios generales y a derechos humanos, sin el más mínimo intento de explicar cómo habrían resultado incumplidos. En materia de daños, se omite la más mínima explicación que permita entender el motivo por el que se identifican los daños y la cantidad supuestamente no invertida. La Demandada prescinde de cualquier razonamiento que pudiera arrojar alguna luz acerca del modo en el que se pueden compatibilizar esos supuestos incumplimientos de CABB y URBASER con las medidas de emergencia. Todo lo anterior lleva a concluir que el Tribunal no se encuentra frente a una demanda reconvenional propiamente dicha, sino de un esbozo de reconvenición. En una situación similar, el Tribunal del Caso *Hamester* desestimó la reconvenición sobre la base de la insuficiente justificación de la misma<sup>414</sup>. La Demanda Reconvenional presentada no satisface los requisitos mínimos para que el Tribunal pueda evaluar el fondo de la cuestión. Este debe rechazar cualquier intento por parte de la Demandada de presentar una demanda reconvenional modificada o los fundamentos que omitiera en su Memorial del 29 de mayo de 2013.

1116. Si bien el Tribunal no ha fijado un plazo de conformidad con lo establecido en la Regla 40(3), las Demandantes decidieron presentar su Contestación a la Demanda Reconvenional dentro del plazo establecido para la presentación del Memorial de Réplica. Sin embargo, afirman que no habrá una posterior etapa de alegatos. La Demandada no puede hacer alusión a su Demanda Reconvenional en su Memorial de Dúplica. En los casos de reconveniones, solo se acepta una ronda de escritos.

b. La falta de competencia del Tribunal

1117. Las Demandantes aceptan que los Estados receptores pueden actuar como parte demandante en procesos arbitrales relativos a inversiones y, de igual forma, pueden presentar reconveniones, de conformidad con lo establecido en el Artículo 46 del Convenio CIADI. Sin embargo, dicho Artículo no atribuye por sí sólo competencia al Tribunal Arbitral para conocer de la Demanda Reconvenional. Los requisitos de jurisdicción y competencia que han de reunir las demandas reconvenionales vienen determinados por otras disposiciones, entre ellas, el Artículo 25 del Convenio CIADI y lo dispuesto en el TBI.

---

<sup>414</sup> *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co KG v. República de Ghana*, Caso CIADI ARB/07/24, Laudo del 18 de junio de 2010 (CUL-189).

La existencia de jurisdicción sobre una acción accesoria es una precondition para la operatividad del Artículo 46 y de la Regla de Arbitraje 40(1).

1118. La posibilidad de que un Estado inicialmente demandado en un arbitraje de inversiones, presente una demanda reconvenicional contra el inversor demandante viene avallada por la conveniencia de favorecer la economía procesal y salvaguardar la coherencia de las decisiones. Sin embargo, el consentimiento es la base misma del arbitraje y se encuentra por encima de cualquier propósito tendente a facilitar la solución completa de las controversias surgidas entre las partes. Tal fue la conclusión alcanzada en el caso *Saluka*<sup>415</sup>, donde el Tribunal decidió que carecía de competencia para conocer sobre ciertas cuestiones planteadas en la demanda reconvenicional, que no guardaban una íntima conexión con la controversia principal.

1119. Ni siquiera razones de economía, eficiencia o congruencia podrían avalar la posibilidad de que el Tribunal Arbitral entrase a conocer de la Demanda Reconvenicional planteada por la República Argentina, porque dicha Demanda Reconvenicional queda fuera de la competencia del Tribunal. Si la República Argentina tuviese realmente algún reclamo pendiente frente a las Demandantes, como consecuencia de una supuestamente incumplida obligación de realizar inversiones, así lo habría anunciado cuando éstos le comunicaron la controversia en diciembre de 2005 y enero de 2006 o, al menos, cuando se acordaron determinadas cuestiones de procedimiento incluidas en la Agenda del Tribunal. El supuesto incumplimiento de esa obligación de invertir, citada por la Demandada, debió producirse, en todo caso, antes de la rescisión de la Concesión ordenada en julio de 2006 mediante el Decreto N.º 1.666/06. Por lo tanto, la reconvenición correspondiente debería haberse presentado ante los Tribunales de La Plata, donde ese Decreto es objeto de una acción de anulación. Sin embargo, la Demandada en esa acción de anulación, la Provincia de Buenos Aires, tampoco planteó reconvenición en ese proceso. Si unimos a lo anterior el hecho de enfrentarnos a una Demanda Reconvenicional muy deficientemente argumentada, tendremos todos los elementos para demostrar la falta de seriedad del planteamiento presentado por la Demandada.

1120. Respecto del TBI España-Argentina y la cuestión del consentimiento necesario para someter una controversia relativa a inversiones a arbitraje ante el CIADI, las Demandantes afirman, en primer lugar, que la naturaleza asimétrica de los TBI impide a un Estado invocar cualquier derecho en función de dichos tratados, incluyendo el de presentar una demanda reconvenicional contra un inversor. El principal objetivo de dichos tratados es, de hecho, la protección de los derechos de los inversores. Los TBI no establecen procedimientos para la presentación de demandas reconvenicionales por parte de los Estados ni mencionan siquiera el derecho de un inversor a presentar tales demandas. Esto significa que los tratados de inversiones no imponen obligación alguna a los inversores,

---

<sup>415</sup> *Saluka Investments BV v. República Checa*, Laudo Parcial del 17 de marzo de 2006 (CUL-59, ALRA-137).



por lo que los Estados receptores no pueden basarse en la violación de las disposiciones de dichos tratados para iniciar acciones contra un inversor. El derecho de demanda sería contrario al objeto y propósito del arbitraje de controversias resultantes de tratados, que es otorgar a los inversores un derecho unilateral al control cuasi-judicial de las acciones regulatorias de las naciones.

1121. Asimismo, en el caso en cuestión, la República Argentina no goza del derecho de presentar una reclamación en virtud del TBI, porque las Demandantes no consintieron tal extensión del proceso arbitral. Los TBI contienen una oferta de arbitraje realizada por los Estados firmantes, y éste es también el caso con el TBI España-Argentina. Dicha oferta debe ser aceptada por el inversor para que se entienda prestado el consentimiento al citado arbitraje. En consecuencia, el alcance del expresado consentimiento prestado por el inversor se convierte en elemento esencial, pues determina si la demanda reconvenional se encuentra dentro de la competencia del Tribunal. Ni la solicitud de arbitraje ni su presentación al CIADI constituyen pruebas suficientes de que las Demandantes hayan consentido la presentación de una demanda reconvenional. Tal como se estableció en el caso *Roussalis*, la existencia de consentimiento entre las partes debe ser determinada en base a instrumentos ajenos al propio Convenio, sin que sea suficiente la referencia a la reconvenión incluida en su Artículo 46<sup>416</sup>.

1122. Las Demandantes admiten que el TBI España-Argentina no establece restricciones *ratione personae* sobre la parte que puede presentar la reclamación, ni limita expresamente esas reclamaciones a la infracción de sus propias disposiciones. Ello tan sólo significa que los Estados firmantes no restringieron su oferta de arbitraje. Pero, aún queda por determinar el alcance de la aceptación de dicha oferta por parte de las Demandantes.

1123. La aceptación de la oferta de arbitraje por parte de CABB y URBASER quedó delimitada en los términos acordados por sus respectivos órganos de administración. Esa aceptación resultó circunscrita a lo que era el objeto de su reclamación y, además, a controversias derivadas de infracciones al TBI España-Argentina, lo que excluye cualquier otra posible reclamación derivada de la eventual infracción de otro cuerpo normativo. Por lo que se refiere a URBASER, la aceptación de la oferta de arbitraje tuvo lugar en la reunión de su Consejo de Administración de fecha 19 de marzo de 2007, que cubría “las controversias suscitadas entre esta compañía con la República Argentina, como consecuencia de los perjuicios irrogados a las inversiones realizadas por esta sociedad en el citado País”. La aceptación de CABB se limitaba a “la controversia suscitada entre esta entidad y la República Argentina, como consecuencia de los perjuicios irrogados a las inversiones realizadas por este Consorcio en el citado País”. Así, CABB y URBASER limitaron su

---

<sup>416</sup> *Spyridon Roussalis v. Rumania*, Caso CIADI ARB/06/1, Laudo del 7 de diciembre de 2011 (CUL-203).

intervención en el proceso al papel de Demandantes, excluyendo cualquier posible reconvencción<sup>417</sup>. Aunque el TBI España-Argentina hubiera previsto la posibilidad de que fuera el Estado receptor el demandante inicial o demandante por vía de reconvencción, en el caso que nos ocupa, la aceptación de esa oferta por parte de CABB y URBASER limitó el ámbito de aquella oferta, restringiendo su consentimiento a las controversias derivadas de los perjuicios causados a sus inversiones y, por tanto, dejando al margen eventuales perjuicios sufridos por la República Argentina. Las Demandantes admiten que no excluyeron literalmente eventuales reconvencciones del Estado demandado. Nunca se había suscitado el más mínimo planteamiento en ese sentido. Sin embargo, los términos de su oferta de arbitraje producen los mismos efectos que los de una exclusión directa de demandas reconvenccionales.

1124. Las Demandantes mencionan asimismo que las potenciales reconvencciones quedaron en todo momento fuera de las comunicaciones intercambiadas por las Partes antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje. Por lo tanto, faltaría un requisito esencial incluido en los Artículos X(1) y X(2) del TBI. En ningún momento antes de la presentación de la Demanda Reconvenccional la reclamación, que constituye la base de la misma, fue comunicada a los inversores CABB y URBASER, por lo que no llegó siquiera a abrirse el término de seis meses para la negociación.

1125. En definitiva, la Demanda Reconvenccional presentada por la República Argentina queda fuera del alcance del consentimiento de las partes porque, aunque el TBI España-Argentina prevea la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda actuar como demandante, la aceptación de la oferta de arbitraje otorgada por CABB y URBASER limitaron el consentimiento a controversias relativas a los perjuicios causados a sus inversiones en la República Argentina.

- c. La Demanda Reconvenccional no es una controversia que surge directamente de una inversión, en el sentido del Convenio CIADI y del TBI

1126. Las Demandantes fundan asimismo la falta de competencia de este Tribunal para conocer la Demanda Reconvenccional en la naturaleza de las reclamaciones de la Demandada y los fundamentos legales en los que supuestamente se basan.

1127. A este respecto, los alegatos de las Demandantes deben ser divididos en dos partes, pertinentes, respectivamente, a la competencia del Tribunal y al fondo de la Demanda Reconvenccional. Las Demandantes aducen que la Demanda Reconvenccional carece, en todas sus partes, de cualquier fundamento en el TBI, por lo que no es una “controversia

---

<sup>417</sup> A este respecto, las Demandantes mencionan las Actas Notariales correspondientes a la actuación de sus respectivas autoridades societarias; Ver Memorial de Réplica y Contestación de la Demanda Reconvenccional, párrs. 719/720; TR-S, Día 1, pág. 83/1-16. Estas declaraciones fueron citadas en la Notificación de Arbitraje de las Demandantes (párrafo primero) y anexadas a dicha Notificación como Documentos 1 y 2.

en relación con inversiones, en el sentido del TBI”, como lo requiere el Artículo X(1) de dicho instrumento. Todos los reclamos de la Demandada se basan en el derecho argentino y resultan del Marco Regulatorio y del Contrato de Concesión. La posición en este respecto es, entonces, igual a la conclusión del Tribunal de que no posee competencia para decidir sobre los reclamos de las Demandantes resultantes de ese mismo Contrato<sup>418</sup>. Por lo tanto, las Demandantes consideran que no es necesario analizar los (inexistentes) fundamentos de la Demanda Reconvencional, ya que ésta se encuentra fuera de la competencia del Tribunal. Si las Demandantes hubieran violado realmente el derecho argentino, competiría a los tribunales internos de la República Argentina resolver cualquier controversia resultante.

1128. Las Demandantes consideran que las reclamaciones de la Demandada son meros alegatos de que las obligaciones de inversión asumidas generaron la expectativa de buena fe de que las mismas efectivamente se realizarían. Tanto el derecho argentino como los principios generales del derecho internacional reconocen no sólo el principio de buena fe, sino también el de *pacta sunt servanda*. Se afirma que las Demandantes, a través de su operación de AGBA, violaron flagrantemente estos principios, al no realizar las inversiones a las que se habían comprometido. Esa violación afectó derechos humanos básicos, y la salud y el medio ambiente de miles de personas que en su mayoría vivían en la extrema pobreza. Las Demandantes señalan que esto significa que la Demanda Reconvencional no se basa en incumplimiento alguno del TBI España-Argentina. Las supuestas violaciones resultan del derecho argentino, el Marco Regulatorio de la Concesión y el derecho internacional; se trata simplemente de un incumplimiento contractual. El hecho de que el Artículo X(5) del TBI declare aplicable el derecho argentino y el derecho internacional, no significa que imponga al inversor el cumplimiento de esas normas, ni eleva los incumplimientos de las mismas a la categoría de incumplimientos del propio TBI, que la República Argentina pueda someter a la consideración de un tribunal del CIADI. Dado que el TBI no contiene obligaciones impuestas al inversor, resulta imposible que el Estado pueda encontrar amparo en un TBI que no contiene una cláusula paraguas para una obligación contractual. La Demanda Reconvencional debe ser rechazada de plano pues, ni cae dentro de la competencia del Tribunal, ni tampoco es una controversia que surja directamente de una inversión, como exige el Artículo 25(1) del Convenio CIADI, al que implícitamente remite su Artículo 46 y la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje.

1129. Por lo que se refiere a la supuesta infracción del derecho internacional, el Artículo X del TBI tampoco autoriza la toma de una decisión por el Tribunal Arbitral. Como afirmó el Tribunal del Caso *Biloune*, la decisión sobre violaciones de derechos humanos se encuentra fuera de su jurisdicción<sup>419</sup>. Además, las normas de derecho internacional vinculan directamente a los Estados, pero no a los particulares.

---

<sup>418</sup> Decisión sobre Jurisdicción del 19 de diciembre de 2012, párrs. 251-254.

<sup>419</sup> *Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investment Centre y el Gobierno de Ghana*, Laudos del 27 de octubre de 1989 y del 30 de junio de 1990, Yearbook Commercial Arbitration XIX (1994)

1130. Las Demandantes mencionan, asimismo, que su aceptación de la oferta de arbitraje no incluía el consentimiento de la resolución de potenciales controversias resultantes de la supuesta violación de instrumentos que no fueran el TBI.

1131. Las Demandantes observan que la asimetría de trato del inversor y el Estado receptor es una cuestión reconocida ampliamente. Realmente, son pocos los casos en los que se han presentado demandas reconventionales en arbitrajes de inversiones y son igualmente muy escasos los supuestos en los que los Estados receptores fueron los que instaron el arbitraje. Varias decisiones desestimaron la reconvencción por encontrarse fundada en una norma de derecho local. Esto es, por ejemplo lo ocurrido en el Caso *Amco*<sup>420</sup>. Puede hallarse un argumento similar en el Laudo del Caso *Sergei Paushok*<sup>421</sup>, que hace referencia a la Decisión del Tribunal del Caso *Saluka*<sup>422</sup>.

1132. Las Demandantes también objetan que el Tribunal no puede conocer en ninguna demanda reconvencción si no se demuestra que ésta guarda una íntima conexión con la Demanda Principal. La aceptación del inversor a la oferta de arbitraje presentada por el Estado receptor únicamente puede extenderse sobre la reconvencción si concurre esa íntima conexión, que hace prácticamente imposible decidir la reclamación del inversor sin pronunciarse asimismo sobre la demanda del Estado receptor. Generalmente, el tema de la conexión se ha considerado una condición de admisibilidad.

1133. Esa conexión ha de concurrir tanto respecto de los hechos como de la fundamentación jurídica de la demanda y la reconvencción. La relación respecto de los hechos ha de ser tan estrecha que se requiera que se adjudiquen ambas demandas para que se logre el arreglo definitivo de la diferencia. Por lo que se refiere a la conexión jurídica, la cuestión es más delicada cuando la demanda reconvencción del Estado receptor se encuentra fundamentada en un incumplimiento contractual. En el caso que nos ocupa las Demandantes presentaron una demanda con base en el TBI España-Argentina, mientras que la demanda reconvencción presentada por la República Argentina no haya su fundamento en dicho TBI. Por consiguiente, no existe la conexión exigida. La única conexión que media entre demanda y reconvencción es el hecho de la inversión realizada por las Demandantes en la República Argentina. La solución de la diferencia existente entre las Partes, que dio origen al proceso puede ser plenamente resuelta sin necesidad alguna de que el Tribunal se pronuncie sobre la Demanda Reconvencción. La inexistencia de la conexión puede ser también demostrada por el hecho de que la Demandada no haya planteado reconvencción en el Caso de *Impregilo*.

---

pág. 11 (CUL-207).

<sup>420</sup> *AMCO v. República de Indonesia*, Caso CIADI ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción del 10 de mayo de 1988 (CUL-205).

<sup>421</sup> *Sergei Paushok et al. v. El Gobierno de Mongolia*, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad del 28 de abril de 2011 (CUL-206).

<sup>422</sup> *Saluka Investments BV v. República Checa*, Decisión sobre la Jurisdicción sobre la Demanda Reconvencción de la República Checa del 7 de mayo de 2004.

1134. Por lo tanto, las Demandantes concluyen que la Demanda Reconvencional de la República Argentina debe ser desestimada especialmente porque no guarda la conexión necesaria con la Demanda Principal.

## 2. *Posición de la Demandada*

1135. La Demandada menciona el principio consagrado en el Artículo 46 del Convenio CIADI, por el cual un tribunal CIADI tiene el deber de resolver una demanda reconvencional planteada por una parte en la medida en que se relacione directamente con la diferencia, esté dentro de los límites del consentimiento de las partes y caiga dentro de la jurisdicción del Centro. Los tribunales CIADI se encuentran obligados a resolver dichas demandas en tanto se cumplan todas las condiciones aplicables. Ya que la Demanda Reconvencional se incluye como una sección del Memorial de Contestación de la Demandada, queda cumplido el requisito de oportunidad resultante de la Regla de Arbitraje 9. La Demanda Reconvencional se presentó a la luz de la Decisión sobre la Jurisdicción del Tribunal y no existían razones para plantearla antes de que el Tribunal rechazara las excepciones a su jurisdicción expuestas por la Demandada. La Demanda Reconvencional se presentó sin perjuicio de la posición de la Demandada, que mantiene todas sus objeciones a la jurisdicción del CIADI sobre la Demanda Principal.

1136. De conformidad con el Artículo X(5) del TBI, la Demanda Reconvencional debe resolverse sobre la base del TBI, el derecho argentino y los principios generales del derecho internacional.

1137. La Reconvención se basa en los daños que sufrió la República Argentina derivados de la gestión de las Demandantes en la Concesión, principalmente, producto de la falta de inversión comprometida. La relación entre la Demanda y la Reconvención es directa. Se trata de dos caras de la misma moneda. Los infundados reclamos de las Demandantes y la Reconvención provienen del mismo asunto y pueden ser adecuadamente solucionados por este Tribunal en el mismo procedimiento.

1138. Los reclamos de la Argentina se relacionan directamente con las “inversiones” que el Tribunal consideró, en su Decisión sobre la Jurisdicción, que las Demandantes hicieron en la Concesión, y por ende se encuentran manifiestamente dentro de los límites del consentimiento de las Partes, en los términos del artículo X(1) del TBI. La Demanda y la Reconvención en este caso son las dos caras de una misma moneda. Las Demandantes se quejan por los daños que supuestamente les causó el trato que recibieron por parte de la Provincia y del Estado argentino, y la República Argentina reclama por los daños que esa gestión le causó, al verse frustrada la expectativa de inversión en una zona cuyas características requerían en forma imperiosa de la cobertura del servicio. La Demanda Reconvencional es una reacción ante la Demanda Principal incoada por las Demandantes en tanto se refiere a la misma controversia.

1139. Las Demandantes cuestionan la relación directa entre la Demanda y la Reconvención ya que, según ellas, la República Argentina no está invocando violación alguna por parte de las Demandantes del TBI Argentina-España. Sin embargo, las normas aplicables al procedimiento arbitral de acuerdo con el Artículo X(5) del TBI, que son también las normas aplicables a cualquier demanda reconvencional, son el TBI, el derecho argentino y los principios generales del derecho internacional.

1140. Las Demandantes pretenden presentar una asimetría entre el inversor y el Estado receptor. Pugnan por una impunidad absoluta del actuar del inversor que reclama contra un Estado invocando un tratado y llegan al punto de afirmar que no hay una norma que le exija al inversor actuar de conformidad con el derecho del Estado receptor de la inversión. Sin embargo, el TBI reconoce expresamente la necesidad de que el inversor actúe de conformidad con el derecho del Estado receptor de la inversión, para que pueda gozar de la protección del TBI, tal como se establece en los Artículos I(2) y III(1). En consecuencia, si un inversor no actúa conforme al derecho del Estado receptor no goza de la protección del TBI.

1141. Las Demandantes confunden lo expuesto por la República Argentina en cuanto al cumplimiento del requisito del consentimiento de las partes y la jurisdicción del Centro. Las Demandantes reconocen el derecho que tienen los Estados de presentar demandas reconvencionales bajo el Convenio CIADI, pero pretenden que dicho derecho no pueda ser ejercido cuando un Estado es demandado invocando un tratado bilateral de inversión. Han sido numerosos los tribunales que conocieron demandas reconvencionales en las que el consentimiento de las partes se encontraba en un tratado.

1142. En función de las conclusiones establecidas en la Decisión sobre la Jurisdicción, debe aceptarse que la Demanda Reconvencional cumple con los requisitos del Artículo 25 del Convenio CIADI. Asimismo, al aceptar la oferta de arbitraje contenida en el Artículo X del TBI, las Demandantes aceptaron las condiciones allí establecidas, incluyendo: (i) el tipo de controversias cubiertas de conformidad con el artículo X(1) del TBI, teniendo en cuenta que la referencia en ese artículo a controversias no exige que la controversia deba plantearse exclusivamente con fundamento en una violación del TBI; (ii) las normas aplicables al procedimiento arbitral de acuerdo al artículo X(4); (iii) el derecho aplicable a las controversias cubiertas, de conformidad con el artículo X(5). En cuanto al consentimiento de las partes, tanto el acta notarial del Consejo de Administración de UR-BASER como la del Comité Directivo del CABB confirman que su consentimiento se extendía a las “controversias suscitadas” entre las empresas y el Estado Argentino, sin que haya una limitación según sea quien presente el reclamo. Los Artículos X(1) y X(3) del TBI tampoco hacen ninguna distinción a este respecto. La Demandada también cita la

Contestación de las Demandantes, en tanto afirma que “las Demandantes no excluyeron literalmente eventuales reconvenções del Estado demandado”<sup>423</sup>.

### 3. Conclusiones del Tribunal

1143. El Tribunal observa que las Demandantes explican su posición básica en función de la naturaleza asimétrica de los TBI, la cual, en su opinión, impide a un Estado receptor invocar cualquier derecho en función de dichos tratados, incluso a través de la presentación de una demanda reconvenional. El Tribunal considera que tal interpretación es contraria a la simple redacción de las disposiciones sobre solución de controversias del Artículo X del TBI invocado en este caso, el cual establece en su primer párrafo:

“1. Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las Partes en la controversia”.

Esta disposición no establece distinción alguna en cuanto a la identidad de la demandante o la demandada en una controversia en relación con inversiones “entre las partes”. No indica que un Estado Parte no pueda demandar a un inversor como resultado de tal controversia. El Artículo X(2) establece, asimismo, que cuando no sea posible dirimir una controversia dentro de un plazo de seis meses “contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes” del Estado receptor – nuevamente, sin establecer distinción alguna dependiendo si el inversor o el Estado receptor es “una de las partes” o cualquiera de ellas. Esto se ve confirmado en el Artículo X(3), que establece que, en ciertas circunstancias, la controversia podrá ser sometida a un Tribunal Arbitral Internacional “a petición de una de las partes en la controversia”. De estas disposiciones resulta claramente que tanto el inversor como el Estado Parte pueden ser quien someta a arbitraje una controversia en relación con inversiones. Las decisiones arbitrales invocadas por las Demandantes, al argumentar que las demandas reconvenionales suelen ser desestimadas en la práctica actual, se basan en cláusulas de arbitraje de alcance más restringido<sup>424</sup> o en la

<sup>423</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvenional, párr. 723, donde se añade que las Demandantes difícilmente podían siquiera imaginar que la República Argentina llegara a plantear una demanda reconvenional.

<sup>424</sup> De la letra del Artículo X(1) surge claramente que las Demandantes se equivocan al invocar el Laudo *Roussalis*. Este Laudo admite que “el consentimiento del inversor a la aplicación de la cláusula de arbitraje del TBI solo puede ser válido respecto de demandas reconvenionales cuando estas caigan dentro del consentimiento prestado por el Estado receptor de acuerdo con los términos del TBI” (párr. 866). El Laudo cita el Artículo 9 del TBI aplicable, que se refiere a las “controversias entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante en relación con una obligación asumida por esta última en virtud del presente Acuerdo, respecto de una inversión del inversor correspondiente” (párr. 868). Claramente, el TBI España-Argentina no contiene términos restrictivos como “controversias... en relación con una obligación asumida por esta última”. En el caso *Roussalis*, la demanda reconvenional se basaba en el derecho interno. Por lo tanto, el Tribunal observó que, a fin de extender su competencia para incluir la

ausencia de una conexión íntima de las demandas reconconvencionales, fundamentadas en el derecho interno del Estado correspondiente<sup>425</sup>.

1144. La posibilidad de presentar una demanda reconconvencional puede inferirse también del hecho de que el mecanismo de solución de controversias establecido en el Artículo X del TBI otorga a ambas partes la posibilidad de iniciar un proceso arbitral, en tanto se cumplan los requisitos definidos por las disposiciones que rigen dicho mecanismo. Si ambas partes tienen derecho a presentar una demanda, no es posible que el hecho de que una de ellas lo haga primero le impida a la otra presentar sus reclamaciones. Esto solo puede evitarse admitiendo la posibilidad de presentar una demanda reconconvencional.

1145. Las Demandantes admiten que el TBI España-Argentina no establece restricciones *ratione personae* sobre la parte que puede presentar la reclamación, ni limita expresamente esas reclamaciones a la infracción de sus propias disposiciones<sup>426</sup>. Esto solo significa que los Estados parte no condicionaron su oferta de arbitraje. Sin embargo, el alcance de la aceptación de dicha oferta por parte de las Demandantes es un tema completamente distinto que aún no ha sido determinado. En otras palabras, las Demandantes afirman que la oferta de arbitraje del Estado puede ser amplia, pero esto no significa que dicho enfoque amplio del compromiso de arbitraje pueda ser impuesto al inversor, cuya obligación de someterse a arbitraje queda determinada, en su contenido substancial, por los términos de su consentimiento. En el caso en cuestión, la aceptación de esa oferta por CABB y URBASER restringió su enfoque al limitar el consentimiento de ambas sociedades a las controversias resultantes de los perjuicios ocasionados a sus inversiones, excluyendo cualquier potencial pérdida sufrida por la República Argentina.

1146. El Tribunal observa que las Demandantes admiten que su aceptación no incluía ninguna exclusión específica de una potencial demanda reconconvencional por parte del Estado demandado. Nunca se expresó la más mínima preocupación en ese sentido. Por lo tanto, no es posible asumir que la exclusión de una demanda reconconvencional de la República Argentina no había sido uno de los objetivos de la aceptación del proceso arbitral internacional por las Demandantes. La declaración de las Demandantes guarda un silencio absoluto sobre esta cuestión, que no fue tratada ni explícita ni implícitamente. De igual

---

demanda reconconvencional de un Estado, el acuerdo de arbitraje debería referirse a controversias resultantes del derecho interno (párr. 871). Esto es igualmente irrelevante en el caso en cuestión, dado que éste no se basa en el derecho interno sino en las supuestas obligaciones de las Demandantes en virtud del derecho internacional. En el caso *Amco II*, se consideró que la demanda reconconvencional se encontraba fuera de la jurisdicción del segundo Tribunal por motivos relacionados con el efecto de cosa juzgada de una decisión de anulación anterior, completamente distintos a los motivos invocados por las Demandantes en el caso en cuestión.

<sup>425</sup> Tanto en *Saluka* como en *Paushok*, los Tribunales afirmaron carecer de jurisdicción para tratar demandas reconconvencionales basadas en el derecho interno porque estas carecían de una conexión íntima con la demanda principal del inversor. No se invocó ninguna otra razón para desestimar las demandas reconconvencionales presentadas en ambos casos en virtud del Reglamento de la CNUDMI y un TBI.

<sup>426</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconconvencional, párr. 717.



forma, no cabría dar lugar a la contradicción presente en la posición de las Demandantes: dado que las Demandantes aceptan que el Artículo X del TBI otorga a la República Argentina el derecho de presentar una demanda contra el inversor, ¿cómo podría admitirse también que las Demandantes puedan anular este derecho mediante la simple restricción del alcance de su aceptación del proceso arbitral a sus propias reclamaciones?

1147. Asimismo, el Artículo X(4) del TBI permite el sometimiento de “controversias entre las partes en el sentido de este artículo” a un procedimiento arbitral en el marco del CIADI o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la CNUDMI. Nada indica que dicho sometimiento, incluyendo su oferta y aceptación, pueda ser dividido entre los distintos elementos de la controversia, dependiendo del origen *ratione personae* de los reclamos u otros criterios de delimitación. Está claro que esta no fue la intención de las Partes Contratantes al referir las controversias a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI, que contemplan el derecho de la Demandada a presentar una demanda reconvenional. El Artículo 46 del Convenio CIADI no se puede interpretar en ningún otro sentido. Al permitir la presentación de demandas adicionales o reconveniones, “dentro de los límites del consentimiento de las partes”, esta disposición no permite la determinación unilateral de la competencia del Tribunal. El consentimiento dado por las Demandantes, en función del Artículo X del TBI, invocado por ellas como base del presente proceso, cubre todas las controversias en relación con inversiones en el sentido del TBI, que es exactamente como se definió el alcance de la oferta de arbitraje de la República Argentina en dicha disposición. Incluso si se aceptara que la aceptación de las Demandantes tenía un alcance más restringido que el de la oferta de arbitraje de la República Argentina en el Artículo X del TBI, la conclusión adecuada habría sido que las Partes no llegaron a ningún acuerdo. Las Demandantes nunca postularon tal hipótesis, que es evidentemente irrelevante, ya que el Tribunal dictó su Decisión sobre la Jurisdicción el 19 de diciembre de 2012.

1148. El Tribunal observa asimismo, al igual que la Demandada, que no es posible inferir la supuesta restricción al consentimiento, de las Demandantes a la jurisdicción del CIADI de las actas notariales citadas por estas en sus escritos y su Solicitud de Arbitraje. Lo que se restringió es el poder otorgado para la presentación de una solicitud de arbitraje, el cual, desde luego, cubre únicamente las reclamaciones de las Demandantes. Una lectura más detallada de los documentos demuestra que ambas declaraciones establecen expresamente (de dos formas distintas) “la aprobación del Convenio Arbitral” instituido por el TBI. Los documentos no incluyen ninguna restricción respecto de futuras demandas reconvenionales o cualquier otra limitación relacionada con el Artículo X del TBI.

1149. Las Demandantes aducen asimismo que la Demandada incumplió los requisitos preliminares de negociación y sometimiento de la cuestión a la jurisdicción de los tribunales locales, establecidos en los Artículos X(1) y (2) del TBI. No es necesario extenderse en explicaciones sobre lo absurda que resulta esta posición. Dado que las Demandantes

habían elegido someterse a un arbitraje del CIADI, ¿cuál habría sido la razón de exigir que la Demandada sugiriera la instauración de un proceso de negociación y se sometiera a él, difiriendo así la presentación de cualquiera de sus reclamaciones hasta el vencimiento del plazo de seis meses? ¿Cuál habría sido el sentido de exigir que la República Argentina se sometiera a la jurisdicción de sus tribunales en virtud del Artículo X(2), siendo que las Demandantes se habían negado a hacerlo y argumentaron exitosamente ante este Tribunal que esta disposición no era pertinente? ¿Cómo debería el Tribunal interpretar el reclamo formulado por las Demandantes, a efectos de que la Demandada no se sometió al procedimiento establecido en los Artículos X(1) y X(2) del TBI, obligándolas a esperar un total de dos años para comenzar el proceso arbitral cuando, en el mismo acto, las Demandantes critican ampliamente a la Demandada por no haber presentado sus reclamaciones tan pronto como ellas sometieron el caso a arbitraje?

1150. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el TBI acepta la posibilidad de que la Demandada presente una demanda reconvenional en el caso en cuestión. El Tribunal comprende la sorpresa de las Demandantes de que dicha reclamación fuera presentada muchos años después de que éstas notificaran la controversia y porque la Demandada no reveló siquiera una hipótesis de dicha iniciativa cuando las Partes acordaron una serie de normas de procedimiento que rigieran este proceso, en preparación para la primera sesión del Tribunal. Sin embargo, dicha sorpresa y la decepción resultante carecen de efectos legales en virtud de las disposiciones de la Regla de Arbitraje 40(2), que permite la presentación de una reconvenición a más tardar en el memorial de contestación. Las Partes no acordaron ninguna renuncia de este derecho procesal ni pactaron ningún otro plazo. Por lo tanto, el Tribunal acepta que la Demandada presentó su Demanda Reconvenional en término y de conformidad con la Regla de Arbitraje 40(2), y no comparte la opinión de las Demandantes de que la reconvenición fue presentada de forma extemporánea, ni entiende que el hecho de que la República Argentina no presentara una reclamación similar en el caso *Impregilo* deba ser visto como una clara prueba del “carácter absolutamente infundado” de la reconvenición.

1151. Una de las principales objeciones de las Demandantes es que la Demanda Reconvenional no guarda conexión alguna con las reclamaciones efectuadas por ellas en virtud del TBI. El Tribunal observa que existe un claro nexo fáctico entre ambas reclamaciones. Tanto la Demanda Principal como su Reconvenición se basan en la misma inversión, o supuesta falta de inversión suficiente, en una misma Concesión. Esto sería suficiente para asumir también jurisdicción sobre la Demanda Reconvenional. También existe un nexo jurídico, en la medida en que la Demanda Reconvenional no se encuentra fundada únicamente en el derecho argentino. De hecho, la Demandada afirma que el incumplimiento de la obligación de las Demandantes de realizar las inversiones necesarias generó una violación del derecho fundamental al acceso al agua, cuya promoción era el objetivo de la inversión acordada en el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión, y consagrada en el esquema protectorio del TBI. Sería del todo inconsistente fallar en un sentido sobre

la reclamación de las Demandantes respecto de su inversión y permitir la celebración de un proceso distinto en el cual es posible que se falle sobre el compromiso de financiamiento en otro sentido. Un sistema de administración de justicia razonable no puede tolerar semejante inconsistencia.

1152. Esta conclusión deja pendiente una objeción esencial de las Demandantes, las cuales alegan que, dado que la Demandada no tenía ningún derecho a presentar reclamaciones en función del TBI ante el Tribunal Arbitral, éste debe rechazar la Demanda Reconvencional por una manifiesta falta de competencia.

1153. El Tribunal concluye lo contrario. Tal como se mencionó anteriormente, el TBI otorga al Estado receptor la posibilidad de someter una demanda o reconvención a un proceso arbitral internacional. Por lo tanto, una vez enfrentado a tal demanda o reconvención, el Tribunal debe ejercer su competencia en tanto la Demandada presente una reclamación fundada, *prima facie*, en una controversia relacionada con una inversión cubierta por el TBI y en hechos que puedan constituir, en caso de demostrárselos, violaciones de derechos u obligaciones alcanzados por el convenio de arbitraje regido por el Artículo X. Siendo que tal es la opinión de este Tribunal, las objeciones de las Demandantes a este respecto serán tratadas al examinarse el fondo de la Demanda Reconvencional.

1154. El Tribunal adopta la misma posición respecto del alcance de un proceso arbitral regido por el Artículo X del TBI. Las Demandantes afirman que cualquier reclamación presentada por medio de la Demanda Reconvencional fundada en la supuesta violación de derechos humanos excede la competencia del Tribunal<sup>427</sup>. El Tribunal admite que dicho argumento no es suficiente para excluir dichas reclamaciones *prima facie*, como si no pudieran estar relacionadas con una controversia relacionada con una inversión.

1155. A la luz de los razonamientos anteriores, el Tribunal concluye que posee jurisdicción para entender sobre la Demanda Reconvencional de la Demandada de conformidad con los Artículos 25 y 46 del Convenio CIADI y el Artículo X del TBI, y que el análisis del fondo de dicha reclamación es perfectamente admisible.

## B. El fondo de la Demanda Reconvencional

### 1. *Posición de la Demandada*

1156. A modo de introducción, la Demandada observa que, en virtud del Contrato de Concesión y del Marco Regulatorio aplicable, las Demandantes asumieron obligaciones

---

<sup>427</sup> La decisión del Tribunal del caso *Biloune*, citada por las Demandantes, no es pertinente a este respecto. Dicho caso no incluía ningún TBI. La cláusula de arbitraje era parte de un acuerdo celebrado con el Ghana Investment Centre y restringido a controversias entre el inversor extranjero y el Gobierno, relacionadas con las actividades del inversor.

de inversión. Estas obligaciones generaron la expectativa de buena fe de que las inversiones efectivamente se realizarían y permitirían contribuir a garantizar, en la zona en cuestión, el derecho humano básico de acceso al agua y al saneamiento. Al incumplir sus obligaciones de inversión, las Demandantes violaron los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, reconocidos tanto por el derecho argentino como por el derecho internacional. Esa violación no afectó solamente meras disposiciones contractuales, sino derechos humanos básicos tales como, la salud y el medio ambiente de miles de personas que en su mayoría vivían en la extrema pobreza.

1157. Al fundar su Demanda Reconvencional en el derecho internacional y el derecho humano al agua reconocido por éste, la Demandada se opone principalmente a la opinión de las Demandantes de que la República Argentina sería el “auténtico garante” de los derechos humanos y de que dichas normas, por ser parte del derecho internacional, vinculan directamente a los Estados, pero no a los particulares. Las Demandantes afirman que garantizar el derecho humano al agua es un deber del Estado, no de sociedades privadas como ellas. La Demandada rechaza tal afirmación: la obligación más importante de las Demandantes, durante el plazo de la Concesión, era garantizar el acceso al agua potable y así garantizar un derecho humano básico.

1158. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es parte del derecho internacional consuetudinario y la República Argentina ha demostrado un fuerte compromiso con esta Declaración. La naturaleza normativa de esta Declaración es reconocida por las Demandantes cuando afirman que “existen normas internacionales que incluyen obligaciones específicas respecto al agua potable”. La Demandada postula – en referencia al Laudo *Goetz*<sup>428</sup> – que el Tribunal no debe considerar el TBI en sí mismo, sino junto con todos los derechos y obligaciones correspondientes a la República Argentina, en virtud del derecho internacional aplicable.

1159. La Declaración no incluye ninguna referencia sobre quién sería responsable por los derechos y obligaciones resultantes de ella. Sin embargo, su lectura deja en claro que dichas obligaciones no son vinculantes únicamente para los Estados. El Preámbulo establece expresamente que los deberes recaen tanto sobre las instituciones como sobre los individuos. El Artículo 1 establece que sus disposiciones son aplicables a todos los individuos, incluso en relaciones personales. El Artículo 30 declara que nada en la Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades allí proclamados. El Artículo 29 establece que toda persona tiene deberes respecto a la comunidad. Por lo tanto, las sociedades comerciales y las empresas internacionales se encuentran alcanzadas por las obligaciones resultantes del derecho internacional sobre los derechos humanos.

---

<sup>428</sup> *Antoine Goetz v. República de Burundi*, Caso CIADI ARB/95/03, Laudo del 10 de febrero de 1999 (LARA-126, CUL-106).

1160. La República Argentina es uno de los signatarios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (RA-254), que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados (Artículos 11 y 12).

1161. La Demandada entiende que los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional son vinculantes para los individuos y, por lo tanto, también para las sociedades<sup>429</sup>. El Experto Kliksberg opina que el derecho al agua es un derecho humano esencial que representa no solo una obligación de los Estados, sino también, y principalmente, un derecho social fundado en políticas públicas, con el que debe contribuir toda la sociedad, de acuerdo a la concepción de las Naciones Unidas<sup>430</sup>. Es un derecho fundamental que las empresas líderes del mundo han adoptado en el Pacto Global, como parte de su responsabilidad social corporativa<sup>431</sup>.

1162. La Demandada agrega que la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y La Política Social, modificada en 2006 por la Oficina Internacional del Trabajo (con la participación de representantes de 33 empresas multinacionales), reconoce que las normas contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos internacionales correspondientes, son aplicables a empresas multinacionales. Se han incluido declaraciones similares en otros instrumentos internacionales importantes, como el Borrador del Código de Conducta para Empresas Transnacionales de las Naciones Unidas. Por lo tanto, es evidente que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos genera obligaciones que deben también ser respetadas por empresas multinacionales.

1163. Es por ello que la Demandada afirma, en función de la opinión del Experto Kliksberg, que el “derecho humano básico” de acceso al agua y al saneamiento es parte de los derechos humanos reconocidos aplicables a empresas multinacionales. La Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU del 28 de julio de 2010 reconoció que ésta es una necesidad básica (CUL-185).

1164. En su Observación General N.º 15, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales enfatizó la importancia del suministro y la accesibilidad económica al agua (ALRA-236, CUL-186). El Comité también señaló que, cuando los servicios son prestados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico, en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Asimismo, la Declaración del Milenio reflejó la preocupación generalizada por el acceso de las personas al agua potable.

---

<sup>429</sup> Ver Alegato de Apertura, TR-S, Día 1, págs. 156/11-158/15.

<sup>430</sup> TR-S, Día 8, págs. 2315/10-2316/10; Kliksberg II, párrs. 36, 37, 43.

<sup>431</sup> TR-S, Día 8, págs. 2324/4-2325/10.

1165. Finalmente, la Demandada explica que los montos que se reclaman en la Reconvencción consisten en los daños derivados de las inversiones que las Demandantes no hicieron. Estos ascienden a USD 404,34 millones, en valor presente a 1999, calculado en función del monto mencionado en el Plan de Negocios original, de 713,96 millones, menos USD 25,03 millones correspondientes a las inversiones efectivamente realizadas. Si se toma en cuenta la participación accionaria de las Demandantes el monto de daños proporcional es USD 191,75 millones. En el caso que se adopten sólo los montos de inversiones no cumplidas correspondientes al primer quinquenio, el daño proporcional asciende a USD 80,90 millones. En ambos casos deben sumarse los intereses que el Tribunal considere apropiados<sup>432</sup>.

1166. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada agrega una nueva alternativa basada en un “mínimo de daños”, que consiste en el déficit de inversión para los primeros dos años de la Concesión, antes de la adopción de las medidas de emergencia. A tal fin, la Demandada sugiere que se utilice la información provista por el Experto Walck, que surge de la comparación entre el POES aprobado y los Estados Contables de AGBA. El déficit sería entonces de USD 9,3 millones para el primer año y USD 52 millones para el segundo año, lo que arroja el monto incluido en la Demanda Reconvenccional de USD 61,3 millones más intereses.

## 2. *Posición de las Demandantes*

1167. Respecto del fondo de la Demanda Reconvenccional, las Demandantes comienzan por reiterar su posición inicial sobre la competencia del Tribunal para conocer la Demanda Reconvenccional de la Demandada. Se trata de la premisa de que los TBI no conceden ninguna protección al Estado por daños derivados del derecho local, del derecho internacional o de la inversión, en cualquier concepto no cubierto por la demanda original. En opinión de las Demandantes, el TBI España-Argentina adopta el modelo asimétrico clásico que regula únicamente las obligaciones del Estado. El TBI no impone obligación alguna al inversor. Por lo tanto, la Demanda Reconvenccional presentada por la Demandada se enfrenta al insoslayable obstáculo de haber sido presentada en el marco de un TBI, que no genera obligaciones para el inversor ni lo sujeta a las normas del derecho argentino o al derecho internacional.

1168. Las Demandantes entienden que la Demandada no las acusa de una violación del TBI España-Argentina. No es posible alegar el incumplimiento de un Tratado que no impone obligación alguna al inversor. Respecto del Artículo X(5) del TBI, las Demandantes agregan que esta disposición no puede proteger a un Estado receptor de los perjuicios sufridos en virtud del derecho interno o internacional.

---

<sup>432</sup> Esta posición se expresó también en la Audiencia, en el Alegato de Apertura de la Demandada; TR-S, Día 1, pág. 159/3-18.

1169. Las Demandantes niegan rotundamente haber incumplido cualquiera de sus obligaciones de inversión. Si tal violación se hubiere producido, como mera hipótesis, se trataría de una obligación contractual supuestamente asumida por AGBA con la Provincia de Buenos Aires. CABB y URBASER no asumieron ninguna obligación frente a la República Argentina. Las Demandantes pueden dirigir su demanda frente a la República Argentina porque la misma responde de los actos de sus divisiones políticas y agencias. Sin embargo, la Demandada no aporta argumento alguno para justificar que un derecho que correspondería a la Provincia de Buenos Aires pueda ser ejercido por el Estado Nacional, por la propia República Argentina. La Demandada omite mencionar que fue AGBA, y no las Demandantes, quien asumió determinadas obligaciones de inversión frente al Concedente. Por tanto, la República Argentina carece de legitimación para reclamarlas frente a CABB y URBASER. El hecho de que CABB y URBASER estén legitimadas para presentar una reclamación frente a la República Argentina en relación con su inversión no habilita ni legitima a la República Argentina a instar una reclamación por vía reconvencional, frente a CABB y URBASER por inversiones que debían ser realizadas por la Concesionaria. Si se aceptara que la conducta de AGBA hubiera causado daños, es evidente que la “víctima” de los mismos sería la Provincia. Al Estado Nacional ningún daño se le habría ocasionado y, por ende, carece de legitimación para reclamar indemnización alguna ante este Tribunal Arbitral.

1170. Las Demandantes también postulan que el Artículo I(2) del TBI no impone obligación alguna a los inversores al definir “inversiones” como los bienes “adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión”. La exigencia de que las inversiones sean realizadas de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, implica simplemente que las inversiones que sean ilegales en el Estado receptor no gozan de la protección del TBI. Tal disposición no puede servir como fundamento de una reconvención.

1171. Las Demandantes observan que se les acusa de no haber efectuado inversiones que resultaban esenciales para asegurar la prestación del servicio de agua potable y desagües cloacales. A lo largo de sus escritos, las Demandantes han descrito las circunstancias que impidieron que la Concesión pudiera desenvolverse en las condiciones previstas en el Pliego de Condiciones. Aun siendo cierto el hecho de que no pudieron realizarse todas las inversiones previstas, esa circunstancia no constituye incumplimiento de las Demandantes, ni de la Concesionaria, sino que es el resultado de los propios incumplimientos de la Provincia y de los actos del Regulador, así como efecto de las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno Argentino y por la Provincia de Buenos Aires.

1172. La República Argentina reconviene con base en el pretendido incumplimiento de compromisos de inversión asumidos por las Demandantes, pese a que la Concesión de AGBA fue rescindida cuando habían transcurrido poco más de seis años desde la Toma

de Posesión. Por lo tanto, el supuesto incumplimiento de las inversiones acordadas no es imputable ni a CABB ni a URBASER.

1173. El mero hecho de que la Demandada alegue la existencia de un estado de necesidad, es en sí mismo incompatible con culpar y responsabilizar a CABB y URBASER de esos incumplimientos. El estado de necesidad podría eliminar la ilegalidad de ciertos incumplimientos para una de las partes, pero, entonces, no permitiría mantener el calificativo de incumplimiento respecto de las conductas de la otra parte. Las circunstancias que habrían dado lugar al estado de necesidad habrían afectado a ambas partes. Resulta impensable mantener al mismo tiempo que AGBA debía seguir cumpliendo el Contrato de Concesión como si nada ocurriese. El riesgo empresario, a cargo del inversor, y el estado de necesidad, a favor del Estado receptor, no son posibles de hacer simultáneos en un momento dado.

1174. La Demanda Reconvencional omite la más mínima referencia a lo ocurrido con los POES. Olvida que el Concedente declaró expresamente que el primer POES había sido cumplido por la Concesionaria y procedió a neutralizar el segundo, sin que llegara siquiera a pronunciarse sobre las peticiones de neutralización de los siguientes. Resulta imposible hablar de incumplimientos de compromisos de inversión, cuando el primero de los planes en los que esos compromisos quedaban concretados se declaró expresamente cumplido y cuando el segundo resultó neutralizado por la Ley N.º 25.561, promulgada durante el periodo correspondiente al tercer POES.

1175. La República Argentina también argumenta que CABB y URBASER violaron la Concesión con la evidente intención de forzar una renegociación del Contrato. Pero, no cae en cuenta de que los inversores no tenían ninguna necesidad de forzar una renegociación, porque la renegociación resultaba impuesta, primero por la aprobación de la Ley de Emergencia, y, después, por el Nuevo Marco Regulatorio.

1176. Respecto de la referencia realizada por la República Argentina a la comunicación de AGBA del 17 de mayo de 2001, las Demandantes explicaron detalladamente que, en esas fechas, no sólo se dejaban sentir los efectos de la crisis (la Provincia de Buenos Aires promulgó una Ley de Emergencia en el mes de julio de 2001), sino que, además, la Concesión ya venía sufriendo los incumplimientos del Concedente y los actos del Regulador, que llegaron a afectar sustancialmente los ingresos de la Concesionaria. En cualquier caso, el hecho de que una de las partes contratantes proponga a la otra una modificación del contrato no supone ninguna violación de sus términos ni implica ningún intento de ejercer la fuerza. La comunicación no es más que el reflejo escrito de un primer intento de recomponer el equilibrio contractual.



1177. La desestimación de la Demanda Reconvencional ni siquiera precisaría la existencia de incumplimientos por parte de la Provincia Concedente, resultando consecuencia necesaria de los propios argumentos esgrimidos por la República Argentina.

1178. Las Demandantes afirman asimismo que el reclamo de daños de la Demandada carece de todo fundamento. El “Petitorio” del Memorial del 29 de mayo de 2013 no cuantifica el reclamo reconvencional. Las cifras reclamadas se encuentran en un párrafo del Memorial (párr. 1001). El monto total es USD 404,34 millones, que representan la diferencia entre el compromiso asumido por el consorcio para el periodo de 30 años (USD 429,38 millones) y las inversiones efectivamente realizadas por USD 25,03 millones. La proporción correspondiente a la participación accionaria de las Demandantes en AGBA arroja una compensación de USD 191,75 millones.

1179. Los argumentos de la Demandada adolecen de una absoluta falta de rigor. Aun asumiendo que las inversiones estuvieran correctamente cuantificadas, la cuantificación del daño presentada por la República Argentina resultaría inconsistente e infundada. Si la Demandada afirma que las Demandantes no habían cumplido la obligación de invertir, los daños eventualmente derivados de tal incumplimiento no podrían ser el importe de las inversiones no realizadas. La Demandada no está reclamando una compensación de daños derivados de un incumplimiento, sino la subsanación de ese incumplimiento mediante un laudo arbitral que obligase a cumplir aquella pretendida obligación. Asimismo, al calcular una compensación, por daños en función de inversiones que deberían haberse realizado, sería también necesario tomar en cuenta el aumento que habría generado la expansión del servicio en los ingresos de AGBA, así como los beneficios resultantes para los accionistas. Las Demandantes también afirman que los daños deberían ser determinados en pesos, ya que las inversiones debían realizarse en esa moneda.

1180. La concesión de AGBA fue rescindida por Decreto el 11 de julio de 2006. Si se solicitara al Tribunal Arbitral que ordenara la realización de las inversiones, la única opción posible consistiría en la realización de aportaciones a AGBA. Como AGBA ya no es titular de la Concesión, tal aporte no le resultaría de ninguna utilidad al Concedente, ni a la República Argentina. Si se hubiera incumplido una obligación de invertir, los daños ocasionados por la misma serían los derivados de esa falta de inversión, como pudiera ser el deterioro de las instalaciones, el coste de realizar expansiones no llevadas a cabo, u otros conceptos cuya valoración económica corresponde a quien formula la reclamación. La Demandada prefirió sustituir esa carga procesal por un mero cálculo matemático con el que pretende identificar daños derivados de un incumplimiento con el incumplimiento mismo.

1181. Así, la Demanda Reconvencional presentada por la República Argentina resulta por completo infundada, al no mediar el incumplimiento que le sirve de base. Además, la cuantificación de daños es por completo inconsistente e injustificada.

### 3. Conclusiones del Tribunal

#### a. El derecho aplicable en virtud del TBI

1182. El primer paso en el examen del fondo de la Demanda Reconvencional consiste en analizar la objeción de las Demandantes de que la naturaleza asimétrica del TBI implica que este Tratado no otorga ningún derecho al Estado receptor y, por lo tanto, no impone ninguna obligación al inversor.

1183. Una primera lectura del TBI permite observar que esta postura de las Demandantes no se encuentra expresada en ningún punto de su texto. Es un hecho indisputable que el TBI se enfoca principal y manifiestamente en una serie de estándares protectivos de los derechos e intereses de los inversores, con el objeto de fomentar y proteger las inversiones extranjeras. Sin embargo, ninguna disposición establece que el Estado receptor de las inversiones no posea ningún derecho en virtud del TBI.

1184. Una lectura más pormenorizada confirma, en términos simples, que tan categórica conclusión sería errónea. Efectivamente, queda claro que las dos cláusulas sobre solución de controversias, contenidas en los Artículos IX y X otorgan necesariamente derechos, aunque de naturaleza procesal, al Estado que participe del proceso correspondiente, relacionados, respectivamente, con controversias entre las Partes Contratantes y con controversias entre un inversor y el Estado Parte receptor de la inversión.

1185. Las Demandantes observan acertadamente que la exigencia de que las inversiones sean adquiridas o efectuadas de acuerdo con la legislación del país receptor, contenida en el Artículo I(2) del TBI, constituye una definición de “inversiones”, a los efectos de determinar el ámbito de aplicación del TBI. Esta disposición, en sí misma, no impone al inversor la obligación de cumplir con la legislación del Estado receptor al desarrollar su inversión, de forma que dicho Estado tenga derecho a exigir la aplicación del TBI y su cláusula de arbitraje como resultado de una violación de su derecho interno.

1186. La pregunta es, entonces, si deben negarse los derechos otorgados por el TBI a cualquier Estado receptor como resultado de la naturaleza misma de los TBI, que constituyen normas de inversión aisladas, enteramente independientes de las demás fuentes del derecho internacional que puedan otorgar a los Estados receptores derechos pasibles de ser invocados y exigidos ante un tribunal arbitral internacional.

1187. Cualquier análisis de esta cuestión debe comenzar por un análisis de las disposiciones del TBI España-Argentina. Si se asume que el Estado receptor no gozaría de los derechos (no implícitos en los Artículos IX y X) que podría invocar contra un inversor como beneficiario de una obligación recíproca, la definición de las controversias que pueden someterse a arbitraje debería eliminar cualquier posibilidad de que el Estado receptor

invoque dichos derechos. Curiosamente, el Artículo X(1) del TBI no contiene tal exclusión, ya que es aplicable a las “controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones, en el sentido del presente Acuerdo”. No se establece distinción alguna respecto de la parte investida con los derechos en los que se fundamente la controversia. Por ende, puede tratarse tanto de derechos de los inversores como de derechos del Estado receptor. No es posible afirmar que la particular redacción de esta disposición carece de relevancia o no se corresponde con las intenciones de los redactores al momento de elaborar el TBI. Al comparar esta disposición con la cláusula paralela en el Artículo IX(1), respecto de las controversias entre las Partes Contratantes del TBI, puede observarse que esta última establece específicamente su aplicabilidad a cualquier controversia “relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo”. Por lo tanto, cabe asumir que la omisión de la exigencia de que exista cualquier conexión entre la controversia y “la interpretación o aplicación del presente Acuerdo” en el Artículo X(1) fue intencional y debe tener algún significado.

1188. El siguiente paso consiste en evaluar la disposición sobre el derecho aplicable a la decisión del Tribunal, contenida en el Artículo X(5). Tal decisión debe dictarse “con base en las normas del presente Acuerdo”. Esta base se encuentra conectada por la palabra “y” a otras bases que pueden ser, según corresponda, a otros tratados vigentes entre las Partes, al derecho interno del Estado receptor, o a los “principios universalmente reconocidos del derecho internacional”. A fin de ser pertinentes “en su caso”, estas bases legales adicionales deben guardar relación con el TBI o ser mencionadas en el TBI (“el presente Acuerdo”), que representa el fundamento de la decisión en todos los casos.

1189. En lo que se refiere a recurrir a los “principios universalmente reconocidos del derecho internacional”, tal referencia carecería de sentido si se mantuviera la opinión de que el TBI debe ser interpretado como un conjunto aislado de normas de derecho internacional, cuyo único objetivo es el de proteger inversiones mediante el otorgamiento de derechos exclusivamente a los inversores. Tal postura, sostenida por las Demandantes, es incorrecta por más de una razón.

1190. El objetivo de la interpretación debe ser el de hallarle un sentido a las disposiciones. Tal como se mencionó en la Decisión sobre la Jurisdicción (párr. 52), al considerar el objetivo del TBI completo o de alguna de sus disposiciones en particular, el Tribunal debe otorgar a ese objetivo una interpretación alineada con él, igualmente importante, principio de la efectividad (o el principio del *effet utile*). Cualquier regla de un tratado debe interpretarse con respecto a su objetivo, como una regla con un significado efectivo, en lugar de como una regla sin significado o efecto alguno. Este principio cumple una función importante en el derecho de los tratados y ha sido aplicado por varios tribunales del CIADI. Recibe su efecto del artículo 31(1) de la Convención de Viena, en virtud del requisito de interpretación conforme al principio de buena fe. La efectividad de una regla

de un tratado denota la necesidad de evitar una interpretación que conduzca a un resultado imposible, absurdo o que vacíe de todo efecto jurídico a la disposición.

1191. Como se mencionó anteriormente, la definición de las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje y, por lo tanto, el posible alcance de las reclamaciones sometidas a arbitraje, en virtud del Artículo X, no se encuentran limitados a los derechos resultantes de forma directa de la aplicación (o interpretación) del TBI. La interpretación de las Demandantes de que el TBI es un sistema cerrado que se limita a preservar los derechos otorgados a los inversores por dicho instrumento, no reflejaría completamente los términos del Artículo X(1), que tienen un alcance más amplio, tal como se explicó anteriormente. Por lo tanto, la interpretación del TBI postulada por las Demandantes privaría a esta disposición de parte de su significado.

1192. En el marco del TBI, la necesidad de un enfoque más amplio queda demostrada por el Artículo VII(1) sobre “condiciones más favorables”, que reza:

“En el caso de que una cuestión estuviera regulada por el presente Acuerdo y también por otro acuerdo internacional del que participen las dos Partes *o por el Derecho Internacional general*, se aplicaran a las mismas Partes y a sus inversores las normas que sean, en su caso, más favorables.” (énfasis añadido)

Esta disposición establece expresamente que una fuente de derecho internacional externa al TBI puede otorgar derechos más favorables, reconocidos en virtud del Artículo VII(1) del TBI y, por lo tanto, son pasibles de ser ejercidos, de ser necesario, a través del mecanismo de solución de controversias establecido en el Artículo X. En términos generales, puede entonces entenderse que el TBI no representa, en opinión de las Partes Contratantes y a la luz de su texto, un conjunto aislado de normas que ignora las normas de derecho internacional externas a sus propias disposiciones.

b. La relación del TBI con el derecho internacional y los derechos humanos

1193. Preliminarmente, el Tribunal es reticente a compartir la posición principista de las Demandantes de que garantizar el derecho humano al agua es un deber que recae únicamente en el Estado y nunca en empresas privadas como las Demandantes<sup>433</sup>. Si esa afirmación se extendiera a los derechos humanos en general, significaría que los particulares no asumen ningún compromiso u obligación de cumplimiento respecto de los derechos humanos, y que éstos estarían exclusivamente a cargo de los Estados.

1194. En este sentido, es posible invocar un principio según el cual las empresas no pueden, por su naturaleza, ser sujetos de derecho internacional y, por lo tanto, no pueden tener obligaciones como si fueran partícipes de las relaciones entre Estados regidas por

<sup>433</sup> Memorial de Réplica y Contestación a la Demanda Reconvencional, párr. 582.

el derecho internacional. Si bien este principio tuvo cierta importancia en el pasado, ha perdido impacto y relevancia en términos y condiciones similares a los de su aplicación a las personas físicas. Una lectura simple de la Cláusula NMF del Artículo VII del TBI demuestra que los Estados Contratantes aceptaron, por lo menos, una hipótesis en la que los inversores pueden invocar derechos derivados de la legislación internacional (además de los derechos consagrados en el Artículo X). En consecuencia, si el TBI no está basado en la incapacidad de una empresa de ser titular de derechos en el derecho internacional, no es posible aceptar que rechazaría necesariamente toda noción de que una empresa inversora extranjera no puede ser sujeto de obligaciones en el derecho internacional.

1195. Así, el Tribunal manifiesta que el derecho internacional acepta la responsabilidad social de las empresas como un estándar de vital importancia para aquellas empresas que operan en el ámbito del comercio internacional. Dicho estándar incluye obligaciones de cumplir con los derechos humanos en el marco de las operaciones de tales empresas en países distintos a su país de origen o registro<sup>434</sup>. A la luz de este acontecimiento más reciente, ya no es posible admitir que las empresas que operan a nivel internacional tienen inmunidad, porque no son sujetos de derecho internacional. Por otro lado, si bien diversas iniciativas impulsadas en el ámbito internacional están prestando especial atención a la conducta de las empresas respecto de los derechos humanos, dichas iniciativas no son, por sí solas, suficientes para obligar a las empresas a alinear sus políticas a la legislación sobre derechos humanos. Por consiguiente, es imperativo contextualizar las actividades específicas de una empresa, en cuanto a la relación que guardan con el derecho humano en cuestión, a fin de determinar si ese particular que no es un Estado tiene alguna obligación de derecho internacional.

1196. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclama que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (Art. 1), que “[t]oda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país” (Art. 21(2)) y que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación,

---

<sup>434</sup> Actualmente, el documento básico es el Informe Final del Representante Especial de la ONU, John Ruggie sobre los “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’” (A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011). De acuerdo con estos principios, las empresas comerciales deben respetar los derechos humanos (N.º 11). Esta responsabilidad se refiere a los derechos humanos reconocidos internacionalmente (N.º 12). Exige que las empresas comerciales: (a) eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; (b) traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos. (N.º 13) En cualquier contexto, las empresas deben: (a) cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, dondequiera que operen; (b) buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos cuando deban hacer frente a exigencias contrapuestas; (c) considerar el riesgo de provocar o contribuir a provocar violaciones graves de los derechos humanos como una cuestión de cumplimiento de la ley dondequiera que operen. (N.º 23).

el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios” (Art. 25(1)). Cabe señalar que estas y otras disposiciones no establecen más que derechos inherentes a cada persona. Sin embargo, para garantizar que cada persona goce de tales derechos, también debe garantizarse necesariamente que ninguna otra persona o entidad, ya sea pública o privada, actúe en perjuicio de tales derechos, lo que conlleva una obligación como contrapartida, tal como establece el Artículo 30 de la Declaración: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración” (Art. 30) La Declaración también puede estar dirigida a empresas multinacionales<sup>435</sup>.

1197. En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establece que los Estados Partes reconocen el derecho de cada persona a un nivel de vida adecuado para ellas y su familia, que incluye alimentos, vestimenta y vivienda, y la mejora constante de las condiciones de vida (Arts. 11(1) y 12), y agrega “[n]inguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él” (Art. 5(1)). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU señaló que “el derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia”<sup>436</sup>. La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 28 de julio de 2010 (64/292, CUL-185) dispone, en términos similares, que la Asamblea “[r]econoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”.

1198. La Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo (de 1977, según sus modificaciones de 2006) establece que todas las partes alcanzadas por la Declaración deben respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales correspondientes adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (principio 8).

---

<sup>435</sup> “Cada persona y cada órgano de la sociedad no excluye a nadie, a ninguna empresa, a ningún mercado, a ningún ciberespacio. La Declaración Universal se aplica a todos ellos”. Louis Henkin, *The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets*, *Brooklyn Journal of International Law*, 25, 1999, págs. 17-25 (25).

<sup>436</sup> Comentario General N.º 15 (2002) sobre “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” en relación con “El derecho al agua (Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, párr. 3, presentado ante el Consejo Económico y Social el 20 de enero de 2003 (E.C.12/2002/11, CUL-186, LARA-236). El texto agrega que “[e]ste derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, entre los que ocupa un lugar primordial el derecho a la vida y a la dignidad humana”.

1199. Frente a esta coyuntura, es posible entonces admitir que el derecho humano a la dignidad de cada persona y su derecho a condiciones de vivienda y de vida adecuadas son complementadas por una obligación de todas las partes, tanto públicas como privadas, de no realizar actividades tendientes a suprimir tales derechos.

1200. El Tribunal señala, además, que el Pacto debe interpretarse a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y que el Artículo 31, inciso 3(c) de ese Tratado indica que debe tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. El TBI no puede interpretarse y aplicarse de manera aislada. El Tribunal debe tener claramente presente el objetivo especial del TBI como un Tratado que promueve las inversiones extranjeras, pero no puede hacerlo sin tener en cuenta las normas relevantes de derecho internacional. El TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos<sup>437</sup>.

1201. El Tribunal observa que este enfoque refleja lo establecido en el Artículo X(5) del TBI, aunque su redacción requiere de cierta interpretación. Esta disposición indica al Tribunal que tome su decisión en función del TBI y que, cuando corresponda, se refiera a uno de los dos fundamentos aplicables, distintos a las leyes nacionales del Estado receptor, que son las principales fuentes del derecho internacional, es decir, “otros tratados vigentes entre las Partes” y “los principios generales del derecho internacional”. Así, el propio Artículo X(5) contiene la prueba de que el TBI no es una norma aislada, sino que pertenece al sistema general de derecho internacional.

1202. El Artículo 42(1) del Convenio del CIADI confirma esta interpretación. Dicho artículo señala que el Tribunal decidirá la diferencia “de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes”. El Artículo X(5) del TBI consagra dicho acuerdo. Esta disposición del TBI no contiene ninguna exclusión respecto del derecho internacional. Por lo tanto, el Artículo X(5) se encuentra en armonía con el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, al señalar que, en ausencia de un acuerdo respecto de las normas de derecho aplicables, el Tribunal aplicará la legislación del Estado receptor “y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. El Convenio del CIADI no establece ninguna restricción respecto de esas “normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”, que no se circunscriben únicamente al TBI aplicable sino que necesariamente incluyen todas aquellas normas que, según el ámbito de aplicación que ellas mismas establecen, abordan el tema jurídico que surge del caso particular.

---

<sup>437</sup> Ver *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI ARB/11/28, Decisión sobre Anulación del 30 de diciembre de 2015, párrs. 86-92, donde el Comité *ad hoc* hace referencia al “principle of systemic integration” [“principio de integración sistémica”] y señala que recurrir a las autoridades que derivan del ámbito de los derechos humanos es “legitimate method of treaty interpretation.” [“un método legítimo de interpretación de los tratados”].

1203. Las normas imperativas del derecho internacional general (*ius cogens*) son otro ejemplo, en la medida en que puedan ser de interés en una diferencia relativa a inversiones. Si lo son, dichas normas definitivamente deben prevalecer sobre una disposición contraria establecida en el TBI, tal como señala expresamente el Artículo 53 de la Convención de Viena<sup>438</sup>.

1204. Más allá de estas fuentes de derecho, resta analizar, a la luz de la disposición amplia del Artículo 31, inciso 3(c) de la Convención de Viena, si otras normas del derecho internacional pueden ser de relevancia en el caso que nos ocupa. Lo anterior plantea la interrogante de si el derecho humano al agua y el saneamiento como parte de la noción general de derechos humanos, es pertinente en el presente caso y, en particular, si tal derecho se completa con la obligación correspondiente de parte de las Demandantes como inversores.

1205. No está en disputa que el derecho humano al agua y el saneamiento está reconocido, en la actualidad, como parte de los derechos humanos y que tal derecho trae consigo la obligación correspondiente por parte de los Estados de ofrecer a todas las personas que viven dentro de su jurisdicción servicios de agua potable y cloacas que sean salubres y limpios. Las Demandantes aceptan la afirmación anterior, pero señalan que hasta ahí llega la cuestión<sup>439</sup>. Para la Demandada, ese mismo derecho humano también incumbe a cualquier particular que tenga a su cargo el suministro de servicios de agua potable y cloacas, obligación que recaía sobre AGBA y, por lo tanto, sobre sus accionistas, en virtud de la Concesión.

1206. Sin embargo, lo anterior no responde a la interrogante de si las Demandantes, como inversores, tenían una obligación basada en el derecho internacional de brindar a la población que vive en el territorio de la Concesión servicios de agua potable y saneamiento. De hecho, la Demandada no llega tan lejos. En realidad, argumenta que ese derecho humano era de incumbencia para las Demandantes porque el suministro de agua y saneamiento era obligación de AGBA, y por lo tanto de sus accionistas, en virtud de la Concesión. Incluso si tal obligación pudiera imponerse en cabeza de las Demandantes, la Demandada no señala que dicha obligación esté basada en el derecho internacional. Sim-

---

<sup>438</sup> Tal como fue señalado en el caso *Phoenix*, para tomar un ejemplo extremo, “nobody would suggest that ICSID protection should be granted to investments made in violation of the most fundamental rules of protection of human rights, like investments made in pursuance of torture or genocide or in support of slavery or trafficking of human organs.” *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI ARB/06/5, párr. 78 (LARA-68).

<sup>439</sup> Las Demandantes sostienen en su Escrito Posterior a la Audiencia (párrs. 199-201) que la República Argentina se negó a reconocer el derecho humano al agua al eliminar su regulación expresa en una propuesta del Artículo 241 del primer proyecto de ley que establecía la reforma del Código Civil. Si bien lo anterior puede considerarse como una cuestión de derecho interno, no tiene ningún impacto en la responsabilidad de Argentina de aceptar e implementar el derecho al agua en virtud del derecho internacional y su legitimación para invocar este derecho, en la medida en que está reconocido.



plemente afirma que la obligación de cumplir con la Concesión tenía el efecto de suministrar los servicios que son parte del derecho humano de la población de acceder al agua. La Demandada también sostiene que las Demandantes habrían violado obligaciones relativas a los derechos humanos que son claramente aplicables a las empresas internacionales<sup>440</sup>. Este argumento no hace referencia a ninguna obligación de derecho internacional particular, sino que se basa únicamente en las obligaciones de AGBA establecidas en el Contrato de Concesión. Si bien la Demandada invoca el principio *pacta sunt servanda*, como principio de derecho internacional, identifica al *pactum* correspondiente como una obligación de las Demandantes de invertir en obras de expansión, es decir, se basa una vez más en el Contrato de Concesión y admite que el derecho internacional no brinda una pretensión viable para la Reconvención<sup>441</sup>.

1207. El Tribunal concluye, además, que ninguna de las disposiciones del TBI tiene el efecto de extender o transferir a la Concesionaria una obligación de suministrar los servicios cumpliendo con el derecho humano de los habitantes de acceder a los servicios de agua y saneamiento. La Demandada no invoca ninguna disposición semejante en ese sentido. Para que una obligación exista y sea relevante en el marco del TBI, debería ser parte de otro tratado (no aplicable al presente caso) o debería representar un principio general de derecho internacional. De ser así, tal obligación sería aplicable como parte del marco legal del derecho internacional, que rige la inversión en el caso particular o, ya sea en forma acumulativa o alternativa, sobre la base de la disposición sobre derecho aplicable contenida en el Artículo X(5).

1208. La Demandada no explica el fundamento de tales obligaciones en el derecho internacional sino que simplemente resalta el deber de las Demandantes de garantizar el cumplimiento por parte de AGBA con el suministro de los servicios de agua y cloacas como si tal deber estuviera basado en el derecho humano al agua y, en consecuencia, en el derecho internacional. Esto es incorrecto. El derecho humano al agua implica una obligación de hacer para el Estado, pero no contiene ninguna obligación de hacer para una empresa que suministra el servicio requerido a través de un contrato. Tal obligación debería ser distinta de la responsabilidad del Estado de brindar servicios de agua potable y saneamiento a su población.

1209. Esta obligación, como todas las demás contenidas en el Pacto referido anteriormente, “impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona disfrute del derecho al agua, lo antes posible”<sup>442</sup>. Tal

---

<sup>440</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 203.

<sup>441</sup> Ver Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, párr. 209. Ver además: Memorial de Contestación y Reconvención de la Demandada, párrs. 999/1000; Memorial de Dúplica y Demanda Reconvencional, párrs. 812/813. La Demandada también invoca el principio de buena fe y de las expectativas de buena fe, pero sin ninguna especificidad sobre su importancia respecto del derecho humano al agua y al saneamiento.

<sup>442</sup> Ver Comentario General N.º 15 (2002) mencionado anteriormente, párr. 45.

obligación incluye establecer “mecanismos de rendición de cuentas para asegurar la aplicación de la estrategia”<sup>443</sup>. Por lo tanto, el paso necesario es que un Estado receptor que acepta inversiones en el ámbito del suministro de agua se base en el TBI para lograr que el inversor participe de su obligación en virtud del derecho internacional. De esta manera, el Pacto es congruente con la conclusión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en cuanto a que “[l]os Estados partes deberán velar por que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho al agua”<sup>444</sup>. Esto incluye la posibilidad de considerar cuestiones relacionadas con el derecho humano al agua en los mecanismos de resolución de controversias establecidos en tales acuerdos<sup>445</sup>. Sin embargo, la obligación del inversor de garantizar que la población pueda acceder al agua no está basada en el derecho internacional. Esta obligación se enmarca en el ámbito jurídico y regulatorio en virtud del cual se autoriza al inversor a operar, con fundamento en el TBI y en las leyes del Estado receptor.

1210. En consecuencia, si bien es correcto afirmar que la obligación del Estado se fundamenta en su obligación de hacer valer el derecho humano al agua de todas las personas dentro de su jurisdicción, ello no es así en el caso de los inversores que persiguen, es cierto, el mismo objetivo, sino que se fundamenta en la Concesión y no en una obligación derivada del derecho humano al agua. De hecho, garantizar el derecho humano al agua representa una obligación de hacer. Esa obligación recae en los Estados y no es posible imponerla a una empresa conocedora del ámbito del suministro de servicios de agua y saneamiento. Para que esa obligación de hacer sea aplicable a un inversor particular, es necesario un contrato o una relación jurídica similar de derecho civil y comercial. En ese caso, la fuente de la obligación de hacer del inversor es el derecho local y no el derecho internacional general. La situación es diferente si lo que está en juego es una obligación de no hacer, como la prohibición de realizar actos que violan los derechos humanos. Dicha obligación puede ser de aplicación inmediata no sólo respecto de los Estados sino también respecto de las personas físicas y otros particulares. Sin embargo, en lo que respecta al presente caso, no es eso lo que está en discusión<sup>446</sup>.

---

<sup>443</sup> Ver *ibid.*, párr. 47.

<sup>444</sup> Ver Comentario General N.º 15 (2002), párr. 35, que agrega: “Los acuerdos de liberalización del comercio no deben restringir ni menoscabar la capacidad de un país de garantizar el pleno ejercicio del derecho al agua”.

<sup>445</sup> Esta cuestión está incluida en las conclusiones del Comentario General N.º 15 en términos más generales: “Los Estados Partes deben alentar a los jueces, árbitros y demás jurisperitos a que, en el desempeño de sus funciones, presten mayor atención a las violaciones del derecho al agua” (párr. 58). Curiosamente, la versión del texto en español utiliza el término “árbitros” para “*adjudicators*.”

<sup>446</sup> Por lo tanto, el fundamento que encuentra la Demandada en el caso *Filártiga c. Peña-Irala*, Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 630 F.2d 876, del 30 de junio de 1980 (ALRA-307) no resulta convincente.

c. El derecho humano al agua en el marco de la Concesión de AGBA

1211. El Tribunal considera que el derecho humano de acceder al agua potable significa “el acceso físico [...] a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables” y que la obligación “fundamental” correspondiente es “garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir enfermedades”. Además, “[e]n ninguna circunstancia deberá privarse a una persona del mínimo indispensable de agua”<sup>447</sup>. El objetivo principal detrás de esta obligación es el acceso al agua, mucho más que el reacondicionamiento de una red existente, aunque esté en malas condiciones. En consecuencia, el Tribunal concluye que la supuesta violación por parte de las Demandantes del derecho humano al agua de la población, debería enfocarse en las obras de expansión que no se realizaron. Afirmar que otros trabajos no realizados en la red pudieron haber generado preocupación respecto de una violación de ese derecho humano fundamental pareciera ser algo incierto y, en todo caso, carente de sustento en base a las pruebas.

1212. El cumplimiento de AGBA y la inversión de sus accionistas fueron claramente concebidos como un aporte sustancial al ejercicio del derecho de la población al agua. Sin embargo, la sola importancia de este derecho humano en el derecho internacional no significa que AGBA y sus accionistas eran titulares de obligaciones, como contrapartida a ese derecho, también basadas en el derecho internacional. Las Demandantes no tenían ninguna obligación relativa a los derechos humanos de suministrar agua antes de ingresar en la Concesión. La aceptación de la Oferta y el Contrato de Concesión no podían tener como consecuencia que las obligaciones contenidas en dicho Contrato se convirtieran, además o en simultáneo, en obligaciones basadas en el derecho internacional. El TBI no contiene ningún indicio que apunte en esa dirección y su mención de los principios generales del derecho internacional en el Artículo X(5) no puede dar paso a una obligación que no existía respecto de las empresas inversoras antes de haber realizado su inversión en la República Argentina.

1213. Los accionistas y su vehículo de inversión, AGBA, estaban operando sobre la base de una Concesión, bajo la órbita del Poder Ejecutivo de la Provincia y la facultad regulatoria del ORAB, ambos representantes del Estado receptor a los fines de la aplicación del TBI. Las autoridades de la Demandada tenían a su cargo el control legal y efectivo de la conducta de AGBA como Concesionaria. La Autoridad Regulatoria tenía que garantizar la protección de los intereses de la comunidad (Artículo 13-II de la Ley N.º 11.820). En consecuencia, era responsabilidad primordial del Estado ejercer su autoridad sobre la Concesionaria, de modo tal que el derecho básico de la población al agua y el saneamiento estuviera garantizado y fuera preservado.

---

<sup>447</sup> Ver Comentario General N.º 15, párrs. 24, 37, 56.

1214. Para poder alcanzar ese objetivo, claramente no era suficiente exigir a la Concesionaria que cumpliera con el primer POES Quinquenal. La falta de cumplimiento por parte de AGBA con los compromisos asumidos en dicho POES podría haber sido sancionada sobre la base de la Concesión únicamente a fines del año 2004 y la Provincia esperó para actuar en consecuencia, a través de la rescisión del Contrato, hasta julio de 2006. Si bien es cierto que la Provincia exigió a AGBA que cumpliera con sus obligaciones, respecto de las obras de expansión que debían realizarse y financiarse desde el momento en que el POES para el año 2 (2001) fue neutralizado, también debe mencionarse que el marco jurídico y regulatorio no fue efectivo para garantizar el cumplimiento por parte de AGBA y de sus accionistas con sus compromisos en el corto y mediano plazo. El Organismo Regulatorio había aprobado el informe del POES de AGBA para el año 1 (2000) y había declarado ineficaz el informe correspondiente al año siguiente. Esa falta de eficacia se debía no sólo a las circunstancias prevalecientes en ese momento, sino también a una inherente falta de sustancia de las restricciones legales impuestas a la Concesionaria en el Contrato de Concesión y el Marco Regulatorio. Asimismo, desde el momento en que las medidas de emergencia entraron en vigencia, los Gobiernos Nacional y Provincial comenzaron a nacionalizar las concesiones o bien a renegociar las concesiones restantes con sus socios contractuales, como AGBA. Este abordaje prevaleció por sobre toda acción inmediata adoptada para garantizar el derecho humano de la población de acceder a los servicios de agua y saneamiento. No hubo ninguna política gubernamental que exigiera a la Concesionaria una acción inmediata y eficaz en respuesta a las necesidades básicas no atendidas de los usuarios, en virtud de la Concesión para el suministro de agua y saneamiento. El Protocolo de Entendimiento (MOU) originalmente propuesto por la Provincia y que sería celebrado con AGBA en junio de 2001 tenía el objetivo de redefinir el cronograma, a fin de priorizar las obras correspondientes a las necesidades más urgentes de la población. No obstante, si bien AGBA estaba dispuesta a aceptar la creación de un comité de trabajo con ese objetivo, la Provincia finalmente se rehusó a firmar dicho acuerdo.

1215. Esta conclusión se confirma al analizar con detenimiento la afirmación de la Demandada de supuestos daños surgidos como consecuencia de la violación del derecho humano al agua que invoca. La Demandada mide esos daños calculando el monto del financiamiento que ni AGBA ni sus accionistas aportaron.

1216. El primer reclamo alternativo de la Demandada hace referencia al período comprendido entre 2000 y 2004, es decir, los años regidos por el primer POES Quinquenal que estipulaba un monto total de inversión por parte de AGBA de USD 230.917.300. Si luego se deduce la parte de las inversiones de las Demandantes efectivamente realizadas y si se tiene en cuenta su participación del 47,4122%, la compensación proporcional reclamada por la Demandada equivale a USD 80,9 millones. Sin embargo, a partir del año 2002, la República Argentina cambió su estrategia respecto de las concesiones de servicios públicos, apartándose de la privatización hacia un suministro de servicios públicos

respaldado por subsidios e inversiones públicas. En el Gran Buenos Aires, este desarrollo fue consolidado con la aprobación del Nuevo Marco Regulatorio. El proceso de renegociación se basó en el mismo concepto. Por lo tanto, el reclamo de daños fundado en la falta de inversiones en virtud del POES carece de sustento cuando a partir de 2002, se adoptó la política de involucrar al Estado con financiamiento propio en el suministro de los servicios básicos de agua y saneamiento, y cumplir así con las obligaciones que surgen como contrapartida al derecho humano de acceso al agua y el saneamiento.

1217. Es más, también es necesario considerar que, a partir de mediados de 2003, y más intensamente en 2004, se firmaron acuerdos con el objetivo de desarrollar obras dentro del área de Concesión de AGBA que la Concesionaria no realizó o que realizó de manera insuficiente a raíz de sus limitados recursos. Cabe recordar, en este sentido, el “Acuerdo Marco”, celebrado entre el Gobierno Nacional y la Provincia en junio de 2003, y las obras financiadas por el Banco Mundial a las que se había asociado AGBA en 2004. Estos acontecimientos implicaron no sólo un cambio hacia otros métodos para suministrar el financiamiento requerido sino que además tuvieron un efecto de reparación sin recurrir al cumplimiento de la obligación de AGBA de compensar la violación del derecho humano al agua supuestamente causada por la falta de las obras de expansión asumidas contractualmente en el POES Quinquenal.

1218. El segundo reclamo alternativo planteado por la Demandada se fundamenta en un déficit de las inversiones requeridas para los dos primeros años de la Concesión y el POES Quinquenal. El cálculo de la Demandada se basa en la comparación que realizó el Experto de las Demandantes, Walck, en la audiencia entre el POES aprobado y los estados contables de AGBA<sup>448</sup>. Los montos retenidos ascienden a USD 9,3 millones en el 2000 y USD 52 millones en 2001, es decir, un monto total de USD 61,3 millones<sup>449</sup>. El Tribunal observa que los montos respectivos serían menores si se tomaran en cuenta aquellos previstos y acordados en el primer POES Quinquenal, respecto de los fondos requeridos para obras de expansión en 2000 y 2001.

1219. Sin embargo, los montos destinados a financiamiento que AGBA y sus accionistas no aportaron en los años 2000 y 2001 no corresponden de ningún modo a una supuesta violación de una obligación de derecho internacional, por parte del inversor de garantizar el derecho de la población al agua. Dentro del marco legal de la Concesión, los respectivos montos que no fueron desembolsados en esos dos años dentro del primer POES Quinquenal no eran obligatorios respecto de ese período de tiempo, sino respecto del cumplimiento general de los compromisos de inversión correspondientes a los primeros cinco años de la Concesión únicamente (Cláusula 5.3 del Contrato). Además, el Organismo

---

<sup>448</sup> TR-S, Día 6, págs. 1573/8-1576/11.

<sup>449</sup> Sobre la base de las cifras mencionadas por el Tribunal en el Capítulo V, los déficits respectivos serían de USD 9.282.477,19 para el 2000, y de USD 59.488.626,17 para 2001, lo que asciende a un total de USD 68.771.103,36.

Regulador aprobó el informe del POES presentado por AGBA correspondiente al año 2000 y “neutralizó” el informe correspondiente al año 2001, lo que significó declarar efectivamente que no consideraba a la Concesionaria responsable por la demora en el cumplimiento del cronograma establecido en el primer POES Quinquenal. La estrategia del ORAB consistía, originalmente, en insistir sobre los compromisos pendientes de AGBA, con miras al cumplimiento cabal de dicho POES a fines del período quinquenal, antes de que la operación efectiva de la Concesión se viera afectada por las medidas de emergencia dictadas en 2002. Frente a estas circunstancias, el cumplimiento de la Demandada con su responsabilidad primordial de garantizar el derecho de la población al agua, no era el centro de atención principal del gobierno y, por lo tanto, no es posible afirmar que hacía surgir una obligación que la Concesionaria debía cumplir.

1220. El Tribunal también observa que la Demandada no invoca ningún fundamento legal que sustente el derecho de una persona de reclamar por daños y perjuicios como consecuencia de una supuesta violación del derecho humano al agua<sup>450</sup>. La Demandada no demuestra que la supuesta violación de ese derecho humano conlleve un deber de reparación, también basado en el derecho internacional, cuyo efecto sea que las personas afectadas por ese supuesto daño obtengan una compensación apropiada. La Demandada no ha logrado demostrar ese reclamo. Lo anterior sería razón suficiente para rechazar la Reconvención de la Demandada. El Tribunal agrega que ese reclamo infructuoso también puede encontrar explicación en la inexistencia de un fundamento legal, basado en el derecho internacional, que otorgue el derecho a un grupo de personas de plantear un reclamo para que se cumpla con el suministro de servicios de agua y cloacas dirigido contra una empresa u otro particular. En consecuencia, no existe un reclamo de compensación en un caso de incumplimiento que no está basado en una obligación de derecho internacional.

1221. Por los motivos expuestos precedentemente, la Reconvención de la Demandada es rechazada.

### **XIII. Costas**

1222. El 24 de agosto de 2012, las Partes habían presentado declaraciones ante el Tribunal respecto de las costas respectivamente incurridas en este procedimiento, en relación con la etapa jurisdiccional.

1223. Las Demandantes señalaron que los costos incurridos por URBASER ascienden a USD 306.475,99, más EURO 146.511,71, más ARS 58.989,31, y los costos incurridos por CABB ascienden a USD 159.991,96 más EURO 147.818,40.

---

<sup>450</sup> Ver TR-S, Día 9, págs. 2561/2-2562/20.

1224. La Demandada convirtió los montos determinados en las tres monedas en un único monto de USD 637.292,57.

1225. En cuanto a la etapa de fondo, las Demandantes señalaron que, para el reclamo principal, los costos incurridos por URBASER ascienden a EURO 401.561,66 más ARS 327.551,99, por honorarios de abogados, y a USD 1.187.441,46 más ARS 250.943,81 correspondientes a otros costos; y los costos incurridos por CABB ascienden a EURO 324.790,23, por honorarios de abogados, y a EURO 56.629,70 más USD 892.490,52 y ARS 183.088,87, correspondientes a otros costos.

1226. Las Demandantes presentaron una lista separada para la Reconvención. Los costos generados por la Reconvención para URBASER ascienden a EURO 133.853,89, más ARS 109.184,00 por honorarios de abogados, y a USD 169.634,49 más ARS 35.849,12, correspondientes a otros costos; y en el caso de CABB, los costos ascienden a EURO 108.263,41, por honorarios de abogados, y a EURO 8.089,96 más USD 127.498,65 y ARS 26.155,55, correspondientes a otros costos.

1227. Para la etapa de fondo, la Demandada determinó un monto correspondiente a los costos de USD 1.838.315,26.

1228. Los montos mencionados en USD incluyen los adelantos respectivos pagados al CIADI.

1229. Las Partes aceptan que no han llegado a un acuerdo respecto de los costos del arbitraje y su asignación, y que no existe ninguna disposición en el TBI aplicable en este sentido. Concuerdan en que el Tribunal aplique el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI y que tiene absoluta discreción para determinar cómo, cuánto y quién deberá pagar los costos incurridos por las Partes en relación con el presente arbitraje.

1230. Las Demandantes consideran que las costas de la etapa jurisdiccional deben ser pagadas por la Demandada. En cuanto a la etapa de fondo, las Demandantes observan que los Tribunales Arbitrales han aplicado, en reiteradas ocasiones, el criterio de que la parte vencida correrá con las costas del arbitraje, incluso en el caso de una admisión parcial del reclamo. Otros Tribunales han indicado que ordenar a la parte vencida que pague las costas de la parte vencedora es una expresión del principio de compensación plena por el daño causado. Por último, el principio de que las partes deben dividir las costas de un procedimiento arbitral en partes iguales, donde cada una absorbe sus propias costas legales, se ha convertido en una norma subsidiaria que es de aplicación cuando las condiciones necesarias para la aplicación de otros criterios de asignación de costos no están presentes. El Tribunal debería seguir estas indicaciones respecto del reclamo principal, pero también respecto de la Reconvención, que representa para las Demandantes un cuarto (25%) de sus costas legales y un octavo (12,5%) de los demás costos. En su último escrito

del 18 de marzo de 2016, las Demandantes argumentan, además, que la supuesta conducta dilatoria de la Demandada, en relación con la constitución del Tribunal en los años 2007 a 2009, debiera tener un grave impacto en las costas procedimentales que debe afrontar la Demandada.

1231. La Demandada había solicitado en su petitorio durante la etapa de prueba, tal como confirmó en su Escrito Posterior a la Audiencia, que el Tribunal debería ordenar a las Demandantes que paguen todas las costas y gastos que surgen del presente procedimiento arbitral. En su escrito del 11 de marzo de 2016, la Demandada explica los diferentes métodos que han sido aplicados por Tribunales del CIADI. La Demandada recuerda, en particular, que los Tribunales que han analizado las consecuencias de las medidas de emergencia ordenadas por el Gobierno de la República Argentina, en general, han decidido que los costos incurridos por cada parte deben ser absorbidos por cada parte y que los honorarios de los árbitros deben dividirse en partes iguales. Este método también debería aplicarse en el caso que nos ocupa, en lugar del método sugerido por las Demandantes de que la parte vencida debe absorber todos los costos de la otra parte, o la mayor parte.

1232. En cuanto a la etapa jurisdiccional, el Tribunal observa que todas las objeciones de jurisdicción planteadas por la Demandada respecto de los reclamos de las Demandantes deben rechazarse. Considera que, en lo que a la jurisdicción se refiere, el planteamiento de la Demandada respecto del carácter urgente de las medidas en las que se basan los reclamos relativos al TBI no puede prosperar. En consecuencia, la Demandada debe pagar una parte sustancial de los costos incurridos por las Demandantes en este sentido. El Tribunal también considera el rechazo de todas las objeciones de jurisdicción y admisibilidad planteadas por las Demandantes en relación con la Reconvención de la Demandada, y el hecho de que las Demandantes perdieron cuando propusieron recusar al Árbitro McLachlan. El Tribunal no toma en cuenta las demoras supuestamente causadas por la Demandada durante la etapa de constitución del Tribunal; dichas demoras tuvieron varios motivos y no todos son atribuibles a la Demandada, y las Demandantes no demostraron que tuvieran consecuencias significativas respecto de sus costas legales. En vista de todos estos factores, el Tribunal concluye que la Demandada pagará todos los costos incurridos por el CIADI respecto de la etapa jurisdiccional del procedimiento, que incluye los honorarios y gastos de los Miembros del Tribunal. La Demandada también pagará USD 400.000 a las Demandantes como aporte a sus costas legales y gastos de otra índole correspondientes a dicha etapa, más un interés posterior al laudo del 3%.

1233. En cuanto a la etapa de fondo, el Tribunal considera que el reclamo de las Demandantes respecto de una declaración de incumplimiento por parte de la Demandada con el estándar de trato justo y equitativo debe admitirse. Por otro lado, no lograron obtener una declaración similar respecto de otras disposiciones del TBI, y su reclamo de daños fue absolutamente infructuoso. El Tribunal también observa que la mayoría de las supuestas



violaciones del Marco Regulatorio fueron de naturaleza contractual y no tienen fundamento alguno en el TBI. En cuanto a la Reconvención, el Tribunal observa que la Demandada ha planteado inquietudes graves respecto de las implicaciones, en el ámbito de los derechos humanos, que tuvieron la falta de inversión y de respaldo a las obras de expansión por parte de las Demandantes para atender las necesidades de la población en el área de Concesión. Si bien la Reconvención finalmente fue rechazada, los argumentos contrarios de las Demandantes no fueron de gran ayuda a la hora de hallar el camino para un análisis jurídico adecuado de un tema tan importante. Tomando todos estos factores en consideración en vista de la facultad discrecional que asiste al Tribunal, éste concluye que cada parte deberá afrontar sus propias costas legales y gastos, y que cada Parte deberá pagar su propia contribución a los costos del CIADI incurridos durante la etapa de fondo, que han sido divididos en forma de adelanto en partes iguales.

#### **XIV. Decisión**

1234. Por los motivos expuestos, en la parte de arriba, el Tribunal decide:

1. Confirmar su Decisión sobre Jurisdicción del 19 de diciembre de 2012 y afirmar que el Centro tiene jurisdicción y que el Tribunal es competente respecto de la Reconvención de la República Argentina.
2. Declarar que la República Argentina violó el Artículo IV(1) del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre la República Argentina y el Reino de España el 3 de octubre de 1991, al no haber concedido un trato justo y equitativo a las Demandantes en la renegociación del Contrato de Concesión, durante el período comprendido entre 2003 y 2005.
3. Rechazar los reclamos restantes de URBASER y CABB, relativos a una declaración de incumplimiento del Tratado Bilateral de Inversiones.
4. Rechazar en su totalidad los reclamos planteados por URBASER y CABB para que se ordenara a la República Argentina a pagar una indemnización.
5. Rechazar la Reconvención planteada por la República Argentina, vinculada con el derecho humano de acceder al agua potable y al saneamiento.
6. Ordenar a la República Argentina el pago a URBASER y a CABB de una contribución por los honorarios legales y gastos incurridos, asociados con la etapa jurisdiccional, por un monto de USD 400.000, y la parte abonada por las Demandantes al CIADI como adelanto de costas durante la etapa jurisdiccional, por un monto de USD 647.000, más un interés anual del 3% a partir de los 60 días posteriores a la fecha de emisión del presente Laudo.
7. Decidir que los costos incurridos por el CIADI, a partir de la finalización de la etapa jurisdiccional, incluidos los honorarios y gastos de los Árbitros, sean pagados en partes iguales por URBASER y CABB, por un lado, y la República Argentina, por el otro.
8. Rechazar todo otro reclamo planteado por cualquiera de las Partes.

[Firmado]

---

Profesor Campbell McLachlan QC  
Árbitro

[Firmado]

---

Profesor Pedro J. Martinez-Fraga  
Árbitro

[Firmado]

---

Profesor Andreas Bucher  
Presidente del Tribunal

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

En el procedimiento entre

**URBASER S.A.**  
**Y CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAI A UR PARTZUERGOA**

(Demandantes)

y

**LA REPÚBLICA ARGENTINA**

(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/07/26

### **Decisión sobre la jurisdicción**

Dictada por

**Profesor Andreas Bucher, Presidente**  
**Profesor Pedro J. Martínez-Fraga, Árbitro**  
**Profesor Campbell McLachlan QC, Árbitro**

*Secretario del Tribunal:* Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor

*En representación de las Demandantes:*

Dra. Mercedes Fernández Fernández  
Dr. Juan Ignacio Santabaya González  
*Jones Day*  
Madrid, España

*Otros representantes de Urbaser S.A.:*

Juan Carlos Calvo Corbella

Dr. Enrique del Carril  
*Del Carril, Colombres, Vayo y Zabalía*  
*Lagos*  
Madrid, España

*En representación de la Demandada:*

Dra. Angelina María Esther Abbona  
Procuradora del Tesoro de la Nación  
*Procuración del Tesoro de la Nación*  
Buenos Aires, Argentina

Fecha: 19 de diciembre de 2012

## Índice

|  | Pág. |
|--|------|
| I. Antecedentes.....   | 1    |
| A. Procedimiento.....  | 1    |
| B. Naturaleza de la controversia .....   | 7    |
| 1. Reclamos de las Demandantes sobre el fondo.....   | 7    |
| 2. La posición de la Demandada y las excepciones a la jurisdicción.....  | 11   |
| C. El marco jurídico.....  | 13   |
| II. La primera excepción de la Demandada: Las Demandantes no cumplieron con los requisitos establecidos en el artículo X del TBI Argentina-España .....              | 17   |
| A. Cuestiones preliminares .....   | 17   |
| B. El análisis de las Partes de los requisitos del artículo X(2) y del artículo X(3) del TBI.....  | 19   |
| 1. La posición de la Demandada.....  | 19   |
| 2. La posición de las Demandantes.....   | 23   |
| C. Las conclusiones del Tribunal .....   | 33   |
| 1. El objetivo y la pertinencia de comprender la regla de los 18 meses .....   | 33   |
| 2. El requisito de someter la "controversia" a los "tribunales competentes" del Estado receptor .....  | 51   |
| a) Los efectos de las Leyes de Emergencia sobre el funcionamiento de los tribunales argentinos .....   | 52   |
| b) La competencia de los tribunales locales requiere la legitimación activa de las Demandantes .....   | 54   |
| 3. La naturaleza de la "controversia" para emitir una decisión "sobre el fondo" dentro de los 18 meses.....  | 57   |
| a) No se puede emitir una decisión sobre el "fondo" mediante un procedimiento de naturaleza complementaria.....  | 58   |
| b) No se puede emitir una decisión de "fondo" en virtud de un juicio sumarísimo o de un proceso abreviado.....   | 60   |
| c) No se puede emitir una decisión sobre el "fondo" mediante una sentencia declarativa.....  | 61   |
| d) ¿Qué otros <i>fueros</i> están disponibles para someter un reclamo para la indemnización por daños y perjuicios?.....   | 64   |
| e) El requisito de los 18 meses con respecto a un procedimiento judicial ordinario .....   | 67   |
| 4. Conclusión.....   | 72   |
| III. La segunda excepción de la Demandada: Las Demandantes no tienen legitimación activa para demandar por derechos cuya titularidad corresponde a otra persona..... | 72   |
| 1. La posición de la Demandada.....  | 72   |
| 2. La posición de las Demandantes.....   | 78   |
| 3. Las conclusiones del Tribunal .....   | 83   |
| IV. La tercera excepción de la Demandada: La inversión invocada por las Demandantes no es una inversión protegida por el TBI Argentina-España .....                  | 89   |
| A. Cuestiones preliminares .....   | 89   |
| B. La transferencia de las acciones de AGBA pertenecientes a Dycasa S.A. a favor de URBASER S.A.....   | 92   |
| 1. La posición de la Demandada.....  | 92   |
| 2. La posición de las Demandantes.....   | 93   |
| 3. Las conclusiones del Tribunal .....   | 94   |
| C. La participación accionaria de CABB en AGBA y sus Contratos de Cuentas en Participación con terceros.....   | 100  |
| 1. La posición de la Demandada.....  | 100  |
| 2. La posición de las Demandantes.....   | 103  |
| 3. Las conclusiones del Tribunal .....   | 105  |
| D. Legitimación activa de CABB como organismo público sin la autorización del Reino de España.....   | 108  |
| 1. La posición de la Demandada.....  | 108  |
| 2. La posición de las Demandantes.....   | 110  |
| 3. Las conclusiones del Tribunal .....   | 111  |
| V. Decisión.....   | 117  |

## I. Antecedentes

### A. Procedimiento

1. El 20 de julio de 2007, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI” o el “Centro”) recibió una Solicitud de Arbitraje de fecha 6 de julio de 2007, presentada en español (“Solicitud de Arbitraje”) por URBASER S.A. Y CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAIUA UR PARTZUERGOA (las “Demandantes”, respectivamente “URBASER” y “CABB”) en contra de la REPÚBLICA ARGENTINA (la “Argentina” o la “Demandada”). Las Demandantes presentaron la Solicitud conforme al Artículo X del Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones firmado por la República Argentina y el Reino de España el 3 de octubre de 1991<sup>1</sup> (el “TBI Argentina-España” o el “TBI”).

2. El 1 de octubre de 2007, el Secretario General Interino del CIADI registró la Solicitud y notificó a las Partes de su registro.

3. Las Demandantes y la Demandada (las “Partes”) acordaron renunciar al requisito de nacionalidad contemplado en el Artículo 39 del Convenio del CIADI (el “Convenio”). La Demandada eligió la fórmula prevista en el Artículo 37(2)(b) del Convenio para la constitución del Tribunal. Las Demandantes estuvieron de acuerdo con la elección, con sujeción al Artículo 38 del Convenio.

4. El 18 de diciembre de 2007, las Demandantes nombraron a un nacional de España como árbitro y propusieron la designación de otro árbitro como Presidente del Tribunal. La Demandada rechazó la última propuesta el 28 de diciembre de 2007 y propuso a otro candidato como Presidente. Las Demandantes se opusieron a esta nueva propuesta el 3 de enero de 2008. El 15 de febrero de 2008, la Demandada nombró a un árbitro de nacionalidad argentina y presentó una nueva propuesta para el Presidente del Tribunal. Dado que los árbitros designados por las Partes comparten la nacionalidad de las Demandantes y de la Demandada, respectivamente, conforme al Artículo 39 del Convenio se requería el acuerdo de todas las Partes para confirmar estos nombramientos. El 18 de junio de 2008, las Demandantes rechazaron las dos propuestas de la Demandada.

5. El 29 de septiembre de 2008, las Demandantes retiraron su designación inicial y nombraron como Árbitro al Profesor Pedro J. Martínez-Fraga, nacional de los Estados Unidos de América. El 30 de octubre de 2008, se informó a las Partes de que el Profesor Martínez-Fraga había aceptado su nombramiento.

---

<sup>1</sup> Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones firmado por la República Argentina y el Reino de España el 3 de octubre de 1991.

6. El 18 de diciembre de 2008, la Demandada comunicó que las Partes habían llegado a un acuerdo para aceptar la designación de un nacional de una de las Partes conforme al Artículo 39 del Convenio. El 20 de enero de 2009, las Demandantes solicitaron que el Presidente del Consejo Administrativo designara a los dos árbitros restantes, uno de los cuales se desempeñaría como Presidente del Tribunal. Por medio de una carta del 13 de febrero de 2009, el Centro confirmó que ante la ausencia de acuerdo entre las Partes, éstas no podrían designar un árbitro de su misma nacionalidad.

7. El 23 de febrero de 2009, la Demandada designó a Sir Ian Brownlie, nacional del Reino Unido, como árbitro. El 26 de febrero de 2009, el Centro confirmó que Sir Ian Brownlie había aceptado su nombramiento.

8. El 26 de mayo de 2009, la Demandada rechazó una propuesta del Centro para la designación del Presidente del Tribunal, la cual las Demandantes aceptaron. El 9 de junio de 2009, el Centro presentó una nueva propuesta, que las Demandantes aceptaron el 16 de junio de 2009 y la Demandada rechazó en esa misma fecha. El Centro presentó otra propuesta el 10 de julio de 2009, que ambas partes rechazaron el 17 de julio de 2009.

9. Entonces, el Centro consideró la solicitud anterior de las Demandantes para que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designara al tercer árbitro, que se desempeñaría como Presidente del Tribunal, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI y con la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Por medio de una carta del 30 de julio de 2009, el Centro informó a las Partes de que tenía la intención de proponer la designación del profesor Andreas Bucher, nacional de Suiza y miembro de la Lista de Árbitros del CIADI, como tercer árbitro y Presidente del Tribunal. En una carta adicional de fecha 21 de agosto de 2009, la Secretaria General del CIADI respondió a las objeciones presentadas por la Demandada a la propuesta y concluyó que estas objeciones no eran convincentes.

10. El 25 de agosto de 2009, la Demandada concordó con la designación de otro nacional de Suiza que el Centro había sugerido anteriormente y que las Demandantes habían aceptado el 26 de mayo de 2009. Cuando el Centro informó a las Partes que solicitaría la aceptación correspondiente del candidato el 1 de septiembre de 2009, las Demandantes manifestaron que su aceptación anterior ya no era válida y que se oponían a los esfuerzos de la Demandada de que se reemplazara la designación del Profesor Bucher unilateralmente.

11. El 13 de octubre de 2009, se le informó a las Partes que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI había designado al Profesor Andreas Bucher como Presidente del Tribunal. El 16 de octubre de 2009, se le informó a las Partes que el Profesor Bucher, Sir Ian Brownlie y el Profesor Pedro J. Martinez-Fraga habían aceptado sus respectivas

designaciones y que, en consecuencia, el Tribunal quedaba constituido y el procedimiento comenzaba en esa misma fecha.

12. Con vistas a la primera sesión del Tribunal, que estaba programada para el 16 de diciembre de 2009 en París, las Partes presentaron un acuerdo respecto de varias cuestiones incluidas en la agenda provisional para dicha sesión. Por medio de una carta del 10 de diciembre de 2009, el Tribunal hizo sugerencias adicionales para la consideración de las Partes. Mientras las Partes progresaban en la resolución de cuestiones pendientes, la reunión en París se canceló con la expectativa de que el Tribunal y las Partes alcanzarían dentro de los siguientes días un acuerdo respecto de las cuestiones pendientes incluidas en la agenda provisional.

13. El 3 de enero de 2010, falleció el Árbitro Sir Ian Brownlie. Conforme a la Regla 10(2) de las Reglas de Arbitraje, el procedimiento se suspendió y se invitó a la República Argentina a que designara otro árbitro.

14. El 26 de febrero de 2010, la República Argentina nombró al Profesor Campbell McLachlan, nacional de Nueva Zelanda, como árbitro. El 8 de marzo de 2010, el Centro informó a las Partes de que el Profesor McLachlan había aceptado su nombramiento y que por lo tanto, conforme a la Regla 12 de las Reglas de Arbitraje, se reanudaba el procedimiento ese mismo día desde el punto al que había llegado cuando ocurrió la vacante.

15. El 18 de marzo de 2009, las Demandantes presentaron al Centro una Propuesta de Recusación (“la Propuesta”) del Profesor McLachlan como Árbitro, conforme al Artículo 57 del Convenio del CIADI. Ese mismo día, el Centro acusó recibo de la Propuesta y declaró que, de conformidad con la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje, se suspendía el procedimiento hasta que se tomara una decisión sobre la Propuesta de Recusación.

16. El 16 de abril de 2010, la Demandada presentó un escrito en respuesta a la propuesta de recusación. Se invitó inmediatamente al Profesor McLachlan a que presentara sus propios comentarios sobre la cuestión, si los tuviera, lo que hizo por medio de una carta de fecha 5 de mayo de 2010. Las Partes presentaron sus respuestas a estos comentarios el 14 de mayo de 2010.

17. De conformidad con la Propuesta de Recusación presentada por las Demandantes en virtud de la Regla 9(4) de las Reglas de Arbitraje, el Profesor Pedro J. Martinez-Fraga, Árbitro, y el Profesor Andreas Bucher, Presidente, tomaron la decisión de rechazar dicha Propuesta el 12 de agosto de 2010.

18. A partir de la fecha de esta decisión, es decir, a partir del 12 de agosto de 2010, se reanudaron los procedimientos. Por medio de una carta de fecha 18 de agosto de 2010, el



Tribunal planteó cuestiones procesales pendientes. Las Partes confirmaron, por medio de declaraciones respectivas de fecha 2 de septiembre de 2010, que se habían aclarado todas las cuestiones pendientes y que habían llegado a un acuerdo. El 23 de septiembre de 2010, las Partes presentaron ante el Tribunal, tanto en inglés como en español, su Acuerdo sobre los puntos incluidos en la agenda de la primera sesión convocada para el 16 de diciembre de 2009. Por medio de una carta de fecha 27 de septiembre de 2010, el Tribunal aprobó dicho Acuerdo y declaró cerrada la primera sesión.

19. De conformidad con las reglas incluidas en el Acuerdo de las Partes sobre los puntos incluidos en la agenda preliminar y dentro de los plazos establecidos en él y los plazos parcialmente modificados con posterioridad, las Partes presentaron sus alegaciones de la siguiente manera:

- El Memorial de Demanda fue presentado por las Demandantes el 27 de enero de 2011
- El Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y a la Competencia del Tribunal fue presentado por la Demandada el 12 de abril de 2011
- El Contramemorial a las Excepciones a la Jurisdicción y Competencia fue presentado por las Demandantes el 22 de junio de 2011
- La Réplica sobre Excepciones a la Jurisdicción del Centro y a la Competencia del Tribunal fue presentada por la Demandada el 15 de agosto de 2011
- La Dúplica sobre Excepciones a la Jurisdicción del Centro y a la Competencia del Tribunal Arbitral fue presentada por las Demandantes el 29 de septiembre de 2011.

Estas alegaciones se presentaron en español y fueron traducidas al inglés. A su vez, se presentó una selección de documentos adjuntos y autoridades legales en inglés, ya sea en calidad de originales o traducciones.

20. Cada una de las Partes presentó, junto con sus alegaciones, documentación de soporte vinculada a su alegación. Además de la solicitud presentada en el Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y a la Competencia del Tribunal, el 27 de julio de 2011, la Demandada solicitó al Tribunal que ordenara a las Demandantes a que presentasen documentación adicional que (a) fue mencionada en los informes de los expertos de las Demandantes, pero que no fueron presentadas junto con ellos, (b) permita determinar la legitimación y personería de CABB y (c) se relacione con la participación accionaria de las Demandantes en AGBA y la transferencia de esta participación. Por medio de una carta de fecha 4 de agosto de 2011, las Demandantes rechazaron esta petición. Luego de varios intercambios de comunicaciones entre las Partes, el 15 de agosto de 2011, el Tribunal decidió no emitir un pronunciamiento sobre esta cuestión antes de la conclusión de los escritos sobre las cuestiones jurisdiccionales. Conforme a los documentos presentados por las Demandantes, junto con su Dúplica sobre Excepciones a la Jurisdicción del Centro y a la Competencia del Tribunal Arbitral, la Demandada presentó una nueva solicitud de producción de documentos, el 21 de octubre de 2011, que contenía

una nómina acotada de documentos, a la que las Demandantes respondieron por medio de una carta de fecha 3 de noviembre de 2011. En la Resolución Procesal del 14 de noviembre de 2011, el Tribunal solicitó a las Demandantes que presentasen una serie de documentos mencionados en el Informe del Prof. Manóvil pero que no habían sido presentados. Por otra parte, el Tribunal se abstuvo de requerir que la Demandada presentase otros documentos, es decir los “Contratos de Cuentas en Participación” celebrados por CABB y los estados contables de Aguas de Bilbao S.A., que las Demandantes se habían negado a presentar porque se celebraron con terceros ajenos a éste arbitraje. En su contestación, mediante carta de fecha 24 de noviembre de 2011, las Demandantes indicaron que, en efecto, uno de los documentos solicitados nunca había existido y, con respecto a los restantes documentos, los que estaban disponibles ya habían sido presentados y los documentos que faltaban no habían sido localizados y, en cualquier caso, no eran necesarios para decidir la cuestión sometida a arbitraje. La Demandada abordó estas propuestas efectuadas por las Demandantes en una carta de fecha 5 de diciembre de 2011, por medio de la cual solicitó al Tribunal que realizara una inferencia negativa para la posición de las Demandantes con respecto al contenido de los contratos de transferencia de acciones y la documentación anexa no aportada. La Demandada nuevamente solicitó a las Demandantes que presentasen el Contrato de Cuentas en Participación celebrado entre CABB y Aguas de Bilbao S.A. y confirmaran que no existía otro Contrato de Cuentas en Participación del que AGBA sea Parte. En la comunicación efectuada el 19 de diciembre de 2011, las Demandantes rechazaron las solicitudes de la Demandada y negaron la relevancia de la documentación que la Demandada aún pretendía que presentase ante el Tribunal.

21. Se decidió celebrar una audiencia sobre jurisdicción dado que las Partes acordaron que era conveniente realizarla. De conformidad con la Regla 13(3) de las Reglas de Arbitraje, las Partes acordaron celebrar dicha audiencia en París.

22. La audiencia sobre cuestiones jurisdiccionales invocadas en virtud de las excepciones de la Demandada a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal se celebró en París del 6 al 8 de febrero de 2012. Los siguientes Expertos presentaron sus dictámenes y fueron escuchados en dicha ocasión:

- El Prof. Dr. Ismael Mata, presentado por la Demandada.
- El Prof. Dr. Ricardo Augusto Nissen, presentado por la Demandada.
- El Prof. Dr. Rafael Mariano Manóvil, presentado por las Demandantes.
- El Prof. Dr. Alberto B. Bianchi (Segundo Informe), presentado por las Demandantes.
- El Prof. Dr. Tomás Ramón Fernández, presentado por las Demandantes.

El Prof. Mata fue escuchado por medio de una videoconferencia entre París y Buenos Aires. El resto de los Expertos fueron escuchados en París. La segunda parte de la audiencia se dedicó a la presentación de las alegaciones de cierre de las Partes. Al final

de la audiencia, tanto la Demandada como las Demandantes declararon que no tenían ninguna excepción pendiente con respecto a la tramitación de este procedimiento desde la fecha de constitución del Tribunal.

23. Tras la audiencia, se presentó documentación complementaria en virtud de las decisiones adoptadas por el Tribunal sobre los términos acordados en el cierre de la audiencia, tal como sigue:

- Copias de una muestra de las decisiones emitidas por los tribunales de la República Argentina, las cuales fueron inicialmente presentadas en formato digital únicamente, en un CD-ROM, y complementadas por un resumen en inglés de cada decisión, el cual fue preparado por la Demandada y comentado por las Demandantes en una nota presentada el 20 de marzo de 2012.
- Una traducción al inglés de la demanda de nulidad, el ofrecimiento de pruebas y la reserva de derechos presentados al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 2 de La Plata el 4 de diciembre de 2006, con respecto a las cuales la Demandada efectuó unas correcciones, que luego fueron revisadas por las Demandantes sin emitir observación o aclaración alguna al respecto.
- Una traducción al inglés de anexos a la Solicitud de Arbitraje.
- Copias de las diapositivas utilizadas por las Demandantes durante sus alegaciones de cierre en la audiencia del 8 de febrero de 2012. Si bien la Demandada presentó sus diapositivas en la audiencia, el Tribunal consideró que, bajo aquellas circunstancias, una presentación de las Demandantes con posterioridad a la audiencia no produciría perjuicio alguno que afectase los derechos procesales o la posición de la Demandada.

24. La audiencia celebrada en París fue grabada y las transcripciones se prepararon tanto en español (en adelante: TR-S) como en inglés (TR-E). Lamentablemente, la grabación sonora de la audiencia que incluía las alegaciones de cierre en español de las Demandantes tenía defectos técnicos graves y, en su mayor parte, la grabación resultó inservible. La versión en inglés, efectuada por los intérpretes, se grabó correctamente y de manera íntegra. Se presentó una traducción al español de esta versión. La Demandada se opuso a la presentación de un escrito titulado “Cierre” y descrito en la carta de las Demandantes del 20 de marzo de 2012 como “una nota escrita de apoyo correspondiente a las alegaciones de cierre de la parte demandante”. El Tribunal reconoció que esta Nota, de alguna manera, duplicaba las alegaciones orales de las Demandantes. Esto no es lo que fue autorizado por las reglas procesales acordadas entre las Partes y las disposiciones complementarias adoptadas en la preparación de la audiencia y en el transcurso de su tramitación. La presentación de cada Parte en respaldo de su posición acerca de las excepciones de la Demandada a la competencia del Tribunal debía efectuarse de forma oral y registrarse en una transcripción. No existió regla alguna que autorizara a una Parte a presentar un escrito acerca de la cuestión planteada en forma oral y disponible

conforme a lo que se registró en la transcripción. No obstante, el Tribunal tuvo que adoptar una solución que fuese justa con las Demandantes en virtud de la circunstancia de que no existía una transcripción completamente precisa disponible de su alegación en español. Por lo tanto, el Tribunal aceptó parcialmente la excepción de la Demandada y decidió desestimar dicho documento por el resto de este procedimiento, dado que contenía frases que no estaban incluidas en la transcripción equivalente en inglés. Las Partes fueron informadas al respecto por medio de una carta de fecha 17 de mayo de 2012. El 12 de junio de 2012, las Demandantes presentaron correcciones a las transcripciones en inglés y en español de sus alegaciones de cierre y la Demandada no emitió comentario alguno al respecto.

25. Al final de la audiencia en París y en las cartas de fechas 8 y 24 de febrero de 2012, el Tribunal planteó una serie de cuestiones a las Partes y las invitó a formular comentarios al respecto. Las Partes presentaron sus respectivos comentarios el 20 de marzo de 2012.

26. El 24 de agosto de 2012, las Partes presentaron ante el Tribunal declaraciones acerca de los costos incurridos respectivamente durante el presente procedimiento en relación con la fase jurisdiccional.

27. Las deliberaciones del Tribunal se llevaron a cabo el 1 de septiembre de 2012.

## B. Naturaleza de la controversia

### 1. *Reclamos de las Demandantes sobre el fondo*

28. Los antecedentes relativos a la controversia, de manera resumida y limitados a los elementos fundamentales, sobre la base de las presentaciones de las Demandantes, comenzaron cuando CABB, como miembro de un consorcio compuesto por Sideco Americana S.A., Impregilo S.p.A. e Iglys S.A., presentó una propuesta que resultó ganadora para la concesión de la prestación del servicio público de suministro de agua potable y alcantarillado en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Se requirió que los adjudicatarios constituyan una sociedad en la Argentina para actuar como Concesionaria. Por lo tanto, AGUAS DEL GRAN BUENOS AIRES S.A. (AGBA), constituida el 2 de diciembre de 1999, resultó ser Concesionaria de la prestación del servicio público de suministro de agua potable y alcantarillado de la Región B de la Provincia de Buenos Aires, en virtud del Contrato de Concesión suscrito con la Provincia de Buenos Aires el 7 de diciembre de 1999.

29. URBASER se convirtió en accionista de AGBA poco después de su constitución, cuando adquirió acciones a través de Urbaser Argentina S.A. y posteriormente lo hizo de

manera directa. Dycasa S.A. también se convirtió en accionista en esa época. Actualmente, URBASER tiene una participación de 27.4122% en el capital de AGBA. De dicha participación, 26,3435% corresponde directamente a URBASER. El 1.0687% restante corresponde a la sociedad argentina Urbaser Argentina S.A. URBASER es titular del 100% de Urbaser Argentina S.A. En un 98% le corresponde por participación directa y en el 2% restante por participación indirecta que ostenta a través de la sociedad argentina Transportes Olivos S.A.C.I. y F. El capital de la citada Transportes Olivos S.A.C.I. y F. pertenece, en un 98% a Urbaser Argentina S.A. y en el 2% restante a URBASER. Por su parte, CABB tiene una participación del 20% en el capital social de AGBA. Impregilo S.A., Iglys y Sideco eran titulares de Parte de la participación accionaria en AGBA. El 10% restante del capital de AGBA corresponde al personal de la misma sociedad Concesionaria en virtud del “Programa de Participación Accionaria del Personal” (PPAP).

30. El 27 de marzo de 2002, en virtud del Decreto 757/2002, se autorizó a Sideco a que transfiriera sus acciones a las empresas Impregilo y a Iglys. En esa época, URBASER, Urbaser Argentina y Dycasa fueron autorizadas a adquirir acciones con el fin de asegurar el estatus de accionistas en AGBA.

31. Por lo tanto, URBASER y CABB adquirieron una participación conjunta del 47,4122% en la concesión para la prestación del servicio público de suministro de agua potable y alcantarillado en 7 distritos de la Provincia de Buenos Aires. URBASER es la empresa de la rama medioambiental del Grupo ACS, Actividades de Construcción y Servicios, y es líder en la gestión de servicios públicos. CABB es una entidad española, que se dedica de forma prácticamente exclusiva a la prestación de los servicios de suministro de agua potable y alcantarillado, que se caracteriza, según las Demandantes, por tener personalidad jurídica y capacidad de obrar propia, y está integrada por una serie de Municipios y el Gobierno Vasco. Es la entidad responsable de la gestión en red primaria en la Provincia de Bizkaia (País Vasco). CABB abastece más de 70 Municipios y, como señalaron las Demandantes, también ese encuentra autorizado para realizar éstas actividades en otros países.

32. Las Demandantes afirman que la controversia surgió cuando AGBA se vio privada de la posibilidad de aplicar tarifas según su propio criterio. La controversia se acentuó aún más cuando se retiró la concesión el 14 de julio de 2006 y la Provincia informó a AGBA acerca de la terminación anticipada de la Concesión. Esta notificación se emitió de conformidad con el Decreto 1666 del 11 de julio de 2006. Las Demandantes afirmaron que la prohibición de calcular las tarifas en dólares estadounidenses y revisarlas conforme a los índices de precios de los Estados Unidos era de suma importancia. La legislación sobre el estado de emergencia impidió que los costos de operación, mantenimiento y amortización fueran considerados en Dólares Estadounidenses, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Emergencia Pública N°

25.561, aprobada el 6 de enero de 2002. La Provincia de Buenos Aires se adhirió a esta Ley a través de la Ley Provincial N° 12.858, de fecha 28 de febrero de 2002.

33. Las tarifas fueron convertidas de dólares estadounidenses a Pesos, utilizando un tipo de cambio de 1:1, en una época en que el Peso se había devaluado por más de dos tercios de su valor. Sin embargo, las obligaciones de la Concesionaria continuaron igual. AGBA hubo de soportar la reducción y el congelamiento de sus tarifas a un tercio de su valor inicial, sin que el citado valor se revierta a sus niveles iniciales y que ni siquiera se incremente en medida alguna hasta la fecha de la terminación. En el cuarto año de la Concesión, la Provincia dictó una nueva Ley que vino a amparar la reestatización del servicio, lo que terminó ocurriendo en el año séptimo de la Concesión. El nuevo marco pretendió ser aplicado a la Concesionaria sin adecuación previa de su Contrato. El nuevo marco regulatorio incluyó una serie de normas que alteraron sustancialmente las reglas de juego bajo las cuales habían invertido las Demandantes. Asimismo, los inversores se enfrentaron con un claro comportamiento falto de cooperación por parte del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires (el Concedente) y el Organismo Regulador de Aguas Bonaerense (ORAB). Ambas autoridades procedieron a implantar medidas, tomar decisiones o dejar de actuar de forma tal de asegurar que la carga económica del usuario fuera mitigada o minimizada, impidiendo a AGBA aplicar las tarifas establecidas y adoptar cualquier mecanismo tendiente a cobrar montos que podrían constituir una molestia para el usuario incumplidor, quién también era su elector en los comicios electorales. Todo ello provocó la ruptura del equilibrio económico de la Concesión y la pérdida de la inversión. El Concedente se limitó a llevar a cabo unas actuaciones meramente formales y no brindó su consentimiento sobre cualquier metodología diseñada a contribuir al reajuste del Contrato de Concesión de AGBA. El Concedente nunca se comprometió seriamente a ningún proceso de renegociación. De hecho, el Concedente mismo rescindió el Contrato. La terminación no fue otra cosa más que el último acto de una muerte anunciada y que privó a las Demandantes de cualquier valor residual de una inversión que ya había sido fuertemente devaluada.

34. Mientras que los requerimientos de AGBA para el incremento de tarifas y para restaurar una ecuación económica distorsionada fueran rechazados, otras prestadoras del servicio y, muy particularmente, la entidad que podría remplazar a AGBA en la zona que tenía asignada (Aguas Bonaerenses S.A., ABSA), recibieron incrementos tarifarios y subvenciones que habían sido desestimados en el caso de AGBA. Se produjeron situaciones similares con respecto a otros procesos de reestatización del servicio de aguas en Argentina.

35. En la actualidad, AGBA se encuentra en fase de liquidación porque la Concesión fue terminada y como resultado de habersele impedido aplicar las tarifas. Los inversores han esperado mucho tiempo y no han recibido ninguna indemnización. Impregilo S.p.A.

es otro accionista de AGBA que inició un procedimiento de arbitraje ante el CIADI que llevó a la emisión de un Laudo el 21 de junio de 2011<sup>2</sup>.

36. Los Demandantes sostienen que la República Argentina es responsable por las actuaciones y omisiones del Estado Nacional y de la Provincia de Buenos Aires, como ramas del Poder Legislativo y Ejecutivo del Estado Nacional y de la Provincia de Buenos Aires, incluso sus actuaciones como Concedente y las del Organismo Regulador.

37. Los Demandantes afirman que la República Argentina es responsable por las acciones de la Provincia con arreglo a los TBIs y al Derecho Internacional consuetudinario. En la presente controversia, su responsabilidad surge del TBI Argentina-España del 3 de octubre de 1991. El artículo 1(2) del TBI alude al "territorio" donde esté situada la inversión y el artículo 1(4) del citado texto define el término "territorio" como "el territorio terrestre de cada una de las Partes". En la Argentina, el territorio está integrado por todas sus Provincias.

38. La Petición de las Demandantes está en su Memorial de Demanda y se estableció de la siguiente manera:

“1. La declaración de que la República Argentina ha infringido las disposiciones del Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones firmado por la República Argentina y el Reino de España el 3 de octubre de 1991 y, en particular, que ha infringido los siguientes preceptos del citado Acuerdo: el Artículo III.1 que impone la obligación de protección de las inversiones extranjeras y prohíbe la adopción de medidas injustificadas o discriminatorias, el Artículo IV.1 que impone la obligación de tratar justa y equitativamente las citadas inversiones y al Artículo V, que prohíbe la expropiación ilícita y discriminatoria de las inversiones extranjeras e impone la obligación de indemnizar al inversor en caso de expropiación o adopción de medidas de características o efectos similares.

2. La condena a la República Argentina a indemnizar a CABB y URBASER por los perjuicios causados por los citados incumplimientos y, en consecuencia, la condena a la República Argentina a abonar los siguientes importes:

2.1 A favor de URBASER, S.A., la cantidad de US\$ 101.758.797 (CIENTO UN MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE DÓLARES ESTADOUNIDENTES).

2.2 A favor de CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BIZKAIA UR PARTZUERGOA, la cantidad de US\$ 109.449.861 (CIENTO NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN DÓLARES ESTADOUNIDENSES).

---

<sup>2</sup> *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/17. El Laudo está en anulación pendiente de un Comité *ad hoc* constituido el 30 de enero de 2012.

3. La condena a la República Argentina a abonar a los Demandantes los intereses devengados por la cantidades expresadas en los apartados 2.1 y 2.2 anteriores, a un tipo de interés anual compuesto del 15 % (QUINCE POR CIENTO), computado desde el 31 de diciembre de 2010 hasta la fecha en la que se realice el abono.

4. La condena a la República Argentina a efectuar cualquier otra reparación adicional de los daños causados a los Demandantes, considerada justa y apropiada por el Tribunal.

5. La imposición a la República Argentina de las costas causadas en el presente arbitraje, incluyendo los derechos del Centro, los honorarios y costes del Tribunal Arbitral y los costes legales, periciales y de otro tipo generados a los Demandantes por el presente arbitraje, bajo el criterio e íntegra indemnización.

La petición de indemnización y abono de intereses comprende lo que resulte de las probanzas de este procedimiento y estimo pertinente el Tribunal Arbitral.

Los inversores Demandantes se reservan expresamente el derecho a complementar, adicionar o modificar las peticiones formuladas en este escrito en atención a las circunstancias consideradas durante el curso del procedimiento arbitral de conformidad con lo establecido en el Artículo 46 del Convenio CIADI”.

39. Las Demandantes han sometido su controversia al arbitraje ante el CIADI sin recurrir previamente a los tribunales competentes de la República Argentina, conforme al artículo X(2) del TBI. Las Demandantes señalaron que estaban habilitadas para someter la controversia directamente al arbitraje internacional en virtud de la cláusula de la Nación Más Favorecida (cláusula de NMF) contenida en el artículo IV(2) del TBI. Las Demandantes mantuvieron esta posición en el presente procedimiento y rechazaron las excepciones a la jurisdicción planteadas por la Demandada sobre la base de este principio y otras premisas alegadas por ella.

## 2. *La posición de la Demandada y las excepciones a la jurisdicción*

40. En general, la Demandada rechaza por completo los reclamos de las Demandantes y alega que no han presentado un reclamo verosímil o *prima facie* de violación de las disposiciones del TBI Argentina-España. Si bien no abordó el fondo del reclamo de las Demandantes en sus presentaciones por escrito sobre la cuestión de la jurisdicción, la Demandada se dirigió al Tribunal durante su alegato de apertura en la audiencia y dijo que la historia de este caso es una “historia de total frustración de cumplir con las expectativas que el Estado tenía”<sup>3</sup>. Incluso antes de que se adoptaran las Leyes de Emergencia, la Concesionaria no era capaz de cumplir con sus obligaciones en virtud de los acuerdos operativos relativos a la prestación de servicios. Asimismo, la Demandada

---

<sup>3</sup> TR-E, Día 1, pág. 13/7 s.



afirma que era fundamental para la República Argentina saber a quien se adjudicó la Concesión y que esta información tenía particular importancia para la sociedad con carácter de Operador Técnico. Existieron reglas claras con respecto a la transferencia de acciones que no fueron observadas ni por URBASER ni por CABB. Las Autoridades del Estado no han sido informadas acerca de varias transferencias de acciones efectuadas. En este punto, la Demandada también señaló que las Demandantes violaron el marco jurídico al cual estaba sometida la inversión.

41. La Demandada alegó tres excepciones a la competencia del Tribunal en la presente controversia, todas éstas invocadas con el fin de re-evaluar la importancia básica del consentimiento y del completo cumplimiento con los términos de dicho consentimiento.

42. En primer lugar, la Demandada alega que los requisitos establecidos en el artículo X(2) y del artículo X(3) del TBI de requerir que las controversias entre una Parte Contratante del TBI y un inversor de la otra Parte sea primeramente sometida a los tribunales locales del Estado receptor, no ha sido cumplida. Las Demandantes admiten que no existió dicho sometimiento previo. La Demandada afirma que éste es un requisito para determinar la jurisdicción y competencia y no puede soslayarse mediante la utilización de la cláusula de la Nación Más Favorecida (cláusula de NMF) contenida en el artículo IV(2) del TBI subyacente.

43. En segundo lugar, la Demandada solicita que el Tribunal desestime el reclamo de las Demandantes, porque ni el derecho internacional general, ni el TBI Argentina-España, ni el Convenio CIADI, ni el Derecho argentino establecen acciones declarativas o indirectas para los accionistas. La Demandada observa que las Demandantes han manifestado que tanto URBASER como CABB son titulares de acciones de AGBA. Sus inversiones respectivas se limitan a participación accionaria en AGBA. Por consiguiente, la Demandada afirma que el reclamo de las Demandantes se debe limitar a la protección de los derechos que surgen de esas acciones. Los derechos que las Demandantes buscan ejecutar se derivan del Contrato de Concesión, y éstos derechos no pertenecen a las Demandantes, sino que pertenecen a AGBA.

44. La tercera excepción a la competencia del Tribunal afirma que URBASER habría procedido a una adquisición de acciones contraria a las leyes de Argentina cuando adquirió todas las acciones que Dycasa tenía en AGBA. De manera similar, la Demandada alega que CABB también ha estado involucrada en transferencias de acciones ilegales al haber transferido sus acciones a terceras partes mediante Contratos de Participación que implicaron una violación grave del marco jurídico aplicable a la tenencia de acciones en AGBA y a su transferencia. Asimismo, la Demandada afirmó que CABB no tenía legitimación activa para recurrir al arbitraje ante el CIADI, porque no había obtenido la previa autorización expresa del Reino de España.

45. El Petitorio de la Demandada está incluido en el Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y a la Competencia del Tribunal. La Demandada solicitó lo siguiente al Tribunal Arbitral:

“(1) *resuelva*, conforme a la Regla 41(4) de la Reglas de Arbitraje, *admitir* la presente *Excepción de Jurisdicción* y haga lugar a la solicitud de documentos presentada en la sección E;

(2) *disponga*, en virtud los argumentos presentados por la República Argentina, una segunda vuelta de escritos (réplica y dúplica) dentro de la etapa de jurisdicción, y

(3) *declare*, de conformidad con la Regla 41(5), la falta de jurisdicción del Centro y de competencia del Tribunal para entender en el presente caso y, por tanto, *rechace* el presente reclamo con costas y costos a cargo de la Demandantes, conforme a la Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje”.

C. El marco jurídico

46. Desde un primer momento el Tribunal señala que, en virtud del artículo 41(1) del Convenio CIADI, "resolverá sobre su propia competencia" y, por lo tanto, debe llegar a su propia conclusión con respecto a las excepciones de la Demandada.

47. La competencia del Tribunal, si existiera, se basa en un acuerdo entre las Partes de este procedimiento para someter la controversia enmarcada por las Demandantes a un arbitraje ante el CIADI. El acuerdo de la República Argentina está incluido en el artículo X del TBI Argentina-España. Más precisamente, esta disposición contiene una oferta de cada Estado Contratante del TBI de someter las controversias a arbitraje, a lo cual el inversor puede aceptar. Dicha aceptación usualmente se enmarca dentro de la solicitud de arbitraje del inversor. Esta aceptación es lo que ocurrió en la presente controversia, dado que ambas Demandantes acordaron someter la controversia a arbitraje en virtud del TBI Argentina-España. Adicionalmente, las Demandantes sugieren que, en virtud de la cláusula de NMF del artículo IV(2), invocan también las disposiciones para la solución de controversias contenidas en los TBI que la República Argentina firmó con Chile y Francia, respectivamente, que no requieren un sometimiento previo de la controversia a los tribunales locales del Estado receptor de la inversión.

48. Las cuestiones a tratar en esta Decisión, que surgen de las excepciones de la Demandada a la jurisdicción y competencia del Tribunal, tienen relación con el alcance y contenido de la oferta de someter a arbitraje contenida en el artículo X del TBI. En términos generales, las cuestiones sobre las que debe pronunciarse este Tribunal surgen de la legitimación de las Demandantes en calidad de inversoras conforme al TBI y de los

requisitos que deben cumplir para que este Tribunal Arbitral del CIADI tenga competencia en virtud del artículo X del TBI.

49. La cláusula arbitral ofrecida e invocada en este caso se encuentra contenida en un tratado. Por lo tanto, la interpretación y el significado de sus términos deben respetar los principios y las reglas de interpretación del derecho de los tratados. Este principio está contemplado en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, de la que tanto la Argentina como España son Parte<sup>4</sup>. Los principios y las reglas aplicables surgen de los artículos 31 y 33 de esta Convención, pero no es necesario reproducirlos completamente. El principio esencial surge del artículo 31(1) que establece que un tratado “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

50. El propósito general del TBI Argentina-España está plasmado en su Preámbulo y refleja la intención de las Partes Contratantes con las siguientes palabras:

“Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio económico de ambos países,  
Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes en el territorio de la otra, y  
Reconociendo que la promoción y la protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimulan las iniciativas en ese campo”.

Si bien es importante analizar el objeto y fin del tratado como orientación general para interpretar el TBI, también se debe prestar atención a la interpretación de cada disposición en particular. Los Estados Contratantes adoptaron las disposiciones del TBI con la intención amplia de crear condiciones favorables para las inversiones extranjeras. No obstante, es posible que los Estados Contratantes hayan adoptado soluciones concretas que no sean lo suficientemente favorables en este punto, en especial, si se analizan las políticas de inversión vigentes en la actualidad. En tal caso, deben prevalecer las condiciones favorables tal como los Estados Contratantes las interpretaron, negociaron y expresaron en términos jurídicos al firmar el tratado, a menos que, en un determinado marco jurídico, el TBI deje abierta la posibilidad de efectuar una interpretación sobre la base de los desarrollos más recientes en la esfera de la legislación para la protección de inversiones. No obstante, dicha posibilidad sólo da lugar a un marco restringido de interpretación, porque los términos del TBI deben interpretarse de conformidad con el significado habitual que se le asigna a cada término en el contexto del TBI.

---

<sup>4</sup> La Argentina ratificó la Convención de Viena el 5 de diciembre de 1972 y España lo hizo el 16 de mayo del mismo año.

51. El Tribunal señala que no ha recibido información sobre los trabajos preparatorios llevados a cabo por los Estados Contratantes. Las Partes no han hecho referencia alguna a un acuerdo o instrumento del tipo mencionado en el artículo 31(2) de la Convención de Viena, ni a la “práctica ulteriormente seguida” en la aplicación del tratado, conforme al artículo 31(3)(b), por la cual se establezca el acuerdo entre ambos Estados Contratantes acerca de la interpretación del TBI. Asimismo, no existe una interpretación auténtica acordada por las Partes del TBI. La República Argentina hizo referencia a la posición adoptada por el Reino de España frente al Tribunal del caso *Maffezini*<sup>5</sup>, pero dicho argumento meramente demuestra lo que argumentó el en esa época el consejero en nombre de España y para ese arbitraje en particular. Esto no permite hacer una interpretación amplia relativa a una interpretación compartida por el gobierno español en general con respecto a la aplicación de ciertas disposiciones del TBI. Para considerar dicho acuerdo o interpretación legítimamente vinculantes, se requiere un mutuo acuerdo entre España y la República Argentina.

52. Al considerar el objetivo del TBI completo o de alguna de sus disposiciones en particular, el Tribunal debe otorgar a ese objetivo una interpretación alineada con el igualmente importante principio de la efectividad (o el principio del *effet utile*). Cualquier regla de un tratado debe interpretarse con respecto a su objetivo, como una regla con un significado efectivo, en lugar de como una regla sin significado o efecto alguno. Este principio cumple una función importante en el derecho de los tratados y ha sido aplicado por varios Tribunales del CIADI<sup>6</sup>. Recibe su efecto del artículo 31(1) de la Convención de Viena en virtud del requisito de interpretación conforme al principio de buena fe. La efectividad de una regla de un tratado denota la necesidad de evitar una interpretación que conduzca a un resultado imposible, absurdo o que vacíe de todo efecto jurídico a la disposición.

53. La interpretación del TBI, en virtud del su objeto y fin, debe contextualizarse dentro del tratado "madre" al que se refiere la mayoría de los TBI (incluso el que corresponde a esta controversia): el Convenio CIADI. Como bien se estableció en su preámbulo, el objetivo amplio y el fin fundamental del Convenio es estimular y respaldar las inversiones privadas internacionales. No obstante, también en esta instancia, este objetivo se encuentra incluido en una política que pretende promover un equilibrio razonable y moderado entre los intereses de los inversores y del Estado receptor. Este objetivo se estableció claramente en el Informe de los Directores Ejecutivos en los siguientes términos:

---

<sup>5</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción del 25 de enero de 2000.

<sup>6</sup> Cf. *CEMEX Caracas investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción del 30 de diciembre de 2010, párr. 107, con referencias adicionales.

“Aunque el objetivo general del convenio es estimular las inversiones privadas internacionales, sus disposiciones mantienen un cuidadoso equilibrio entre los intereses del inversionista y los de los Estados receptores”. (pár. 13)

Si bien esta afirmación es verdadera para el Convenio CIADI, también debe aplicarse a los TBI que han sido constituidos sobre la base de este tratado.

54. Con respecto al derecho aplicable, el Tribunal debe fundamentar jurídicamente su decisión en el Convenio CIADI, el TBI Argentina-España y, cuando corresponda, en otras fuentes de derecho internacional, y le deberá dar prioridad a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo X(5) del TBI incluye las siguientes disposiciones sobre el derecho aplicable:

“El Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional”.

Si bien esta disposición está principalmente orientada al derecho aplicable sobre el fondo de la controversia, puede tener un papel importante en relación con ciertas cuestiones específicas a examinar con respecto a la jurisdicción, por ejemplo, cuando el funcionamiento del artículo X(2) y del artículo X(3) del TBI requieran consultar el derecho local del Estado receptor.

55. El Tribunal señala brevemente la estructura en dos etapas para evaluar la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal. Ambos aspectos fundamentales y sus elementos constitutivos más importantes, como los conceptos de inversión y el requisito para el consentimiento, deberán fundarse en el Convenio CIADI y el TBI Argentina-España, respectivamente.

56. Al considerar la cuestión de su competencia, el Tribunal no tiene la tarea de evaluar el fondo de las reclamaciones de las Demandantes. Como mínimo, y de conformidad con la práctica generalmente aceptada, el Tribunal meramente debe evaluar si, *prima facie*, los hechos alegados por las Demandantes son suficientes para respaldar tanto la conclusión acerca de posibles violaciones de las disposiciones del TBI como los reclamos sometidos a arbitraje<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cf. *Phoenix Action Ltd. c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo del 15 de abril de 2009, párrs. 58 a 64; *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre jurisdicción y recomendación de medidas provisionales del 21 de marzo de 2007, párrs. 84 a 91; *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, párrs. 235 a 254 y 263 a 281. Para analizar un caso en el cual se rechazó la jurisdicción porque falló la prueba *prima facie* véase el caso *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo del 13 de septiembre de 2006, párrs. 34 y 68 a 80.

57. Las Demandantes han presentado un extenso Memorial de Demanda ante el Tribunal. Estos reclamos son resultantes de una controversia legal. El Tribunal considera que, *prima facie*, los hechos tal como están alegados, si se establecieran, podrían constituir posibles violaciones de al menos algunas disposiciones del TBI invocadas por las Demandantes que podrían justificar un reclamo de indemnización por daños y perjuicios. Este nivel de afirmación es suficiente para permitir una decisión que afirme la competencia del Tribunal. Si se verifica la declaración de los hechos de las Demandantes, se evaluará, en la medida en que sea necesario, en la etapa de consideración del fondo de este procedimiento, si se confirmase la competencia del Tribunal. La prueba *prima facie* no impide que el Tribunal tome decisiones jurídicas con respecto a la competencia.

## **II. La primera excepción de la Demandada: Las Demandantes no cumplieron con los requisitos establecidos en el artículo X del TBI Argentina-España**

### **A. Cuestiones preliminares**

58. La primera excepción de la Demandada se centra en los términos del artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI que exigen que una controversia entre una Parte Contratante del TBI y un inversor del otro Estado Parte primero se someta a los tribunales locales del Estado receptor. La misma excepción incluye la posición de que este requisito no se puede evadir mediante la aplicación de la denominada cláusula de la Nación Más Favorecida (cláusula de NMF) contenida en el artículo IV(2) del TBI.

59. La posición básica de las Demandantes al respecto es que no sometieron previamente la controversia a los tribunales locales de la República Argentina, y no tenían obligación jurídica alguna de hacerlo, a raíz de la cláusula de NMF que, según las Demandantes, es igualmente aplicable a los términos de la cláusula de solución de controversias del artículo X del TBI. Como una cuestión subsidiaria, las Demandantes alegaron que, en todo caso, hubiera resultado imposible que los tribunales locales de la República Argentina resuelvan la controversia en el plazo de 18 meses establecido en el artículo X(3)(a) del TBI antes de someterse a un tribunal arbitral internacional.

60. El Tribunal separará las dos cuestiones relacionadas planteadas en la excepción de la Demandada y evaluará primero el requisito que obliga al inversor a someter la controversia a los tribunales locales de la República Argentina (en adelante "la regla de los 18 meses"), en los términos del artículo X(2) y el artículo X(3). Solo en el caso de que, conforme a su interpretación adecuada, las Demandantes no cumplan este requisito, o lo deban cumplir, surge una pregunta relacionada. La segunda pregunta será si la cláusula de NMF tiene el efecto de permitir que las Demandantes sometan su controversia a arbitraje internacional sin someterla primero a los tribunales locales del

Estado receptor. Esta segunda cuestión será irrelevante a menos que se aplique la regla de los 18 meses y no se cumpla, o deba cumplirse, en este caso.

61. Antes de desarrollar la regla de los 18 meses, el artículo X(1) del TBI requiere que el Estado receptor y el inversor, “en lo posible”, intenten dirimir la controversia amigablemente. Luego, el artículo X define la regla de someter previamente la controversia a los tribunales locales de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión de la siguiente manera:

“2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los Tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

3. La controversia podrá ser sometida a un Tribunal Arbitral Internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

(a) A petición de una de las Partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o

(b) Cuando ambas Partes en la controversia así lo hayan convenido”.

62. De hecho, mediante carta del 21 de diciembre de 2005, CABB notificó formalmente al Gobierno de la República Argentina la existencia de la controversia y URBASER, lo notificó mediante una carta de contenido similar de fecha 24 de enero de 2006. Ambas cartas solicitaron la apertura formal de negociaciones con el objeto de procurar una solución amigable de la controversia en el marco del procedimiento establecido en el artículo X del TBI. En la contestación de la Procuradora General del 24 de marzo de 2006 se estableció que previamente a la sumisión de la controversia a un tribunal internacional, las Demandantes debían primeramente someter la controversia ante los Tribunales Judiciales de Argentina. También se destacó que la legitimación directa del inversor para demandar fue denegada con respecto a los derechos que han de ser reclamados por AGBA y no por sus accionistas. Mediante las cartas de fechas 5 y 6 de septiembre de 2006, las Demandantes observaron que el período de seis meses establecido en el artículo X(2) del TBI había transcurrido sin que se haya resuelto la controversia. Con posterioridad, las Demandantes solicitaron someter la controversia a un procedimiento arbitral en el marco del Convenio CIADI. La Procuradora General respondió mediante carta de fecha 27 de septiembre de 2006 en la que afirmó que el inversor no había sometido una propuesta real o un reclamo para resolver la controversia e imputó a las solicitantes del arbitraje haber pretendido transformar el plazo de negociación amigable en una mera formalidad. Por lo tanto, añadió que hasta tanto el inversor no cambiara la postura "no se podrá dar comienzo" al periodo de negociaciones amigables estipulado en el TBI.

63. En las cartas cursadas el 11 de octubre de 2006, las Demandantes señalaron que no existió un solo intento de negociar por parte de la Argentina y que, dado que transcurrió el período de seis meses para alcanzar una solución amistosa, se podía dar comienzo al procedimiento arbitral. Dado que el arbitraje se había solicitado a principios de septiembre de 2006, el período de tres meses fijado en el artículo X del TBI había transcurrido hace tiempo cuando se presentó la Solicitud de arbitraje ante el CIADI el 6 de julio de 2007. El Tribunal señala que en el transcurso de este procedimiento la Demandada no volvió a plantear una excepción que alegase que el período de seis meses de negociación no había comenzado a correr. De hecho, no existe requisito formal alguno en el artículo X que no sea que una de las Partes deba haber "promovido" la controversia. Indudablemente, esta condición tuvo lugar conforme a las cartas de las Demandantes de principios de septiembre de 2006.

B. El análisis de las Partes de los requisitos del artículo X(2) y del artículo X(3) del TBI

1. *La posición de la Demandada*

64. La Demandada explica que el artículo X del Tratado articula un sistema de resolución de controversias secuencial: (1) Las controversias serán amigablemente dirimidas. (2) En el supuesto de que la resolución amistosa no pudiera alcanzarse en el período de seis meses, la controversia será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) la controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional si (i) no existe una decisión sobre el fondo después de transcurridos 18 meses contados a partir de la iniciación del proceso ante los tribunales locales o (ii) cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las Partes.

65. El sometimiento previo a los tribunales locales constituye un requisito jurisdiccional que no puede pasarse por alto unilateralmente. No refleja un mero período de espera porque impone la obligación de someter la controversia a los tribunales locales. La regla presenta dos elementos: un elemento *ratione fori* y un elemento *ratione temporis*. La regla requiere que el arbitraje internacional se encuentra sujeto al sometimiento previo de la controversia a los tribunales argentinos durante 18 meses o hasta que exista una decisión sobre el fondo, lo que ocurra primero.

66. El objeto de este requisito es ofrecer una oportunidad concreta para que los tribunales de cada Estado receptor otorguen un remedio apropiado. El TBI no exige que haya una solución, sino solamente que la controversia sea sometida a los tribunales locales por el plazo en él indicado. De esta manera, los tribunales judiciales tendrán la oportunidad de intentar resolver la controversia antes de que la responsabilidad del Estado receptor sea discutida en el plano internacional. La Demandada también señala



que la regla del artículo X(2) es similar a la regla del agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional, la cual garantiza que el Estado en el que ocurrió la violación tenga la oportunidad de remediarla por sus propios medios.

67. Por su naturaleza, la regla de los 18 meses es un requerimiento jurisdiccional que forma parte de la oferta de arbitraje que incluye esa condición y que no puede ser modificada unilateralmente. Las Demandantes son terceros que no tuvieron participación alguna en la celebración de ese tratado. Por lo tanto, no pueden modificarlo y deben cumplir sus disposiciones como fueron convenidas. El requerimiento de que las controversias se sometan primeramente a los tribunales judiciales locales es un requisito esencial y una parte fundamental de la “oferta permanente” (“standing offer”) de arbitrar. La opción para un inversor de omitir este paso simplemente no se encuentra contemplado en el TBI. Este requisito se relaciona fundamentalmente con el carácter consensual del arbitraje. Con respecto al TBI, el respeto del consentimiento del Estado es un elemento fundamental. Con respecto al TBI en cuestión, en la presente controversia, el requisito de sometimiento previo a los tribunales locales constituye un elemento importante de dicho consentimiento.

68. Las Demandantes no han cumplido con esta obligación y han reconocido este incumplimiento desde que presentaron su Solicitud de Arbitraje.

69. La Demandada rechaza la afirmación de las Demandantes de que el paso por los tribunales locales como requisito previo al sometimiento constituye una condición excepcional. Para la Demandada no se trata de una condición excepcional. Es una disposición usual en los TBI y una decena de TBI con idéntica exigencia. La cláusula de los 18 meses fue especialmente negociada por la República Argentina. Prueba de ello es que, tras haber celebrado tratados que no tenían la cláusula de los 18 meses, la Demandada en ciertos casos siguió celebrando tratados en donde la incluía. Dicha cláusula fue incluida en los TBI suscriptos con Italia (1990), Bélgica/Luxemburgo (1990), Reino Unido (1990), Alemania (1991) y Suiza (1991). Posteriormente, la Argentina suscribió los TBI con Francia, Polonia y Chile, los tres en 1991, que no contenían la cláusula de 18 meses. Sin embargo, la Argentina retomó su práctica de celebrar tratados con esta cláusula y suscribió varios TBI con Francia (1993), con España (1991), con Canadá (1991), con Austria (1992), con los Países Bajos (1992) y con Corea del Sur (1995). Pero aun asumiendo que la regla fuera excepcional, ello no podría afectar su carácter obligatorio en lo que respecta al TBI Argentina-España, como ocurre en la presente controversia.

70. Las Demandantes nunca tuvieron impedimentos para presentar reclamos judiciales. Numerosas decisiones han sido dictadas por los Tribunales Judiciales de la República de Argentina dentro del periodo de 18 meses. Como explicó el Prof. Mata con más detalle, existen amplias posibilidades dentro del ordenamiento interno argentino para

que las Demandantes sometan de manera expedita su controversia a los tribunales locales y obtengan una resolución en el plazo indicado por el Tratado.

71. En la Respuesta a las cuestiones planteadas por el Tribunal al cierre de la audiencia, la Demandada señaló que, desde el comienzo, no cabe duda alguna de que las Demandantes tenían la posibilidad de someter la presente controversia a los tribunales de la República Argentina. Ello por al menos las tres siguientes razones: En primer lugar, el artículo 18 de la Constitución cada persona tiene un derecho constitucional garantizado de acceso a la justicia. En segundo lugar, en virtud del artículo 20, los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de los ciudadanos argentinos. En tercer lugar, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución dispone que todos los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, lo que también significa que el artículo X(2) del TBI, es directamente ejecutable en la República Argentina. Cualquier disposición que pretendiera privar a las Demandantes del derecho de acceso a la justicia sería inconstitucional.

72. Las Demandantes sometieron la presente controversia ante este Tribunal Arbitral, no obstante que no cumplieron con una condición fundamental a la que estaba sujeto el consentimiento de la República Argentina a la jurisdicción internacional. La Demandada señaló la reciente decisión de la Cámara Federal de Apelaciones para el Circuito del Distrito de Columbia en el precedente *República Argentina c. BG Group plc*, del 17 de enero de 2012, que estableció que las Partes contratantes del TBI Argentina – Reino Unido estipulaban que un Tribunal argentino tendría dieciocho meses para resolver una controversia antes de procederse al arbitraje. Más allá de lo que el Tribunal argentino hubiera decidido con respecto a la admisibilidad y/o el fondo de los reclamos, ello no habría impedido a las Demandantes iniciar con posterioridad procedimientos ante un tribunal arbitral.

73. La Demandada agrega que sin embargo, el hecho de que las Demandantes sin duda tuvieran la posibilidad de someter la presente controversia ante los tribunales locales, no significa que la República Argentina —como parte de ese eventual litigio— no habría tenido el derecho de oponer cualquier excepción que pudiese tener respecto de, por ejemplo, la legitimación activa de las Demandantes o respecto de cualquier otro aspecto.

74. En dicho documento de Respuesta, la Demandada señaló una selección de diferentes acciones adecuadas para cumplir con el requisito del artículo X(2) del TBI. La primera de varias alternativas podría haber sido una acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, sobre la base del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que podría haber permitido una “declaración de inconstitucionalidad de la ley”, sobre la base de la violación de un tratado internacional, que es en si mismo inconstitucional. El inversor podría alegar que una determinada medida adoptada por el Gobierno o una de sus subdivisiones políticas afecta

adversamente a sus derechos bajo el TBI. Con respecto a la excepción de las Demandantes de que esta acción no da lugar a la presentación de una pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios, la Demandada contesta que el artículo X(2) únicamente requiere que la controversia sometida a la justicia local debe ser la misma que la que luego se somete a arbitraje internacional, pero que nada impide a una parte en este último procedimiento a que solicite remedios adicionales, como una pretensión indemnizatoria por daños y perjuicios, no incluidos en la acción ante los Tribunales Judiciales locales, siempre que se trate de la misma controversia. Este escenario podría resultar, como explica la Demandada en su Respuesta, cuando daños y perjuicios derivados de las medidas impugnadas no existían en la época que la controversia fue interpuesta ante los tribunales judiciales locales. Por tanto, una acción declarativa puede ser interpuesta para evitar la ocurrencia de daños y perjuicios, lo cual cumple con el propósito del artículo X(2) del TBI. Cualquiera que pudiera ser la decisión final de los tribunales judiciales domésticos dentro del marco de la acción para una sentencia declarativa, se tiene que el inversor habrá cumplido con el requisito de sometimiento previo a la justicia local.

75. En segundo lugar, la Demandada menciona como otro medio, aunque de alguna manera comparable con la sentencia declarativa, la posibilidad de para un inversor español de recurrir a una acción de amparo a efectos de cumplir con la condición establecida en el artículo X(2) del TBI. Dicho procedimiento se basa en el del artículo 43 de la Constitución y puede ser iniciada por cualquier persona (lo que incluye a un accionista o un inversor) en relación a cualquier acto u omisión de las autoridades públicas y respecto de derechos y garantías reconocidos por un tratado. La Demandada presentó resúmenes de una gran cantidad de acciones judiciales ante los tribunales locales, que incluían muchos amparos, en donde se dictaron decisiones en plazos menores a 18 meses. La acción de amparo busca principalmente una declaración, pero no excluye en la práctica que una corte dicte una declaración judicial que ordene a los bancos la devolución de los fondos a sus clientes. En todo caso, como se estableció anteriormente, una reclamación por daños y perjuicios, desde la perspectiva de la Demandada, no es indispensable para cumplir con el requisito de sometimiento previo. Dicha acción ante las cortes locales puede ser interpuesta para evitar la configuración de un daño. La Demandada también cita un precedente que demuestra que una acción de amparo puede abarcar cuestiones complejas, por ejemplo atinentes al mercado de las telecomunicaciones.

76. Asimismo, la Demandada afirma que no se puede establecer comparación alguna con la acción incoada por AGBA ante la justicia administrativa. Según la Demandada, esta acción no fue iniciada por las Demandantes sino por AGBA, que no es un inversor protegido por el TBI. Además, la demanda afirma expresamente que esa acción impetrada por AGBA debe ser distinguida de eventuales acciones que inicien accionistas de AGBA bajo los TBI. Por lo tanto, la Demandada concluye que esta acción no es

relevante a efectos del cumplimiento de la condición establecida en el artículo X(2) del TBI.

77. Finalmente, la Demandada contestó otra cuestión planteada por el Tribunal, y dijo que ni la Ley de Emergencia ni el Decreto 214/2002 contienen norma alguna que impida el inicio de acciones judiciales. El artículo 12 del Decreto únicamente dispuso una suspensión por el plazo de 180 días exclusivamente respecto de acciones relativas a cuestiones financieras y cambiarias extranjeras. El texto de dicho artículo fue luego modificado por el Decreto 320/2002 del 15 de febrero de 2002 que suspendía la "tramitación de medidas cautelares" y "ejecutorias [de sentencias]", pero, nuevamente, no impedía el inicio de acciones judiciales. El decreto se refería solo a juicios relacionados con el sistema financiero y cambiario y la suspensión referida solo estuvo vigente durante 180 días en el año 2002.

## 2. *La posición de las Demandantes*

78. Las Demandantes señalaron en su Solicitud de Arbitraje que la controversia se sometió al Arbitraje "sin que se proceda previamente a someterla a los tribunales internos de la República Argentina", con fundamento en la aplicación de la cláusula de NMF del artículo IV(2) del TBI Argentina-España.

79. Las Demandantes están de acuerdo en que el consentimiento es, por supuesto, esencial para toda jurisdicción arbitral y que el artículo X constituye una parte integral de la oferta de someter a arbitraje. No obstante, afirman que cláusula de NMF del artículo IV(2) también forma parte de la oferta al arbitraje. Las Demandantes señalan que no hay principio judicial alguno que indique que la cláusula de MNF no puede aplicarse a cuestiones de jurisdicción. Esta afirmación se torna aún más importante cuando, como en la presente controversia, la cláusula de NMF comprendida en el TBI Argentina-España establece que se aplica a "todas las materias regidas por el presente Acuerdo".

80. Son numerosos los TBI suscritos por la República Argentina que no incluyen el paso previo de la controversia por los Tribunales Judiciales del Estado receptor. Es el caso del TBI entre la Argentina y Perú (Artículo 10.2), Chile (Artículo X), los Estados Unidos (Artículo VII, 2 y 3) y Francia (Artículo 8.2). Los Demandantes alegan lo dispuesto en los TBI anteriormente mencionados, y en especial los establecidos con Chile y Francia, en la medida en que los citados TBI permiten al inversor extranjero acudir directamente al arbitraje internacional sin necesidad de presentar previamente una demanda ante los Tribunales Judiciales domésticos argentinos. Es decir que, si se aplica este requisito, se estaría tratando a los inversores españoles de un modo menos favorable que a los inversores de Perú, Chile, los Estados Unidos y Francia. Según las Demandantes, el requisito del paso por los tribunales locales como requisito previo

constituye una condición excepcional. Conforme a lo señalado por el Tribunal del caso *Plama*, es un "curioso" requisito.

81. Las Demandantes explican que la Concesionaria AGBA planteó múltiples recursos ante los Tribunales Judiciales internos argentinos, principalmente con el fin de revertir las decisiones del Organismo Regulador y del Concedente. Para la mayor parte de éstos recursos, éstos siguen pendientes de resolución, aún cuando ya han pasado más de cuatro años desde que el Contrato quedara rescindido. AGBA planteó asimismo una acción de nulidad frente al Decreto 1666/06 que ordenó la rescisión del Contrato. Esa acción de nulidad se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de lo Contencioso Administrativo de La Plata N° 2, el 4 de diciembre de 2006. El procedimiento aún no ha concluido, encontrándose en fase probatoria. Por lo tanto, se afirma que la decisión de las Demandantes de recurrir directamente al Tribunal Arbitral se encuentra también completamente justificada por motivos de diligencia y eficiencia. Se debe asumir que podría ser imposible tener una controversia resuelta por las cortes locales en el periodo prescrito en el TBI.. Las posibilidades de obtener una resolución judicial en un plazo de 18 meses son inexistentes.

82. En general, las Demandantes, en su alegación, asignan una gran importancia al hecho de que la falta de los tribunales argentinos de resolver sin demora las controversias relativas a inversiones esté descripta tanto cronológicamente como con certeza. Las amplias posibilidades de someter la controversia a los tribunales judiciales locales, como afirmó la Demandada, son meramente hipotéticas y carecen de importancia práctica.

83. Las Demandantes citaron una noticia de prensa en la que el Sr. Rosatti, Procurador de La Nación de la Demandada, explicó que resultaba absolutamente imposible que los Tribunales judiciales argentinos resolvieran controversias similares a controversias en materia de inversiones dentro del plazo de 18 meses<sup>8</sup>. La declaración del Sr. Rosatti deriva del resultado de un estudio realizado por la Dirección Nacional de Auditoría de la Procuración del Tesoro de la Nación, cuando el Sr. Rosatti ocupaba el cargo de Procurador de la Nación. El estudio se realizó sobre un muestreo de 1600 juicios que tuvieron al Estado Nacional argentino como demandado, presentados en un período de cinco años entre 1985 y 2000. Los juicios considerados en el estudio poseían naturaleza similar a la propia de un conflicto generado por incumplimiento de un TBI, con relevante significación económica y porque los mismos involucraron procedimientos contradictorios que conllevaron a una fase de enjuiciamiento o a una audiencia final. En base a éste estudio, la duración promedio del proceso judicial sería de seis (6) años y un mes. Las Demandantes presentaron una carta de la "Dirección Nacional de Auditoría" del 7 de septiembre de 2011, que sugería que una solicitud de un abogado (que no representaba a las Demandantes) requiriendo la entrega de una copia de la investigación

---

<sup>8</sup> Horacio D. Rosatti, Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino, *en* La Ley, Buenos Aires, 15 de octubre de 2003, nota al pie 18.

fue supuestamente denegada, porque la documentación relevante no estaba disponible en los archivos de la institución. También se estableció que la investigación se tenía que ampliar de manera tal que incluya un mayor número de juicios, lo que dio lugar a una preocupación tanto sobre la logística como sobre la cuestión de la protección de los secretos fiscales y bancarios.

84. Las Demandantes observaron que la Demandada se mantuvo en silencio cuando tuvo que enfrentarse ante estos hechos y que ni siquiera trato de objetar o de ofrecer estadísticas más recientes y favorables que les permitiesen, de alguna manera, mitigar las pruebas ofrecidas. Las Demandantes, en conexión con esto, también señalan que dado que la Demandada está perfectamente al tanto de la futilidad de perseguir un recurso judicial ante las cortes locales dentro del plazo de 18 meses, la Demandada pretende convencer al tribunal de que el objetivo de los 18 meses podría lograrse por otros medios, es decir, *otras* vías alternativas a esos juicios ordinarios.

85. Las Demandantes señalan que la Demandada confía en el informe del Prof. Mata, quien desarrolla una descripción de los recursos que serían viables para proteger al inversor, que luego amplió con sus explicaciones en la audiencia. No obstante, también observan que el Prof. Mata confunde las vías que tenía AGBA con los derechos de los inversores bajo el TBI. Los inversores carecían de legitimidad para iniciar cualquiera de las vías sumarísimas que pudieran resultar del Contrato de Concesión suscrito por AGBA. Dichos remedios, disponibles ante los tribunales judiciales locales, no son medios previstos a favor del inversor, sino de la Concesionaria. Asimismo, como demuestra la experiencia de AGBA en la resolución de los recursos, ni los procedimientos administrativos ni los procedimientos ante las cortes locales podrían haberse obtenido una resolución dentro de los 18 meses. El Prof. Mata también se equivoca sobre el punto que las Demandantes no desean prevenir o evitar el daño; ellas plantearon un reclamo de daños por las violaciones del TBI. Producida la rescisión del Contrato de Concesión y ordenado el traspaso del servicio al nuevo concesionario, uno de los presupuestos fundamentales en los que se basa el Informe Mata quedó sujeto a críticas.

86. La primera categoría de las vías procesales enumeradas por el Informe del Prof. Mata es la acción de amparo. Tal procedimiento, en principio, está reservado a la rápida solución de violaciones claras de derechos constitucionales, leyes o Tratados. No involucra reclamos de sumas de dinero. Las Demandantes además explican que la acción de amparo es inadmisibles cuando no medie arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, en casos que requieran una audiencia final que dure más de lo usual y el análisis extensivo de cuestiones probatorias. Los procedimientos sumarios que regulan a las acciones de amparo deben de ser analizados sólo para propósitos de tratar asuntos jurídicos simples y claros. Como los archivos demuestran en este caso, solo mediante la proposición de considerable evidencia oral (testigos) y documentaria las Demandantes podrán efectuar

un planteo íntegro acerca de la responsabilidad y los daños y así tramitar una completa acción de reparación por la pérdida de su inversión.

87. Según el Prof. Mata, el objeto de esta acción se define como aquel remedio para hacer cesar una conducta manifiestamente ilegal o arbitraria. La interpretación de la acción de amparo del Prof. Mata, estableció claramente la inaplicabilidad de dicha acción como una vía apta similar a la pretendida en la presente acción ante el Tribunal, aunque el Prof. Mata no lo haya declarado de esta manera. En los amparos iniciados en la crisis 2001/2002, los distintos tribunales intervinientes se limitaron a decidir la devolución de los fondos de los ahorristas en US-\$, pero no se hizo lugar al pago de intereses ni a ningún otro resarcimiento por los daños causados. Los ahorristas que pretendían dicho resarcimiento debieron iniciar estos reclamos mediante acciones ordinarias independientes. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha resuelto que una acción de amparo no es idónea para tratar asuntos jurídicos complejos o la aplicación de la ley a los hechos, ya sea que existan daños pecuniarios o una cláusula penal (indemnización acordada entre las partes) que afecte al demandante. El Prof. Mata confirmó en la audiencia que en los casos de compensación de pérdidas mediante indemnización por daños y perjuicios, la reparación solo podrá pretenderse mediante los procedimientos ordinarios ante los tribunales judiciales. Una acción de amparo no se podrá interponer cuando el Demandante pretenda una indemnización por daños y perjuicios.

88. El artículo 43 de la Constitución Argentina de 1994, establece las restricciones al amparo y su proscripción contra la interposición de dicha acción cuando se pretende obtener una indemnización por daños y perjuicios. Tal procedimiento puede ser interpuesto en relación a acciones u omisiones de parte del Estado que “en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución”. Una acción de amparo puede ser interpuesta contra actos ilegales del Gobierno como los mencionados anteriormente. Su fin es evitar los efectos de dichas acciones en lugar de compensar a las Partes perjudicadas por los daños causados por sus efectos.

89. Las Demandantes afirman que, en la audiencia, el Prof. Mata explicó que una acción de amparo puede hacer más que proteger los derechos constitucionales. También puede utilizarse para buscar una declaración de que una decisión administrativa es nula y sin efectos porque es inconstitucionalidad. Un procedimiento de amparo puede también suspender los efectos de una decisión administrativa e inclusive permitir una compensación económica<sup>9</sup>. Dicha compensación, sin embargo, no se extiende a la indemnización por daños y perjuicios. Se refiere a los casos en los que se ordenó a los bancos devolver a los inversores los dineros que tenían en sus cuentas. Estas resoluciones únicamente se emitieron contra los bancos y se limitaron a la restitución de los bienes.

---

<sup>9</sup> TR-E, Día 1, pág. 144/5-15.

Las Demandantes afirman que el experto de la Demandada no puede instruir al Tribunal sobre alguna acción de amparo relativa a la compensación por daños y perjuicios que sea pagada por el Estado. Las Demandantes señalan el dictamen del Experto y excluyen dicha acción de aquellas capaces de brindar protección y conducir a una indemnización.

90. Las Demandantes también alegan que si se utiliza una acción de amparo para declarar la nulidad de una decisión administrativa por inconstitucionalidad, dicho procedimiento no puede ser coincidente con la acción planteada ante el Tribunal Arbitral con base en un TBI. Una demanda con base en el TBI nunca podría perseguir la declaración de nulidad del acto administrativo. Por lo tanto, concluyen las Demandantes, una acción de amparo que persiga una declaración de este tipo no puede servir a los fines del artículo X(2) del TBI.

91. Las Demandantes también explican que, desde un punto de vista procesal, una acción de amparo no es una vía idónea para plantear una acción como las que competen a los inversores. La acción de amparo está restringida a actuaciones u omisiones de las autoridades públicas que lesionen con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas los derechos o garantías reconocidos por la Constitución, que no requieran de una mayor amplitud de debate o prueba. Dada la naturaleza y el carácter complejo de una controversia en materia de inversiones, es imposible que una acción de amparo sea útil para debatir y resolver una cuestión de esta naturaleza. Algunos ejemplos de esta afirmación se pueden observar en las decisiones aportadas por la Demandada. Por ejemplo, en el expediente 220/04, se establece que una acción de amparo es utilizable en circunstancias de muy definida excepción. Están excluidas de su ámbito cualquier controversia que requiera debate y prueba, y cualquier otra controversia para la que existan otras vías más aptas para la protección del Demandado. En una variedad de casos aportados por la Demandada existían declaraciones similares a esta. En el 2006, AGBA presentó una demanda de amparo en miras de una declaración de inconstitucionalidad, pero el juez decidió que el objeto de la controversia planteada configuraba un caso administrativo. AGBA también presentó simultáneamente una acción de nulidad, que, nuevamente, fue una acción meramente declarativa. Ambos procedimientos han estado pendientes por más de cinco años y, según plantearon las Demandantes, ambas aun continúan en la fase de prueba.

92. La segunda categoría de posibles acciones que la Demandada presentó se refieren a los procedimientos sumarísimos, que constituyen una vía procedimental excepcional que resulta de una reclamación interpuesta contra un acto u omisión realizado por una parte privada. En la presente controversia las Demandantes se encuentran reclamando los daños y perjuicios derivados del accionar del Gobierno Provincial. Por lo tanto, el proceso sumarísimo no sería de aplicación al presente caso. Los inversores no tuvieron oportunidad de interponer un procedimiento sumarísimo ante los Tribunales Judiciales Argentinos, sobre la base de alegaciones de acciones discriminatorias y expropiatorias. Las Demandantes señalan que el Prof. Mata reconoce que la vía correspondiente para



someter la controversia es el juicio ordinario, ya que prevalece la mayor amplitud de debate y prueba.

93. Las Demandantes también destacaron que en la audiencia, el Prof. Mata reconoció que los únicos supuestos en los que cabe la acción sumarísima son los previstos en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Según el Prof. Mata, estos casos pueden incluir acciones amparadas en el derecho de un tratado si el tratado así lo establece; y agregó que el límite de 18 meses del TBI “de por sí estaría indicando una vía acelerada para resolverlo. En el caso que estemos discutiendo daños y perjuicios, que es lo que usted plantea”<sup>10</sup>. Las Demandantes observan que el TBI no indica en momento alguno que la reclamación formulada al amparo del mismo pueda articularse por vía de acción sumarísima. La regla de los 18 meses tampoco implica dicho compromiso, porque no obliga a los tribunales locales a resolver en ese plazo una demanda. Lo que establece es meramente que si los tribunales no han emitido una decisión en ese plazo, los inversores podrán acudir al arbitraje internacional. Conforme a la descripción incluida en el Informe del Prof. Mata, tal procedimiento sumarísimo es de todo punto incompatible con la complejidad inherente a un reclamo relativo a una inversión. La acción sumarísima no es una alternativa posible, ni viable, para el planteamiento de este tipo de reclamaciones ante los Tribunales internos de la República Argentina.

94. Como indicativo de un tercer tipo de vía procesal alternativa, el Prof. Mata menciona el “ritualismo inútil” que podría permitir evitar la interposición de un reclamo administrativo previo a una demanda contra el Estado Provincial por violación del TBI. De hecho, en la República Argentina, el demandante debe efectuar un reclamo administrativo previo a la iniciación de una acción contra el Estado. Existe un número de excepciones, ninguno de ellos aplicable a la presente controversia, según las Demandantes. En tal sentido, si los inversores hubieran decidido interponer una acción de daños y perjuicios por incumplimiento del TBI ante los Tribunales Judiciales argentinos, habrían tenido que agotar todos los recursos administrativos que tuvieran disponibles como condición precedente para interponer tal acción. Por lo tanto, tal procedimiento ordinario y el reclamo administrativo previo deberían haber finalizado en menos de 18 meses. El Prof. Mata explica que si bien en principio el reclamo administrativo debe ser interpuesto previamente a la interposición de la demanda, esto podría ser evitado bajo la doctrina del “ritualismo inútil”, que podría aplicarse también cuando el litigio pueda tomar cuando menos 5 años para que sea resuelto, en lugar del plazo de 18 meses establecido en el TBI. Sin embargo, las Demandantes afirman que incluso dicha aceleración, completamente hipotética a raíz de la falta de jurisprudencia sobre este tipo de reclamos, no podría resolver un reclamo por daños y perjuicios dentro del plazo de 18 meses. También señalan que la figura del ritualismo inútil quedó descartada por el mismo Prof. Mata al reconocer en la audiencia que el ritualismo inútil no se aplica ante las

---

<sup>10</sup> TR-E, Día 1, pág. 99/7-9.

actuaciones en los tribunales. Simplemente se refiere a la posibilidad de suprimir los trámites administrativos para acudir a la justicia, que no tienen nada que ver con el procedimiento judicial de las Demandantes en el marco del TBI. También sería una mera especulación pensar que dicho mecanismo ofrecerá una exención de costos, que para el Prof. Mata ascendía a un porcentaje del 3 %, que según las Demandantes equivalía a una suma de 6 millones de dólares.

95. La cuarta categoría señalada por el Prof. Mata sostenía que los inversores tienen legitimidad para interponer acciones posesorias y reales contra la afectación de su propiedad por parte del Estado Provincial. Sin embargo, en la presente controversia, AGBA, como Concesionaria se constituye en la propiedad, y ejerce la tenencia de los bienes objeto de la Concesión. Si ello es así, las Demandantes claramente no podrían tener una acción posesoria contra el Estado, salvo que la afectación de su tenencia se realice en el ámbito de una acción discriminatoria, arbitraria y sin un título jurídico, aún cuando dichas acciones sean aparentes y no hubiera necesidad de un ofrecimiento de pruebas elaborado. El decreto de terminación despojó a AGBA de la tenencia de su propiedad. Si bien ese Decreto está impugnado, tiene presunción de legitimidad hasta su declaración judicial de invalidez. Por lo tanto, no habilitaría a la acción de despojo ya que el Decreto constituía un título jurídico. La Provincia tomó posesión de los bienes de la Concesión luego de rescindir el Contrato. La discusión sobre la validez de la rescisión o sobre los daños y perjuicios ocasionados por la misma, deben plantearse en un juicio diferente a un presunto interdicto posesorio. Ni AGBA, y menos aún sus accionistas, frente a la rescisión del Contrato, pudieron negarse a entregar la tenencia dejando a salvo sus derechos a impugnar la medida y a solicitar las indemnizaciones correspondientes. Frente al Decreto que rescindió el Contrato, AGBA no tuvo medio alguno para resistir el despojo de su tenencia de los bienes de la Concesión. Las Demandantes también afirman que esta vía quedó igualmente descartada por el Prof. Mata en la audiencia ya que, a través de una acción posesoria o real, no es posible reclamar una reparación de daños y perjuicios. Al explicar la posible utilidad de dicha acción, bajo circunstancias específicas, el Prof. Mata admitió que no tenía nada que ver con la reparación en forma de indemnización por daños y perjuicios. Las Demandantes admiten que dicha acción competiría a la Concesionaria que hubiera resultado privada de sus activos, pero no para los Demandantes que no pretenden que se les haga entrega de los activos adheridos a la Concesión.

96. Como quinta vía procesal, el Prof. Mata mencionó la acción declarativa de certeza. Su misma descripción la descalifica como un remedio disponible. De hecho, es una acción residual que se aplica cuando no existe otro remedio judicial. Es una acción que pretende hacer cesar la incertidumbre de la ley por medio de una sentencia declarativa. Por lo tanto, esta acción tiene un carácter preventivo. No requiere la existencia de un daño consumado y no habilita la vía para solicitar una indemnización por daños y perjuicios. El Prof. Mata explicó en la audiencia que esta acción meramente

es una acción declarativa del derecho, que puede servir de base para una posterior fijación de la indemnización. Las Demandantes afirman que la cuestión es diferente en este caso, porque la controversia implica definir si se violó el TBI y, de ser así, determinar la indemnización que les corresponde a los inversores en forma de indemnización por daños y perjuicios.

97. La sexta categoría de las acciones supuestamente posibles consiste en la “prohibición de innovar”, también llamada, tal como ocurrió en la audiencia, como “medidas cautelares”. Las medidas cautelares en general y la prohibición de innovar en particular, son accesorias a otra acción subyacente de pendiente resolución. Por sí mismas, las medidas cautelares no puede constituir una pretensión o procedimiento. Asimismo, el procedimiento subyacente debe tener por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios. Es incuestionable que una medida cautelar no puede funcionar como una condición precedente de ninguna acción, ni constituir una decisión sobre el fondo conforme al artículo X(3)(a) del TBI. Mientras que el Prof. Mata confirmó en la audiencia que en ciertos casos, se podrá fijar una indemnización, pero esa fijación será de carácter excepcional y provisional, porque dichas medidas (i) siempre son un elemento accesorio de un juicio principal, (ii) no suponen una decisión sobre el fondo y (iii) están condicionadas a la decisión que llegara a adoptarse en el pleito principal.

98. Finalmente, con la séptima categoría, las Demandantes cierran los instrumentos enumerados por el Prof. Mata en su Informe, dado que podría ser una vía posiblemente adecuada para las Demandantes, al hacer referencia al “amparo por mora administrativa”. Este procedimiento es un tipo de acción de amparo, que aplica ante la falta de respuesta de la administración ante un requerimiento adecuadamente presentado. Las Demandantes opinan que no se ve de qué manera este remedio puede considerarse la acción doméstica previa requerida por el TBI. Para que ésta acción de amparo pueda cumplir con el requisito previo, el inversor debería primero haber interpuesto un reclamo administrativo, el cual haya sido dejado sin respuesta. La naturaleza de esta acción administrativa permanece indefinida, tampoco es claro como este remedio adicional permitirá una reducción en el plazo de 18 meses en virtud del TBI. En la audiencia, el Prof. Mata reconoció que no se trataba de una vía judicial, sino que era una acción para obtener un pronunciamiento de la administración frente a su silencio o inactividad. El procedimiento no tiene nada que ver con un procedimiento judicial.

99. Por todo lo expuesto, las Demandantes afirman que, en definitiva, ninguno de los supuestos citados en el Informe del Prof. Mata satisface su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos en virtud de las violaciones del TBI, tampoco satisfacen el requisito de resolver la controversia en el plazo de 18 meses. También observaron que, en virtud de la explicación del Prof. Mata en la audiencia, sobre la base de su propio testimonio, de todas las vías procesales disponibles en el Derecho argentino, solo el "juicio sumarísimo" estaba disponible para las Demandantes. Introdujo un remedio

adicional que contempló la acción originaria ante la Corte Suprema, señalando que, más allá de estos remedios, solo sería viable un procedimiento ordinario.

100. Las Demandantes señalan que la alternativa de la acción originaria ante la Corte Suprema surgió (es decir, fue planteada) por primera vez en la audiencia. No ha sido contemplado o, de alguna manera, enunciado o sugerido en el Informe del Prof. Mata como una de las vías procesales abreviadas. En su Informe, el Prof. Mata hizo referencia al artículo 117 de la Constitución Argentina, pero no se menciona a la República Argentina como posible parte demandada. Solo se menciona a las provincias. En virtud de la práctica de la Corte Suprema, no existe la posibilidad de instar una acción originaria demandando conjuntamente al Estado Nacional y a una provincia. La Corte Suprema conoce solo en apelación, como se dispone en el artículo 116. La acción originaria prevista en el artículo 117 se trataría del procedimiento ordinario ante la Corte Suprema, que resulta imposible resolver en el plazo de 18 meses. Como conclusión de lo anterior, la acción originaria ante la Corte Suprema tampoco es idónea para arribar a una decisión en virtud del TBI.

101. En consecuencia, las Demandantes concluyen que tanto el Informe del Prof. Mata como su dictamen en la audiencia demuestran que la única vía para formular una reclamación del tipo instada en el presente arbitraje, es un procedimiento ordinario ante los tribunales judiciales contencioso administrativos de la Ciudad de Buenos Aires. En el Ordenamiento Jurídico argentino, se contemplan dos tipos de procesos contra el Estado. Hay reclamaciones que discurren por vía administrativa que no se dilucidan ante los tribunales, sino que se tramitan ante los propios órganos de la Administración. Dicha acción no podría dar cumplimiento al requisito del artículo X(2) del TBI, dado que la demanda no se somete a los “tribunales competentes”. Los tribunales competentes para conocer de una demanda contra el Estado serán los Tribunales Federales en lo Contencioso-administrativo. Estos tribunales ejercen jurisdicción exclusiva para conocer de demandas contra el Estado. En definitiva, el paso previo por los tribunales internos previsto en el artículo X(2) y el artículo X(3)(a) del TBI, consiste en un procedimiento ante los tribunales federales contencioso-administrativos de la República Argentina. Sin embargo, como se demostró anteriormente, no se podrá obtener resolución alguna de un tribunal de primera instancia antes de transcurridos los 18 meses.

102. El Prof. Mata fundó la posibilidad de llegar a una solución en el plazo mencionado de 18 meses en las normas sobre celeridad en las actuaciones judiciales de los artículos 34 y 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Las Demandantes observan que esas obligaciones de celeridad llevan vigentes desde 1968 y aún no se ha comprobado que pueden alivianar los tribunales colapsados. Tampoco las disposiciones del TBI pueden esgrimirse a efectos de acreditar la posibilidad de obtener una decisión en el plazo de 18 meses sobre la base de la mayor diligencia que demostrarán los tribunales argentinos ante una reclamación con arreglo al TBI. Esto se

vuelve más improbable porque el artículo X del TBI no impone una obligación a cargo de los tribunales argentinos de resolver en plazo de 18 meses. Al afirmar que este plazo de alguna manera debe de ser cumplido, tanto la Demandada como el Prof. Mata basan sus conclusiones en puras hipótesis y especulaciones.

103. En su Respuesta a las cuestiones planteadas por el Tribunal al cierre de la audiencia, las Demandantes también afirmaron que el paso previo por los tribunales internos solo tendrá algún sentido, si la acción a instar frente a los mismos es la que los inversores consideran que puede llegar a satisfacer sus intereses. A los inversores no les vale con una mera declaración de incumplimiento, sino que precisan de una decisión que obligue al Estado incumplidor a indemnizar. El requisito del paso previo por los tribunales internos carecería por completo de sentido y utilidad si, con su cumplimiento, el inversor nunca pudiera llegar a conseguir lo que legítimamente persigue, que es ser indemnizado por el daño causado. En dicho caso o en cualquier otro, la finalidad que se predica del requisito del paso previo por los tribunales internos nunca se llegaría a alcanzar en caso de que fueran distintas la acción planteada ante los tribunales internos y la acción instada ante el Tribunal arbitral. No se daría al Juez interno posibilidad de resolver la controversia, si la controversia no se plantea ante este Juez. Por lo tanto, si se pretende instar una acción de indemnización por daños y perjuicios, no le bastaría con que se hubiera seguido una acción meramente declarativa ante los tribunales internos. La controversia de la que trata el artículo X(2) y el artículo X(3) debe ser de la misma naturaleza.

104. En todo caso, incluso si los argumentos de la Demandada se consideraran verdaderos y precisos, las Demandantes serían igualmente privadas de acceder a los tribunales locales. Tan pronto como la Demandada recibió las comunicaciones de la controversia en 2005/2006, les respondió que la única entidad que podría plantear la reclamación sería AGBA como Concesionaria. Las Demandantes alegaron que la posición de la Demandada era inconsistente ya que, tras negar toda posibilidad de reclamar a los accionistas de AGBA, al mismo tiempo afirmó que las Demandantes tenían múltiples vías de actuación ante los tribunales internos argentinos. Este es un hecho adicional que comprueba que el sometimiento efectivo de la controversia a los tribunales argentinos es hipotético.

105. Al contestar otra cuestión planteada por el Tribunal, las Demandantes explican que las Leyes de Emergencia suspendían los procedimientos ante los tribunales argentinos y que esto impedía que una eventual condena a indemnizar pudiera hacerse efectiva. El Prof. Mata se refirió a esta cuestión y afirmó que el Decreto 214/2002 se promulgó hace 10 años. Las disposiciones del artículo 12 sobre la suspensión de las medidas permanecieron vigentes por 180 días. La Ley de Emergencia ha sido extendida hasta el 31 de diciembre de 2013<sup>11</sup>. La Ley de Emergencia no impidió que hubiera miles de

---

<sup>11</sup> Ley 26.729, cf. TR-E, Día 1, págs. 45/15-19, 22 - 46/8.

acciones de amparo. Se suspendieron las medidas cautelares y de ejecución contra el Estado Nacional por 180 días. El Gobierno consideraba que las demandas judiciales serían contrarias a la “preservación de la paz social”, conforme el Decreto 320/2002 del 15 de febrero de 2002, que dio nueva redacción al Artículo 12 del Decreto 214/2002 anteriormente citado, que restringió las posibilidades de instar acciones judiciales consideradas contrarias a la paz social. Dichas limitaciones también eran aplicables a los acuerdos con accionistas de la concesionaria. El Decreto 1090/2002 y la Resolución 308/2002 vedaban el acceso a la renegociación a quienes presentaran demandas judiciales frente a los tribunales locales. A la vista de este tipo de disposiciones se hace realmente difícil entender cómo es posible que pueda afirmarse que los inversores extranjeros podían acudir sin restricciones ante los tribunales locales. Es hipotéticamente posible que las Demandantes no se hubieran visto impedidas de presentar una demanda de juicio ordinario en 2006 o en 2007. Sin embargo, resulta absolutamente impensable que, en el escenario descrito, esa demanda pudiera dar lugar a una decisión en el plazo de los 18 meses. Para las Demandantes, la situación no habría sido diferente a la del caso *Abaclat* cuando se sometió la controversia al Tribunal<sup>12</sup>. En ese momento, el Tribunal del caso *Abaclat* consideró acreditado y confirmó que las demandas sobre indemnización de daños estaban condenadas al fracaso, dado que la legislación sobre emergencia impedía al Estado pactar cualquier tipo de transacción judicial, extrajudicial o privada. En efecto, incluso en el supuesto de que los demandantes consiguieran una sentencia favorable ante los tribunales internos, el gobierno estaría imposibilitado de pagarla.

### C. Las conclusiones del Tribunal

#### 1. *El objetivo y la pertinencia de comprender la regla de los 18 meses*

106. Las Partes han expresado opiniones diferentes acerca de la importancia y el objetivo de la regla de los 18 meses.

107. Al momento de considerar el objetivo de la regla de los 18 meses de conformidad con el análisis del TBI y las explicaciones de las Partes, el Tribunal debe comenzar haciendo mención del principio fundamental contenido en el artículo 31 de la Convención de Viena que establece que un tratado deberá “interpretarse de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin” y que dicha interpretación deberá ser conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos. Este principio, basado en el objeto y en la buena fe, da origen al principio de la efectividad que requiere que una interpretación otorgue significado y efecto en relación con el objeto de la norma jurídica que se está analizando. Por consiguiente, el artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI se deben interpretar de conformidad con estos principios.

---

<sup>12</sup> *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, párrs. 586 y 588.

108. El artículo X(2) no constituye una estipulación obligatoria. Al establecer que “la controversia... será sometida... a los Tribunales competentes” de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, aparentemente el artículo exige que, una vez que la controversia haya sido promovida y que haya transcurrido el plazo de negociación, deberá ser sometida a los tribunales a iniciativa de cualquiera de las Partes. Pero esta interpretación va más allá. Lo que estas palabras establecen se encuentra en las disposiciones del artículo X(3). En efecto, según el párrafo *a*), recurrir a los tribunales locales es un requisito para poder acceder al tribunal arbitral internacional. Pero no es más que ello. La Parte que promueva la controversia también puede optar por no recurrir a los tribunales locales y correr el riesgo de que se rechace su acceso al tribunal arbitral internacional. Como se establece en el párrafo *b*) del mismo artículo, las Partes pueden convenir someter la controversia directamente ante un tribunal arbitral internacional, en cuyo caso prescindirán del requisito del artículo X(2). Las reglas precedentes son suficientes para demostrar que la regla de los 18 meses es diferente al requisito del previo agotamiento de los recursos locales, aunque se pueda realizar una analogía con otras reglas<sup>13</sup>.

109. Antes de analizar el significado del artículo X(2) y el artículo X(3), es necesario determinar si la Demandada no está limitada por la doctrina del *estoppel* u otra regla similar sobre la base del principio fundamental de buena fe para presentar una excepción conforme al incumplimiento del requisito del artículo X(2), cuando la Demandada misma tuvo la oportunidad de someter la controversia ante sus tribunales competentes pero no lo hizo. En efecto, la disposición establece claramente que la controversia deberá ser sometida a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión “a petición de una de ellas [partes]”<sup>14</sup>. Por lo tanto, sobre la base del significado básico de estos términos, la Demandada no solo tuvo la oportunidad real, sino también la obligación misma de tomar la iniciativa para que sus propios tribunales se involucraran en el proceso.

110. No obstante, si el requisito del artículo X(2) no fuera aplicable solo para las Demandadas, igualmente, en virtud del artículo X(3) existiría una limitación de acceso al arbitraje internacional si ninguna de las Partes respetara la regla de los 18 meses. Si la Demandada no cumplió con dicha regla, las Demandantes no resultan autorizadas en consecuencia para acceder al arbitraje. Por consiguiente, se deduce también que una Parte no puede afirmar que no tiene la obligación de respetar el requisito del artículo X(2) o

---

<sup>13</sup> Conforme a la opinión del Tribunal del caso *Siemens A.G. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párr. 104 y el Tribunal del caso *Gas Natural SDG S.A. c. la República Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción del 17 de junio de 2005, párr. 30, esta regla no se compara con la regla de los recursos locales, mientras que para el Tribunal del caso *Wintershall* si se puede comparar, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párrs. 124-126.

<sup>14</sup> El Prof. Mata reconoció que sería posible que el Estado presente una “acción de lesividad” y solicitar la impugnación de un acto manifiestamente ilegítimo; TR-E, Día 1, págs. 149/6-150/3.

que ya no está obligada a hacerlo, porque la otra parte no tomó iniciativa alguna. Esta disposición habilita una alternativa que permite someter la controversia ante los tribunales locales, pero no se extiende más allá de esto. Además, la República Argentina ha mencionado esta disposición a las Demandantes al comienzo del procedimiento en su contestación a la comunicación de la controversia presentada por las Demandantes, en las cartas del Procurador General enviadas a las Demandantes el 24 de marzo de 2006. La cuestión sigue siendo, no obstante, que la Demandada tuvo la oportunidad de solicitar a los tribunales locales al menos una sentencia declarativa que, según las Demandantes, resultaba insuficiente porque el reclamo principalmente buscaba una indemnización por daños y perjuicios. Dado que la Demandada tiene el derecho a solicitar una resolución declaratoria, no parece lógico que la Demandada luego objete la posición de las Demandantes de que podrían haber solicitado dicha resolución, cuando esta modalidad de reparación claramente no cubría sus intereses, los cuales se centraban en una mera compensación pecuniaria.

111. Bajo las circunstancias de este caso, el sometimiento a los tribunales locales de la República Argentina aparenta ser, en los términos del artículo X(2) del TBI, una condición previa necesaria para adquirir el derecho a someter la controversia a un tribunal arbitral internacional. No obstante, esta interpretación del artículo X(2) no responde a la pregunta de si, conforme a su significado, (i) esta disposición se aplicaba a las Demandantes y (ii) requería que las Demandantes cumplan con los términos para poder acceder al arbitraje internacional.

112. Se consideró que esta pregunta planteaba un punto de debate que reflejaba la distinción entre cuestiones de jurisdicción y cuestiones de admisibilidad de una demanda presentada generalmente ante un tribunal arbitral internacional y, más específicamente, ante un tribunal del CIADI. Se afirma que la jurisdicción es un atributo de un tribunal y no de una reclamación, en tanto que la admisibilidad es un atributo de una reclamación, pero no de un tribunal<sup>15</sup>. Un tratado determina su jurisdicción y las partes en diferencias sometidas al tribunal no pueden modificarla<sup>16</sup>. No obstante, las partes pueden consentir cualquier incumplimiento de los requisitos de admisibilidad y ese consentimiento "sanearía" el incumplimiento<sup>17</sup>. En otras palabras, el consentimiento puede sanear los vicios en materia de admisibilidad; no los de jurisdicción<sup>18</sup>. Sin embargo, aunque se adopten dichas categorías, que aparentan ser una propuesta extremadamente delicada en materia de derecho comparado<sup>19</sup>, la cuestión de si una cuestión de derecho en particular

---

<sup>15</sup> *Hochtief, AG c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de octubre de 2011, párr. 90.

<sup>16</sup> *Id.*, párr. 92.

<sup>17</sup> *Id.*, párr. 94.

<sup>18</sup> *Id.*, párr. 95.

<sup>19</sup> Por lo tanto, se estableció en el caso *Hochtief AG c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de octubre de 2011, párr. 90, que se puede concluir que una reclamación es "inadmisible" por razones de *lis alibi pendens* o *forum non conveniens*. Esto también se estableció como analogía con el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 29 de enero de 2004, párr. 170, nota al pie 95. Sin embargo, si esto aparenta ser correcto desde la



cae en una u otra categoría es contingente en virtud del significado de las disposiciones relevantes del TBI. Esta última consideración es todo lo que importa.

113. El desarrollo de dichas categorías puede tener un interés teórico pero no agrega nada para la interpretación de las disposiciones de los TBI en materia de solución de controversias. Por lo tanto, el Tribunal del caso *Hochtief* cuestionó si el período de 18 meses era un requisito cuyo incumplimiento podía ser aceptado o de alguna u otra manera consentido por el Estado receptor, y si lo había hecho. El Tribunal consideró el período de 18 meses “como un requisito relativo a la admisibilidad de la reclamación y no a la jurisdicción del Tribunal”<sup>20</sup>. Significativamente, el Tribunal no expresa los motivos por los que concluyó que la regla de los 18 meses constituía una cuestión de admisibilidad. También concluyó el TBI Argentina-Alemania impuso los límites a su jurisdicción, pero que sobre la base de la cláusula de NMF de este TBI, la demandante podía ampararse en los procedimientos establecidos en la disposición sobre solución de controversias del TBI Argentina-Chile (incluida la disposición denominada “*fork in the road*” o de bifurcación de vías procedimentales)<sup>21</sup>.

114. Para este Tribunal, no existe motivo alguno para adherirse a las conclusiones del Tribunal del caso *Hochtief* y modificar el requisito de los 18 meses de una cuestión de jurisdicción a una cuestión de admisibilidad y luego concluir que no puede cumplirse a causa de un acuerdo o por el consentimiento. La regla de los 18 meses del TBI Argentina-España forma parte de la oferta de someter a arbitraje del artículo X y, con la aceptación del inversor, determinaría la competencia de este Tribunal una vez cumplidos todos los requisitos<sup>22</sup>.

115. La distinción se desarrolló con mayor detalle por el Tribunal del caso *Abaclat* en su Decisión sobre jurisdicción<sup>23</sup>. El enfoque adoptado por este Tribunal merece consideración y un análisis estricto.

116. El Tribunal *Abaclat* observa que la falta de admisibilidad significa que la reclamación no era apta para someterse a un tratamiento judicial, o no estaba madura a esos efectos, en tanto que la falta de jurisdicción *stricto sensu* significa que la reclamación no puede plantearse en modo alguno ante el órgano al que se acude<sup>24</sup>. Esta

---

perspectiva del Common Law, ciertamente es más que dudoso en virtud del Derecho Civil cuando la excepción *lis alibi pendens* claramente afecta la jurisdicción. En el caso *Benvenuti et Bonfant c. el Gobierno de la República del Congo*, caso CIADI No. ARB/77/2, Laudo del 8 de agosto de 1980, párrs. 1.13 y 1.14, se consideró que *lis pendens* era un problema de jurisdicción.

<sup>20</sup> *Hochtief, AG c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de octubre de 2011, párr. 96.

<sup>21</sup> *Id.*, párr. 99.

<sup>22</sup> En el caso *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011, párrs. 91 y 94, el requisito similar del artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia fue considerado un “requisito jurisdiccional”.

<sup>23</sup> *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011.

<sup>24</sup> *Id.*, párr. 247(i).

distinción lleva a una confusión mayor en lugar de resolver la cuestión. Si el reclamo no está maduro para someterse a un tratamiento judicial tampoco puede someterse ante un órgano judicial designado, lo que significa que cumple con ambos requisitos de falta de disponibilidad e irremediablemente diluye la distinción sugerida.

117. El Tribunal del caso *Abaclat* también sugirió que la falta de admisibilidad "usualmente" no puede ser objeto de revisión por otro órgano, pero la decisión por la que se deniega el tratamiento que sugiere este "usualmente" no se aplica a la decisión de denegar la jurisdicción arbitral<sup>25</sup>. La precisión de dicho principio general deberá ser verificada dentro del marco de las disposiciones jurídicas que regulan las decisiones arbitrales. En el sistema del CIADI, una decisión que establezca que un reclamado carece de admisibilidad se puede elevar ante un comité de anulación en virtud del artículo 52(1) del Convenio CIADI y en especial cuando la demandante alega que el tribunal se ha "extralimitado manifiestamente en sus facultades" (lit. b). Esta característica de la práctica del CIADI torna dicha distinción tanto incorrecta en teoría como inútil en la práctica.

118. El Tribunal del caso *Abaclat* se extendió aún más en el tema y afirmó que un rechazo basado en inadmisibilidad, el defecto que dio lugar a tal rechazo debe de ser subsanado y debe volverse a presentar la reclamación, mientras que esto no se aplica si el mismo Tribunal emite una decisión denegatoria basada en falta de jurisdicción<sup>26</sup>. Nuevamente, la utilidad práctica de esta distinción teórica, en el mejor de los casos, es cuestionable. Si se emite un Laudo del CIADI que establece que el reclamo no es admisible, existe la posibilidad de subsanar el vicio y volver a someter la controversia. No obstante, el reclamo presentado nuevamente será debatido ante un nuevo tribunal. Pero cuando nunca se denegó la jurisdicción, es posible que ocurran los mismos resultados procesales si la denegación se debió a una falta de consentimiento, que se otorgó con posterioridad y, por lo tanto, autorizó que el caso se vuelva a someter a un tribunal diferente. El Tribunal del caso *Waste Management II* resaltó que la afirmación de insuficiencia jurisdiccional se podrá corregir mediante una nueva presentación:

“En los litigios internacionales, el retiro de una reclamación no importa, a menos que se acuerde otra cosa, una renuncia de ninguno de los derechos subyacentes de la parte que ha retirado la reclamación. Tampoco una reclamación que fracasa por falta de competencia perjudica derechos subyacentes: *si la deficiencia de competencia puede corregirse, no existe, en principio, objeción alguna a que el Estado contendiente reinicie su acción*”<sup>27</sup>. (Énfasis añadido).

---

<sup>25</sup> *Id.*, párr. 247(ii).

<sup>26</sup> *Id.*, párr. 247(iii).

<sup>27</sup> *Waste Management, Inc. II c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo, Decisión del Tribunal del 26 de junio de 2002, párr. 36. También se citó en inglés en el caso *Cementownia Nowa Huta S.A. c. República de Turquía*, caso CIADI No. ARB(AF)/06/02, Laudo del 17 de septiembre de 2009, párr. 109.

Un razonamiento similar llevó al Tribunal del caso *TSA* a observar que, desde un punto de vista formal, una reclamo iniciado prematuramente ante el CIADI cuando aún no había transcurrido el período de 18 meses establecido en el TBI Holanda-Argentina, podría ser desestimado por falta de jurisdicción y, con posterioridad, se podría iniciar un nuevo proceso de arbitraje del CIADI cuando el plazo hubiere transcurrido. A pesar de que el Tribunal tal vez haya dejado de lado dicha solución por ser "demasiado formal", debatió el tema como si fuera una cuestión jurisdiccional y no como una cuestión de admisibilidad<sup>28</sup>.

119. Sin embargo, el Tribunal del caso *Abaclat* consideró que esta distinción era fundamental para analizar las condiciones afirmadas para tramitar un arbitraje internacional. El Tribunal afirmó que se debía considerar que:

"[...] la negociación y al período de 18 meses de litigio están *relacionados con las condiciones para la implementación del consentimiento de Argentina a la jurisdicción y el arbitraje del CIADI, y no así con la cuestión fundamental relativa al consentimiento de Argentina a la jurisdicción y el arbitraje del CIADI*. Por tanto, el incumplimiento de esos requisitos no puede dar lugar a que el CIADI carezca de jurisdicción, y únicamente ocasionaría —si correspondiera— la inadmisibilidad de la reclamación [...]"<sup>29</sup> (Énfasis añadido).

A su vez, el Tribunal concluyó lo siguiente:

"El requisito relativo a la negociación y la litigación establecido en los artículos 8(1) y 8(2) del TBI no condiciona el consentimiento de Argentina a la jurisdicción y el arbitraje del CIADI, y solamente está relacionado con las circunstancias en las que ese consentimiento tendrá pleno efecto y será implementado"<sup>30</sup>.

120. El Tribunal de dicha controversia reconoció una diferencia entre condicionar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI al cumplimiento de una condición previa, y condicionar la efectiva implementación de ese consentimiento, es decir, la posibilidad de recurrir al arbitraje del CIADI, al cumplimiento de esa condición previa<sup>31</sup>. Pero como señaló acertadamente el Tribunal, la primera pregunta "no tendría sentido" en vista de que Argentina se adhirió al Convenio CIADI y aceptó el arbitraje del CIADI en virtud del TBI<sup>32</sup>. Todo lo que importa es si el consentimiento de la Argentina estaba sujeto a condiciones previas, independientemente de si son de naturaleza general, está limitado a casos particulares o la medida en la que se relaciona con las "circunstancias" en los términos del consentimiento. No se agregó nada con respecto a la relación entre esas

---

<sup>28</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo del 19 de diciembre de 2008, párrs. 110-112.

<sup>29</sup> *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, párr. 496. (Traducción del Tribunal).

<sup>30</sup> *Id.*, párrs. 500(iii), 501(v).

<sup>31</sup> *Id.*, párr. 494.

<sup>32</sup> *Id.*, párr. 495.

condiciones previas y la "efectiva implementación" del consentimiento –un término novedoso y una categoría conceptual que introduce el Tribunal del caso *Abaclat* pero que no articula, ni mucho menos realiza un análisis fundamentado acerca del origen jurídico del término. En la misma línea, el término "implementación" no se define en ninguna parte del análisis del Tribunal y solo aparenta funcionar como base de la conclusión acerca de que el consentimiento se debe asumir. De manera similar, la forma en la que la "implementación" del consentimiento, sin abordar la cuestión de si existe realmente consentimiento, implica que la naturaleza de las condiciones previas también quede opacada por el análisis. En resumen, no existe orientación alguna que sugiera cómo dicha implementación está sujeta a "circunstancias" que se deben interpretar de manera diferente a las condiciones subyacentes del consentimiento.

121. Al analizar el artículo 8 del TBI Argentina-Italia, como lo hizo el Tribunal del caso *Abaclat*, o el artículo X del TBI Argentina-España, resulta claro que los requisitos y las condiciones previas para impulsar el acceso al arbitraje internacional se encuentran en los subpárrafos relevantes de estas disposiciones. No existe indicación alguna de si cualquiera de estos requisitos conforman una exigencia fundamental y, por lo tanto, una exigencia jurisdiccional o si son meramente relevantes para la "efectiva implementación" del consentimiento y, así, pasibles de ser analizados solamente como una cuestión de admisibilidad<sup>33</sup>. En efecto, ni el artículo 8 del TBI Argentina-Italia ni el artículo X del TBI Argentina-España hacen referencia a la palabra "implementación". El significado y el lenguaje básico de los artículos respectivos no mencionan nada acerca de la naturaleza y el carácter de las condiciones previas para un arbitraje internacional como "jurisdiccional".

122. Finalmente, el Tribunal del caso *Abaclat* plantea la cuestión de si, a la luz de lo indiscutible de los hechos que las Demandantes no presentaron su diferencia ante la justicia argentina antes de iniciar el presente arbitraje, "deberían haberlo hecho"<sup>34</sup> y luego de examinar la cuestión concluyó que "[...] el hecho de que las Demandantes no respetaran el requisito de 18 meses de litigio no les impide recurrir al arbitraje del CIADI"<sup>35</sup>.

123. Por lo tanto, "recurrir al arbitraje del CIADI" claramente significa "tener acceso a la jurisdicción del CIADI" luego de cumplir con los requisitos jurisdiccionales. La regla de los 18 meses, ya sea de manera obligatoria o en caso pueda ser ignorada bajo ciertas

---

<sup>33</sup> Al explicar las facultades jurídicas necesarias para ejercer la función judicial o arbitral, el árbitro en la minoría del caso *Abaclat*, estableció: "Todos los límites a las facultades, sean inherentes o consensuados, es decir, estipulados en un título jurisdiccional (consentimiento dentro de ciertos límites o sujeto a reserva o condición conforme a las facultades del órgano) en esencia son jurisdiccionales". *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, Opinión disidente del Prof. Abi-Saab, párr. 126. El árbitro también señaló que los requisitos que, conforme al derecho internacional general, se consideran requisitos de admisibilidad, se tornan jurisdiccionales convencionalmente cuando son insertados en el título jurisdiccional (párr. 23). (Traducción del Tribunal).

<sup>34</sup> *Id.*, párr. 576.

<sup>35</sup> *Id.*, párrs. 590 y 580.

circunstancias, es un requisito previo para acceder a la jurisdicción arbitral y no una mera "circunstancia" para proporcionar el pleno efecto y la implementación del consentimiento, *a priori* determinado válido y exigible. De hecho, el Tribunal del caso *Abaclat* no muestra otra solución al arribar a su interpretación de los elementos relevantes de la regla de los 18 meses<sup>36</sup>.

124. De forma similar, el Tribunal del caso *Desert Line* clasificó la excepción *res judicata* del sistema de bifurcación de vías procedimentales (*fork in the road*, en inglés) como una regla "de admisibilidad en lugar de jurisdicción", que no afecta "la jurisdicción" del tribunal pero que plantea la pregunta de si se debería omitir su ejercicio<sup>37</sup>. Al adoptar el "enfoque de las cuestiones jurisdiccionales"<sup>38</sup>, el Tribunal concluyó que la excepción "no prohíbe que el Tribunal Arbitral asuma su jurisdicción en el presente caso"<sup>39</sup>.

125. La jurisdicción en el contexto judicial significa el poder para emitir decisiones jurídicas. Incluye la consideración del ámbito de tal poder, es decir, el alcance de la competencia judicial. Si se otorga dicha jurisdicción y competencia en un escenario fáctico particular depende de las disposiciones jurídicas aplicables. Si el ejercicio de dicho poder requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, estas condiciones serán un requisito previo para que el tribunal ejerza su jurisdicción y competencia. A su vez, este principio se deberá aplicar cuando una condición particular se relacione con la naturaleza del reclamo y, por consiguiente, plantee una cuestión acerca de la admisibilidad del reclamo. Si la disposición aplicable a la solución de controversias califica dicha condición como un requisito a cumplir antes de que el tribunal pueda confirmar su competencia, la disposición debe estar relacionada con la jurisdicción<sup>40</sup>. No existe presunción teórica alguna que permita negar el carácter jurisdiccional de dicha condición mediante una calificación conforme a una ficción jurídica de una condición de admisibilidad con el efecto de que cualquier forma de incumplimiento puede ser saneado por el consentimiento. Este elemento jurisdiccional se encuentra presente más aun cuando la jurisdicción se basa en el consentimiento, como debe ser, conforme al Convenio CIADI.

---

<sup>36</sup> Por otro lado, el Tribunal del caso *Abaclat* parece haberse equivocado al centrarse en la naturaleza de la regla de los 18 meses como requisito de admisibilidad, cuando estableció que los términos del artículo 8 del TBI Argentina-Italia "no son suficientes para llegar a conclusiones específicas respecto de las consecuencias del incumplimiento del orden establecido por dicha norma". (Traducción del Tribunal). Claramente lo es, porque impide el acceso al arbitraje internacional, pero lo hace bajo los términos de jurisdicción y no de admisibilidad de los reclamos, tal y como el Tribunal quiso interpretar la cuestión.

<sup>37</sup> *Desert Line Projects LLC c. La República de Yemen*, caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo del 6 de febrero de 2008, párr. 128. (Traducción del Tribunal).

<sup>38</sup> *Id.*, párr. 132.

<sup>39</sup> *Id.*, párr. 138.

<sup>40</sup> Cf. *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, caso CPA N° 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 262, estableciendo que el no respetar la precondition del consentimiento al arbitraje del Estado receptor "no puede sino llevar a la conclusión de que el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la presente controversia". El mismo argumento se desarrolló en el caso *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, *Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción* del 25 de enero de 2000, párr. 36.

126. Asimismo, el Convenio CIADI no contiene un concepto similar a la "admisibilidad" de los reclamos<sup>41</sup>. El Convenio hace una distinción entre jurisdicción y el fondo de la cuestión. Siempre que se afirme la falta de "admisibilidad" como una excepción en la etapa jurisdiccional, será tratada dentro de esa etapa conforme al marco jurisdiccional o en el contexto de la competencia del Tribunal con respecto a al menos uno o todos sus elementos (*ratione temporis, loci, personae, et materiae*)<sup>42</sup>. Si no se afirma de esta manera, se confundirá con la cuestión de fondo y, por consiguiente, se evaluará en esos términos, si es que se evalúa, en dicha etapa<sup>43</sup>.

127. Por lo tanto, no tiene finalidad alguna clasificar la regla de los 18 meses como una cuestión de admisibilidad regida por las reglas procesales, que puede ser modificada por el Tribunal de conformidad con las necesidades y características propias de cada procedimiento en particular.

128. Tampoco existe un momento para suscribirse a la posición de que los "obstáculos procesales" no constituyen requisitos jurisdiccionales y "pudieron pasarse por alto cuando corresponda"<sup>44</sup>. El Tribunal del caso *Wintershall* correctamente rechazó esta premisa denominándola y estableció que esta afirmación no podía aceptarse "en términos tan absolutos"<sup>45</sup>, y observó que dado que la regla de los 18 meses impone una obligación y no una mera opción, el incumplimiento "no puede describirse como 'un mero defecto de forma'"<sup>46</sup>. También se observó, con razón, que los casos que se citaron para respaldar esta afirmación de que una condición previa podría pasarse por alto, si se desistiera de la

---

<sup>41</sup> Como se estableció en el caso *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 17 de julio de 2003, párr. 41: "En el contexto del CIADI, la distinción entre admisibilidad y jurisdicción no parece ser enteramente necesaria ya que el Convenio trata únicamente de jurisdicción y competencia". Estos términos se repiten en el caso *Enron Corporation y Ponderosa Assets L.P. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de enero de 2004, párr. 33.

<sup>42</sup> Dicha hipótesis parece ser la que se contempla en la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje en virtud de las palabras "por otras razones" en relación a una excepción que se opondría, no contra la jurisdicción del Centro, sino contra la competencia del Tribunal.

<sup>43</sup> Este es el resultado del caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. la República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 29 de enero de 2004, cuando el Tribunal aceptó su competencia en virtud del TBI con respecto a la controversia contractual, pero se vio obligado a abordar el efecto de la cláusula de selección de foro de jurisdicción exclusiva incluida en el contrato y "que afecta la sustancia de la reclamación de SGS" (párr. 149). Para el Tribunal, la cuestión no era si tenía competencia, sino si fuera apropiado permitir a las partes que cumplieran con la cláusula del foro contractual. (párr. 154). Al sostener esto, el Tribunal consideró que su propia decisión sobre la demanda de pago de SGS a presentar ante los tribunales seleccionados resultaría "prematura" (párr. 155, 162) y que debía esperar la determinación de la cantidad pendiente de pago, de conformidad con el proceso contractualmente acordado (párr. 163). Por lo tanto, decidió suspender el procedimiento hasta que se efectuara dicha determinación (párr. 175). Por consiguiente, mientras afirmó su competencia sin reserva alguna, el Tribunal decidió suspender el procedimiento sobre el fondo de la demanda contractual, en la medida en que una de sus cuestiones aún no estuviese resuelta por medio del procedimiento contractualmente acordado para el litigio. Un enfoque similar se adoptó en el caso *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, caso CIADI No. ARB/06/3, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción y la Admisibilidad del 18 de abril de 2008, párrs. 112-114, donde se unió a la cuestión del fondo una excepción a la admisibilidad del contenido sustantivo de la demanda de la demandante. (Traducción del Tribunal).

<sup>44</sup> Así lo afirmó el Prof. Schreuer al actuar en calidad de Experto de las demandantes ante el Tribunal del caso *Wintershall*, cf. caso *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párrs. 133.

<sup>45</sup> *Id.*, párr. 143.

<sup>46</sup> *Id.*, párr. 139.

acción y del derecho, tiene relación con las disposiciones sobre los períodos determinados para alcanzar un acuerdo y no son plazos obligatorios que requieren el agotamiento de los recursos locales<sup>47</sup>. Incluso en el caso de una disposición que exigía un período de negociación, se llegó a la conclusión de que dicha condición previa era "una cuestión jurisdiccional"<sup>48</sup>.

129. Cuando se dejan de lado las interpretaciones teóricas equivocadas, la verdadera cuestión se reduce al objeto y el fin del sistema establecido en el artículo X(2) y el artículo X(3)<sup>49</sup>. La pregunta principal se puede formular de dos maneras: (i) ¿se requirió que las Demandantes sometieran la controversia a los tribunales competentes de la República Argentina antes de recurrir al arbitraje del CIADI? o (ii) ¿"se privó a la Argentina de una oportunidad justa de tratar la controversia en el marco de su propio sistema jurídico nacional debido a que las Demandantes no respetaron el requisito de los 18 meses de litigio"?<sup>50</sup>.

130. Para el Tribunal de la presente diferencia, el lenguaje claro de las disposiciones relevantes del artículo X y la sugerencia igualmente coherente acerca del fin presentado por la Demandada (respecto del cual las Demandantes, *per se*, no presentaron excepción alguna), llevan a la conclusión de que recurrir a los tribunales locales es una condición previa que se deberá cumplir antes de someter la diferencia a arbitraje internacional. Como fue señalado por el Tribunal del caso *ICS* al considerar el TBI Argentina-Reino Unido, las palabras "serán sometidas" no encuentran "ninguna ambigüedad en cuanto al carácter imperativo" de la regla<sup>51</sup>, que "no se satisface con algo menor de lo que explícitamente establece"<sup>52</sup>. El Tribunal del caso *Wintershall*, al abordar una disposición del artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania, estableció lo siguiente:

“De este modo, la posibilidad de someter una controversia a un tribunal de arbitraje internacional está sujeta al previo cumplimiento de lo establecido en el Artículo 10(2), a menos que las partes en la diferencia acuerden otra cosa”<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> Cf. *Id.*, párrs. 133-153.

<sup>48</sup> *Enron Corporation y Ponderosa Assets L.P. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de enero de 2004, párr. 88. El incumplimiento de dicha condición da lugar a la falta de competencia para considerar la diferencia, conforme el caso *Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo del 10 de febrero de 1999, párr. 93, se utilizó el término “*irrecevable*” (en francés). La naturaleza jurisdiccional del requisito también está respaldada y fue extensamente debatida en otras decisiones del CIADI, tanto a favor como en contra, en el caso *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción del 15 de diciembre de 2010 párr. 140-157.

<sup>49</sup> Cf. *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, párr. 580, que utiliza términos similares con respecto al artículo 8 del TBI Argentina-Italia.

<sup>50</sup> Como se señaló en *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, párr. 581. (Traducción del Tribunal).

<sup>51</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, caso CPA N° 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 247.

<sup>52</sup> *Id.*, párr. 251.

<sup>53</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párr. 122, y para el desarrollo véase los párrs. 116-122.

El Tribunal también señaló lo siguiente:

“... se convierte en una condición del 'consentimiento' de Argentina –, lo que en la práctica representa el 'ofrecimiento' de Argentina de que se sometan a arbitraje las diferencias que surjan en el marco del TBI, pero sólo a condición de que el inversor acepte y cumpla lo dispuesto, entre otras cosas, en el Artículo 10(2); un inversor (come la Demandante) sólo puede aceptar el 'ofrecimiento' en esas condiciones”<sup>54</sup>.

No obstante los pronunciamientos anteriores, cualquier afirmación de los términos prescriptos por la regla de los 18 meses deberá interpretarse conforme al sentido corriente de los términos en su contexto y debe ser armónico con el objeto y fin de la cláusula, según lo estableció el artículo 31(1) de la Convención de Viena. Incluso cuando se señala que esta regla impone una obligación sobre el inversor, se deberá aplicar de manera tal que permita que prevalezca su significado para que se preserve y no se frustre su objeto y fin. Dicha obligación no puede imponerse al inversor si no cumple con su objeto en el contexto del sistema completo de acceso al arbitraje establecido en el artículo X.

131. La regla de los 18 meses es el segundo paso progresivo hacia el arbitraje internacional. Estaría vacío de contenido si fuese una mera repetición del primer paso estipulado por el artículo X(1). Esta última disposición ofrece a las Partes la oportunidad de lograr un avenimiento. No exige llevar a cabo acción alguna o, si se interpretase que requiere un mínimo esfuerzo de buena fe, no prescribe ninguna sanción o pena para el caso de incumplimiento. Si la regla de los 18 meses debe de ser acorde con una interpretación razonable, el requisito del artículo X(2) deberá pretender una acción adicional de cada parte. Si se pretende cumplir con esta operación, el inversor deberá someter la controversia a los tribunales competentes del Estado receptor. Pero, también, requiere que el Estado receptor permita que sus tribunales actúen de manera tal que brinde la oportunidad de alcanzar una reparación adecuada dentro de un plazo razonable. Los requisitos del artículo X(2) son y deben ser bilaterales. Si el Estado receptor no debe verse privado de una "oportunidad justa"<sup>55</sup> de tratar la controversia en el marco de su propio sistema jurídico nacional, el mismo principio se deberá garantizar para el inversor, quien igualmente no debe ser privado de una "oportunidad justa" de tratar la controversia ante los tribunales locales competentes. Según lo señaló el Tribunal del caso *TSA*, el recurso disponible para el inversor debe brindarle "amplias posibilidades de obtener una compensación a nivel nacional dentro de dicho período de tiempo"<sup>56</sup>. Por lo tanto, la interpretación adecuada del significado de la regla de los 18 meses es que requiere más del Estado receptor, que meramente evitar que la regla se torne "completamente ineficaz" o representar una "futilidad" o incluso una "futilidad evidente" o "futilidad u otros",

---

<sup>54</sup> *Id.*, párr. 116.

<sup>55</sup> Conforme el caso *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, párr. 581. (Traducción del Tribunal).

<sup>56</sup> *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/05/5, Laudo del 19 de diciembre de 2008, párr. 110.



conforme a los términos utilizados por el Tribunal del caso *ICS*<sup>57</sup>. El Estado receptor debe asumir su parte en la obligación establecida por la regla de los 18 meses, que ubica el umbral por encima del requisito base de evitar "la futilidad u otros".

132. En oposición a los argumentos de la Demandada, el expediente presentado en este Tribunal demuestra que la regla de los 18 meses no está respaldada por una política de prioridad alta. Al estudiar una serie de TBI firmados por la República Argentina y presentados ante el Tribunal, es evidente que no hubo TBI alguno que se haya firmado luego del TBI con España que contenga una regla comparable con la regla de los 18 meses. Por lo tanto, cualquier posible afirmación de que la regla de los 18 meses es de suma importancia pública, se contradice con la historia cronológica de los TBI firmados por la República Argentina. El Tribunal entiende que dicha regla se encuentra en el TBI Argentina-Alemania de 1993<sup>58</sup>, y otros dos TBI firmados con los Países Bajos en 1992 y la República de Corea en 1994<sup>59</sup>, los cuales no forman parte del expediente del Tribunal. Asimismo, incluso cuando se firmó el TBI Argentina-España en 1991, se firmaron otros TBI que no contenían dicha regla<sup>60</sup>.

133. Al analizar el derecho del tratado de manera retrospectiva, la solución preferente es la disposición sobre bifurcación de caminos (*fork in the road*, en inglés). Este escenario podría llevar a la República Argentina a abandonar la regla de los 18 meses luego de la firma del TBI con España<sup>61</sup>. Desde esta misma perspectiva, sería razonable concluir que dicha regla fue considerada inútil e incluso vana. No obstante, al Tribunal no le importa esta línea de razonamiento, porque únicamente fue citada para interpretar la regla de los 18 meses del artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI Argentina-España como lo acordaron estos dos Estados Contratantes<sup>62</sup>. Esta regla debe tomarse como es, a pesar del grado preciso de prioridad que se le adjudicó a partir de 1991 y que en la actualidad la ubicó como una cuestión de política de inversiones entre estos estados y otros.

134. No hay mucho que agregar a lo que el Tribunal del caso *Maffezini* estableció con las siguientes palabras:

---

<sup>57</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, caso CPA N° 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párrs. 269 y 273. Al adoptar un umbral tan bajo e irrealista, el Tribunal del caso *ICS* no analizó la disponibilidad de los recursos contemplados por el sistema jurídico argentino, a pesar de haber obtenido informes que "analizan in extenso esta cuestión", que originaron "un debate abierto y legítimo" entre los expertos de las Partes (párr. 269).

<sup>58</sup> Cf. *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párrs. 1 y 121.

<sup>59</sup> Cf. Anexo 1 del caso *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, caso CPA N° 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012.

<sup>60</sup> Calificado como una "falta de consistencia" por el Tribunal del caso *Siemens A.G. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párr. 105.

<sup>61</sup> Se llegó a esta conclusión en el caso *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción del 25 de enero de 2000, párr. 57, y agregó que esta no era la solución preferida por España (párrs. 57-59).

<sup>62</sup> Véase la misma posición en el caso *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párr. 128.

“las Partes Contratantes del ABI – Argentina y España – quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo señalado de dieciocho meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional”<sup>63</sup>.

Este Tribunal no encuentra razón alguna para dudar de que una afirmación similar, como lo señaló la Demandada ante los Tribunales del CIADI<sup>64</sup> y en el presente caso, representa la intención original de los Estados Contratantes que son Parte del TBI Argentina-España. Tampoco existe duda alguna de que la defensa ante los tribunales locales del Estado receptor es un "obstáculo" en el camino hacia el arbitraje internacional. Pero esto es lo que los Estados Contratantes pretendieron al negociar y plasmar en el TBI.

135. Al considerar el objeto de la regla de los 18 meses, el Tribunal debe considerar también el principio de la efectividad como una orientación complementaria para la interpretación de esta disposición. La Demandada está de acuerdo que el sistema provisto por el artículo X(2) no debe compararse con un simple "período de espera" o "plazo de gracia". Cualquier interpretación debe comprender una presentación formal ante los tribunales locales de manera tal que estos tribunales puedan analizar la controversia efectivamente. Al analizar con más detalle la disposición del artículo X(3)(a), dichos procesos internos deben tener una naturaleza tal que posibiliten la toma de una decisión sobre el fondo dentro de los 18 meses. Esta disposición no requiere que se dicte una sentencia<sup>65</sup>. No obstante, se debe garantizar a la parte la oportunidad o la chance de que el tribunal emita una resolución, de lo contrario, todo el sistema carecería de sentido.

136. Si no existe esta oportunidad de que se emita una resolución, no solo la disposición impondría un plazo de gracia adicional sin objetivo ostensible alguno, sino que también agregaría un perjuicio para las demandantes, ya que se verían obligadas a proporcionar pruebas subyacentes a su demanda, mientras que, como estableció otro Tribunal, el Estado receptor tendría la posibilidad de proporcionarla para "mejorar el reclamo, recabar pruebas, y preparar una defensa frente a una posible reclamación arbitral internacional"<sup>66</sup>. Además de tener que esperar otros 18 meses, las Demandantes sufrirían un tratamiento desigual e injusto, dado que se verían obligadas a someter su demanda, mientras que la Demandada no tendría la obligación de presentar sus defensas jurídicas y fácticas a la demanda y, al mismo tiempo, reunir las pruebas necesarias para

---

<sup>63</sup> *Emilio Augustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, *Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción* del 25 de enero de 2000, párr. 35.

<sup>64</sup> Conforme, entre otros, al caso *Siemens A.G. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, *Decisión sobre Jurisdicción* del 3 de agosto de 2004, párr. 104, donde el Tribunal dice que "coincide" con la Demandada al reconocer esta afirmación, pero sin embargo señala que Argentina no ha presentado ninguna prueba más allá de sus afirmaciones a tal efecto (párr. 105).

<sup>65</sup> *Emilio Augustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, *Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción* del 25 de enero de 2000, párrs. 28 s., 30.

<sup>66</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, caso CPA N° 2010-9, *Laudo sobre Jurisdicción* del 10 de febrero de 2012, párr. 269, nota al pie 298 *in fine*. El tribunal agregó que dicho propósito, entre otros, iría "más allá de resolver la disputa" y, por lo tanto admitió, que no tiene nada que ver con el objeto y fin de la regla de los 18 meses.

fundamentar el caso del inversor en la preparación del posible futuro arbitraje. Ciertamente, dicha interpretación de la regla de los 18 meses provocaría un tratamiento desigual que favorecería al Estado receptor en perjuicio de la demandante, un resultado no contemplado por el artículo X.

137. Esta interpretación de la regla también establece que, conforme al Tribunal, no se puede basar cualquier interpretación de la regla de los 18 meses en una reflexión teórica en virtud de la cual la regla resultará vacía de contenido y, en consecuencia, sería dejada de lado porque “es difícil percibir el fundamento de que se imponga, en los términos utilizados en el Artículo 10(3)(a), la obligación de mantener la controversia a consideración de los tribunales nacionales durante 18 meses como condición previa para que el asunto pueda ser sometido al arbitraje”<sup>67</sup>. Ciertamente, la regla no se puede dejar de lado en virtud de la posibilidad de un “litigio inútil”, incluso cuando las partes se podrían ver obligadas a litigar durante 18 meses, siendo que una u otra (o ambas) podrían haber decidido por anticipado rechazar cualquier decisión que pudiera emanar de los tribunales<sup>68</sup>. Y ¿que ocurriría si, conforme a las circunstancias del caso, pareciese que el tribunal local no autorizará a las partes a litigar durante 18 meses su controversia sometida a consideración de los tribunales? Y ¿por qué se debería eliminar el requisito meramente porque el inversor no tiene la intención de acordar una reparación adecuada? incluso, si el tribunal local realizase un esfuerzo para alcanzar un resultado.

138. Ciertamente, los Estados Contratantes del TBI estaban al tanto de las dificultades resultantes, en la mayoría de los casos, ante los que se podía encontrar la Demandante al someterse a los tribunales del Estado receptor. No obstante estos desafíos, las partes acordaron incluir este requisito en el tratado y posponer, de esta manera, el acceso al arbitraje internacional. Esta solución puede ser considerada una opción menos favorable para acceder al arbitraje, pero este punto no es relevante. Lo que realmente importa es que la regla de los 18 meses forma parte de la disposición sobre solución de controversias del TBI Argentina-España. En todo caso, la Decisión sobre jurisdicción emitida por el Tribunal del caso *Hochtief* no posee una autoridad persuasiva ya que, en dicho caso, se estableció que no era necesario que el Tribunal se pronunciase sobre la cuestión de que el litigio judicial sea invariablemente una condición previa esencial o de la existencia de un “derecho implícito a someter un asunto al arbitraje”<sup>69</sup>. El “problema surge” ante la ausencia de dicho derecho<sup>70</sup>, pero cuando se aplica la condición previa de la regla de los 18 meses “su significado es claro”<sup>71</sup>. Estas preguntas sugeridas implican una interpretación de la regla que no se condiciona con su texto y su objeto.

---

<sup>67</sup> *Hochtief, AG c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de octubre de 2011, párr. 50, en mención del artículo 10 del TBI Argentina-Alemania.

<sup>68</sup> *Id.*, párr. 51.

<sup>69</sup> *Id.*, párr. 54.

<sup>70</sup> *Id.*, párr. 53.

<sup>71</sup> *Id.*, párr. 52. El Árbitro Chr. Thomas, en su Opinión disidente, señala que el período de los 18 meses “es, claramente, el fruto de una negociación entre los Estados partes” y que la adhesión a la regla de los 18 meses, descrita como

139. El Tribunal reconoce que la regla de los 18 meses sugiere la presencia de un obstáculo previo para que se brinde acceso al arbitraje internacional y no representa la opción más favorable con respecto a la protección eficiente de la inversión internacional. También se podría afirmar que es “inusual”<sup>72</sup>, aunque también se sugirió que “no es, de ningún modo, una cláusula inusual” en los TBI<sup>73</sup>. Pero este punto de vista no tiene relevancia alguna cuando se pretende determinar el significado y la mejor interpretación de una disposición que los Estados Contratantes acordaron y que constituye un derecho del tratado, siempre y cuando continúe vigente.

140. La regla de los 18 meses tampoco puede ser interpretada de manera tal que beneficie solo al inversor. El Tribunal de caso *Hochtief* consideró que el requisito del litigio previo durante 18 meses “no entraña otro beneficio” que la interposición de un período durante el cual las Partes puedan precisar los términos y reflexionar acerca de sus respectivas posiciones<sup>74</sup>. Si bien el Tribunal del caso *Hochtief* considera “cierto” lo que señaló la demandada acerca de que el período de los 18 meses da a los tribunales la oportunidad de resolver la diferencia, considera que el límite arbitrario del plazo concedido para litigar y la eliminación de toda obligación de aceptar una sentencia de los tribunales locales hacen que esa oportunidad sea “en cierta medida superflua e insustancial”. Adicionalmente, la adhesión a la regla de los 18 meses “no proporcionaría necesariamente ningún beneficio” “ni daría necesariamente ningún resultado que no fuera la demora de los procedimientos de arbitraje”, lo que “contribuye en cierta medida a persuadir al Tribunal de que su decisión es acertada”<sup>75</sup>, lo que implica aceptar la cláusula de NMF del TBI Argentina-Alemania con el fin de tornar inaplicable la regla de los 18 meses. El razonamiento del Tribunal no se encuentra respaldado por prueba alguna vinculada a la posibilidad de funcionamiento de la regla de los 18 meses en los tribunales locales de Argentina. Y mientras que se centra en el beneficio disponible para los inversores, no toma en cuenta la posición del Estado receptor que establece que se da a los tribunales judiciales locales la oportunidad de resolver la diferencia, aunque tal posición se califica como “cierto”<sup>76</sup>.

---

“arbitraria” por la Mayoría (párr. 88 de la Decisión) tendría que ser suficiente para que el sistema jurídico de una Parte Contratante por lo menos tuviera la oportunidad de ocuparse de la diferencia (párr. 7).

<sup>72</sup> *Id.*, párr. 54. No obstante, otro Tribunal consideró útil calificar el requisito como “curioso” y “carente de sentido desde un punto de vista práctico”, aunque el Tribunal no encontró motivo alguno para abordar la cuestión y, en consecuencia, no efectuó una evaluación seria de la cuestión, en el caso *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero, 2005, párr. 224. (Traducción del Tribunal)

<sup>73</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párr. 125.

<sup>74</sup> *Hochtief AG c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de octubre de 2011, párr. 87.

<sup>75</sup> *Id.*, párr. 88 (para todas las citas).

<sup>76</sup> La opinión disidente del Árbitro Chr. Thomas es la siguiente: “No puede descartarse la posibilidad de que el tribunal local acoja el argumento del inversionista de que las medidas impugnadas violan el derecho local, o de que efectivamente existe un derecho cuestionado cuya existencia se sostenga conforme a ese derecho. Esas conclusiones, aunque no lleven al arreglo de la diferencia, aumentarían las perspectivas de éxito en una eventual reclamación internacional subsiguiente”. (párr. 8)

141. Si bien es correcto afirmar que el significado de la regla de los 18 meses tiene que determinarse en virtud de la eficacia de la regla, no existe razón alguna para interpretar esta disposición sobre la base del alcance del “beneficio” que otorga al inversor. Esta regla fue acordada entre los Estados Contratantes con el fin de alcanzar un objetivo común, aunque fue una “transacción obvia”<sup>77</sup>. Sin embargo, no existe indicación alguna de que dicho fin u objeto se centre exclusivamente en los intereses del inversor o en sus posibles beneficios. Como se estableció anteriormente, mientras que el Convenio CIADI y los TBI son los instrumentos principales para la promoción de inversiones internacionales de carácter privado, también tienen como objetivo brindar un equilibrio razonable y negociado entre los intereses de los posibles inversores y de los Estados receptores. Como observó el Tribunal de caso *CMS*, el alcance de un determinado tratado bilateral “como éste normalmente deberá ser entendido e interpretado como atendiendo a los intereses de ambas Partes”<sup>78</sup>. Un enfoque unilateral que beneficie a los inversores no cumple con la interpretación prevaleciente del derecho del tratado de inversión.

142. Una vez cubierto el significado básico del objeto y fin del segundo paso hacia un posible arbitraje en virtud del artículo X y antes de proceder con la evaluación de elementos más específicos, el Tribunal debe plantear la cuestión de si se deben aplicar reglas de interpretación diferentes o adicionales para establecer un equilibrio diferente o una relación entre los intereses respectivos del Estado receptor y del inversor, además del resultante de este análisis. La jurisprudencia del CIADI establece un esfuerzo adicional para interpretar favorablemente la regla de los 18 meses en miras de obtener un resultado que permita un mejor acceso al arbitraje internacional y que, en algunos casos, el inversor incluso tenga la posibilidad de dispensar de los requisitos establecidos en esta disposición.

143. En efecto, para el Tribunal del caso *Abaclat* la cuestión de si el incumplimiento de los requisitos por parte del inversor privó al Estado receptor de una “oportunidad justa” de tratar la controversia en el marco de su propio sistema jurídico nacional, “requiere, a su vez, sopesar los intereses de las Partes”, que incluye, por parte del inversor, considerar el interés de las demandantes “de poder disponer de un mecanismo eficiente de arreglo de diferencias”<sup>79</sup>. En el primer paso, se establece correctamente que la oportunidad de tratar la cuestión a través de su sistema jurídico nacional no debe ser una oportunidad teórica, “sino que debe existir una posibilidad real en la práctica de que el Estado receptor [...] trate la cuestión de una forma que pueda conducir a un arreglo efectivo de la diferencia”<sup>80</sup>. Sin embargo, para el Tribunal del presente caso, para alcanzar esta

---

<sup>77</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción del 25 de enero de 2000, párr. 57.

<sup>78</sup> *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo del 12 de mayo de 2005, párr. 360.

<sup>79</sup> *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, párr. 582. (Traducción del Tribunal).

<sup>80</sup> *Id.*, párr. 582.

interpretación, no existe necesidad alguna de "sopesar los intereses de las Partes" ni de analizar los resultados que conforman el objeto y la eficiencia necesaria del significado de la disposición.

144. Para el Tribunal del caso *Abaclat*, un paso más sería la hipótesis alternativa aceptable de no respetar la regla de los 18 meses y la oportunidad de tratar la cuestión a través de los tribunales locales, "[e]n este punto, sobre la base de las circunstancias generales del caso, parece que esa oportunidad [...] no habría llevado a una solución efectiva de la controversia en el plazo de 18 meses". En dicho caso, "habría sido injusto privar al inversor de su derecho a recurrir al arbitraje debido meramente a que no hubiera respetado el requisito de los 18 meses de litigio", porque "el hecho de no respetar ese requisito no habría causado ningún perjuicio real al Estado receptor"<sup>81</sup>. La presentación de una reclamación ante los tribunales locales solo habría sido adecuada si se hubiera efectuado "de un modo que efectivamente arreglara la diferencia"<sup>82</sup>.

145. En primer lugar, el Tribunal debe resaltar que esta interpretación no está conforme al sentido corriente de la regla de los 18 meses (ya sea del TBI Argentina-Italia o el TBI Argentina-España), el cual no impone una obligación por parte de los tribunales locales o el Estado receptor en general para emitir una resolución sobre el fondo de un procedimiento judicial dentro de los 18 meses. Este punto es un objetivo y la interpretación de la disposición del artículo X(2) y el artículo X(3) no deberá impedir que se alcance dicho resultado, pero no es un requisito que se deba respetar para que la regla de los 18 meses resulte aplicable. La interpretación propuesta no respeta el objetivo de la regla, que es ofrecer al sistema jurídico nacional la oportunidad de alcanzar una reparación adecuada, y nada más.

146. En segundo lugar, y de mayor importancia, el Tribunal del caso *Abaclat* no señaló ningún fundamento legal, principio judicial o precedente que atribuya un componente normativo que permita que la prueba de "sopesar los intereses de las Partes" se sume a la aplicación de la regla de los 18 meses. Ni el objeto, ni el fin ni la política subyacente a la regla demuestran la adecuación de dicho principio. De hecho, el Tribunal se suscribió en su propia interpretación más allá de su propia prueba del equilibrio de intereses, al afirmar que el interés de las demandantes de proteger su interés en virtud de su reclamo era el "interés de poder someter su reclamación a un arbitraje"<sup>83</sup> y que dicho interés se satisfizo solo cuando fue posible tratar el reclamo "de un modo que efectivamente arreglara la diferencia"<sup>84</sup>. Si estas premisas constituyeran las condiciones subyacentes del artículo X(2) y el artículo X(3), nunca se podría acudir a los tribunales locales y los intereses del Estado receptor serían desestimados. En efecto, el sistema de solución de controversias resultaría disfuncional. Esta interpretación siempre podría entenderse como

---

<sup>81</sup> *Id.*, párr. 583.

<sup>82</sup> *Id.*, párr. 585.

<sup>83</sup> *Id.*, párr. 584.

<sup>84</sup> *Id.*, párr. 585.

restrictiva de la facultad del inversor de someter el reclamo a arbitraje, porque nunca se establecería, desde un primer momento, que resolvería "efectivamente la diferencia".

147. Según el Tribunal de la presente diferencia, si se considerará "sopesar los intereses de las Partes" con el fin de interpretar el artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI, se deberán sopesar los intereses en virtud de las negociaciones y los acuerdos de los Estados Contratantes del TBI. Las Partes del TBI han efectuado la evaluación de los términos que le resultaron más apropiados al momento de las negociaciones y que estaban conforme a sus necesidades con respecto al sistema internacional de solución de controversias, que puedan alinearse a las contiendas resultantes de las inversiones efectuadas dentro del territorio nacional. Tal vez los Estados Contratantes en un futuro acuerden que dicho sistema de solución de controversias debería permitir un cambio impulsado por una política más amplia que favorezca el acceso al arbitraje. No obstante, las interpretaciones de la jurisprudencia, como la prueba de "sopesar los intereses", no pueden meramente ser impuestos como una modificación a las disposiciones del tratado al que el Tribunal Arbitral decidió suscribirse. Como lo advirtió el Tribunal del caso *ICS*, "las excepciones formuladas judicialmente deben encontrar respaldo en más que un análisis de política personal de las disposiciones en cuestión"<sup>85</sup>.

148. Si se aceptase que el sistema del artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI incluye una obligación prevista en un tratado para el inversor, por la que debe someter la controversia a los tribunales locales, también se debería aceptar que, en lo que respecta al Estado receptor, el mismo sistema incluye una obligación prevista en un tratado de mantener sus tribunales disponibles para este fin. Este requisito bilateral es más que únicamente parte del requisito de la efectividad de la regla de los 18 meses. También forma parte del requisito que surge del conocido principio de buena fe. En el contexto de la regla de los 18 meses este principio de bilateralidad sostiene que el Estado receptor está impedido de reclamar el cumplimiento de la obligación del inversor de recurrir a los tribunales locales, si el inversor no tiene la posibilidad de cumplir con dicha obligación, a causa de la falta de disponibilidad de los tribunales capaces para tramitar dicha controversia de manera tal que se contempla una resolución sobre el fondo de la controversia dentro de los 18 meses.

149. La cuestión concerniente sobre qué constituye el marco temporal relevante para llevar a cabo los requisitos de la regla de los 18 meses se encuentra ahora abierta a discusión. Si bien es una cosa concluir que la interpretación del artículo X(2) y el artículo X(3) deben ser de buena fe sobre el objeto y fin que constituyeron los hechos orientadores de los Estados Contratantes al negociar y concluir el TBI, determinar el marco temporal en el cual se deben cumplir los requisitos incluidos y la regla de los 18 meses es otra cosa. El momento en el que surgió la intención y el fin de las Partes

---

<sup>85</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, caso CPA N° 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 265.

Contratantes y se estampó legalmente en el artículo X del TBI no es el plazo en el que se deben ejecutar los requisitos de la regla de los 18 meses. El Tribunal del caso *Wintershall* sostiene que el “principio de contemporaneidad” carece de pertinencia<sup>86</sup>. Esto es básicamente correcto cuando la cuestión en consideración tiene relación con el significado de la regla. Pero si se adoptara dicho principio, debería gobernar la conducta de las Partes con respecto al sistema de la regla de los 18 meses. En este punto, el Tribunal del presente procedimiento arbitral no considera que los motivos establecidos por el Tribunal del caso *Wintershall* sean convincentes. En ese caso se estableció que las demandantes no ofrecieron pruebas de que, “cuando se celebró el TBI, no era posible dar cumplimiento al Artículo 10(2) – al comienzo – debido a que en Argentina el sistema jurídico o el Poder Judicial no eran eficientes o no atendían las reclamaciones de inversores extranjeros”, mientras que el estado en que se encontraba el sistema judicial y los tribunales de Argentina a partir de enero de 2002 “resulta[ba] poco pertinente”<sup>87</sup>. Si esta afirmación se adoptara como verdadera, las consecuencias sería absurdas, por ejemplo, Argentina podría haber puesto sus tribunales completamente fuera de disponibilidad con posterioridad a 1993, cuando el TBI Argentina-Alemania ya había sido concluido y los inversores Alemanes se habrían visto obligados a someter *ad infinitum* su reclamo ante estos tribunales y soportar la carga económica de un procedimiento inútil. Es evidente que el Tribunal del caso *Wintershall* no evaluó las obligaciones implícitas en la regla de los 18 meses que afecta el sistema jurídico del Estado receptor.

150. El Tribunal del caso *ICS* estableció que "simplemente no puede llegar a la conclusión de que el recurso a los tribunales argentinos habría sido completamente ineficaz para resolver la controversia"<sup>88</sup>. El expediente sometido a esta Tribunal es significativamente distinguible dado que la cuestión de las obligaciones bilaterales de la regla de los 18 meses fue presentada a este Tribunal en forma de escritos iniciales y los informes periciales (escritos y orales)<sup>89</sup>. Asimismo, las Partes tuvieron la oportunidad de abordar las preguntas sobre esta cuestión, presentadas por el Tribunal durante la audiencia y con posterioridad a ella. Esta cuestión se deberá examinar con más detalle en las siguientes secciones.

2. *El requisito de someter la "controversia" a los "tribunales competentes" del Estado receptor*

151. El primer elemento de importancia es la referencia que se hace en el artículo X(2) a la obligación ("será" – "shall", en la versión en inglés) de la parte de la controversia de

---

<sup>86</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párr. 129.

<sup>87</sup> *Id.*, párr. 129.

<sup>88</sup> *ICS Inspection and Control Services Limited c. La República Argentina*, caso CPA N° 2010-9, Laudo sobre Jurisdicción del 10 de febrero de 2012, párr. 269.

<sup>89</sup> En el procedimiento ante el Tribunal del caso *ICS* aparentemente no se efectuó un interrogatorio cruzado de peritos en la Audiencia jurisdiccional (conforme *Id.*, párrs. 38, 42, 269).



someterla a los “tribunales competentes” de la parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, con una posible transición ininterrumpida, provista en el artículo X(3), de manera tal que el tribunal al que se le sometió la controversia pueda tomar una decisión “sobre el fondo” (“substance”) dentro de los 18 meses. La interpretación adecuada del concepto de “competencia” es importante en este punto. Como confirmó el artículo X(3)(a), el procedimiento tramitado ante los tribunales competentes debe ser un “proceso judicial”. Por lo tanto, el término “competencia” solo se refiere a la institución que ejerce la función de un tribunal o un órgano comparable con competencia.

152. Para que la regla de los 18 meses efectivamente funcione, debe ser posible someter la controversia ante un tribunal con “competencia” en todos los aspectos necesarios para que se tramite el litigio sobre el “fondo”. Incluso si no se procede en esta etapa con el objeto de definir este último término, el Tribunal debe tomar la iniciativa en esta instancia y establecer que, con el fin de permitir el ejercicio de la competencia con respecto al “fondo”, la Parte que debe someter la controversia a los tribunales locales debe tener la posibilidad de dirigirse, sin la menor duda o incertidumbre jurídica, a un tribunal con “competencia”, y esto debe existir con respecto a todos los aspectos de la competencia, ya sea *ratione loci*, *temporis* o *materiae et personae*.

153. No existe controversia alguna sobre la competencia *ratione loci* de los tribunales disponibles en la Provincia de Buenos Aires. La controversia que divide a las Partes se relaciona con la disponibilidad de dichos tribunales, a pesar de las Leyes de Emergencia, la admisibilidad de una acción presentada por las Demandantes en calidad de inversores y accionistas de AGBA y la naturaleza de las acciones que se pueden someter a dichos tribunales. La primera cuestión plantea la pregunta que aborda la competencia *ratione temporis* de los tribunales argentinos, que por determinados períodos de tiempo se vieron privados de ejercer su competencia a causa del estado de emergencia del País (a). La segunda cuestión abarca la competencia *ratione personae* de los tribunales acerca de las acciones sometidas por las Partes en calidad de inversores y accionistas de AGBA (b). El tercer aspecto tiene relación con la naturaleza de la controversia a ser sometida a los tribunales locales en virtud de artículo X del TBI, que está altamente relacionada con el concepto de “fondo” de la controversia, como se utiliza en esta disposición. Esta cuestión será tratada en la siguiente sección (3).

- a) Los efectos de las Leyes de Emergencia sobre el funcionamiento de los tribunales argentinos

154. El Tribunal del caso *Abaclat* señaló dos motivos para respaldar su postura de que el hecho de que los inversores no respetaran el requisito de los 18 meses de litigio no les impidió recurrir al arbitraje del CIADI, y ambos motivos tuvieron relación con las Leyes de Emergencia. En primer lugar, el Tribunal señaló que los reclamos en miras de una indemnización por daños y perjuicios se consideraron fallidos (y, por consiguiente, no formarían parte de la audiencia sobre el fondo) a causa de estas Leyes y de otras leyes

conexas que "prohibían al Gobierno de la Argentina participar en transacciones jurídicas, extrajurídicas o privadas". Por consiguiente, incluso en el caso de que las Demandantes hubieran obtenido un fallo favorable, habría seguido siendo imposible para el Gobierno efectuar el pago de la compensación; es decir, cumplir con la compensación que determine la sentencia<sup>90</sup>. Asumir que esta afirmación es correcta va más allá de los requisitos del artículo 8 del TBI Argentina-Italia y del artículo X del TBI Argentina-España. En efecto, no existe requisito alguno que contemple la posibilidad de alcanzar una transacción o que el Estado receptor tenga facultad para aprobar dicho acuerdo. La obligación de someter la controversia a los tribunales locales tampoco se encuentra sujeta al requisito de que el gobierno argentino tendrá los recursos, medios o facultades (físicos o judiciales) para efectuar el pago de la compensación en virtud de la resolución. Dichos requisitos son aún más desconcertantes porque tampoco se aplican como condiciones de sometimiento efectivo al arbitraje internacional.

155. La cuestión a abordar es si la Ley de Emergencia privó a los tribunales argentinos de la posibilidad de ejercer su competencia con respecto a la controversia resultante de una inversión regida por el TBI Argentina-España. El Tribunal no recibió prueba alguna de que la Ley de Emergencia haya impedido que los tribunales argentinos evaluaran dicha controversia. Esta legislación ciertamente tuvo el efecto de restringir el rango de resultados posibles, al menos en lo que respecta a que el Estado se encontraba obligado a no llegar a un acuerdo transaccional ni a aceptar ejecución alguna respecto a una sentencia de daños y perjuicios. El artículo 12 del Decreto 214/2002 suspendió el cumplimiento de las medidas cautelares en todos los procesos judiciales en los que se demande o accione contra el gobierno argentino y la ejecución de las sentencias. No obstante, esta suspensión estaba limitada a un plazo de 180 días a partir del dictado de dicho Decreto. No se ha demostrado que la declaración de estado de emergencia también tuviera el efecto de extender este plazo de 180 días. Asimismo, dicha suspensión de los procesos judiciales y de la ejecución de sentencias estaba dirigida exclusivamente a entidades del sistema financiero en razón de ciertas transacciones como créditos, deudas, obligaciones, depósitos o reprogramaciones financieras, por lo que no cubrió las controversias resultantes de las inversiones como la de la presente diferencia. También podrían haber existido disposiciones que prohibiesen el acceso a cualquier renegociación, como lo señalaron las Demandantes en su Respuesta a las preguntas del Tribunal: una etapa en la que la prueba documental ya no se encontraba disponible. Pero dicha restricción no demuestra que el sometimiento de la controversia de las Demandantes a los tribunales locales era imposible o no brindaba ninguna oportunidad para alcanzar un resultado justo. No hay prueba suficiente que demuestre que el gobierno "pretendía prevenir cualquier interferencia judicial con la legislación emergente", lo que originó un "serio problema" cuando un inversor exigió "recurrir a los tribunales locales para impugnar las mismas medidas", según lo señaló el Tribunal del caso *BG Group* en virtud

---

<sup>90</sup> *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, párr. 585. (Traducción del Tribunal).

de su conclusión de que las reclamaciones de *BG Group* eran admisibles para el arbitraje, aunque *BG Group* no había sometido previamente la controversia ante los tribunales locales, conforme el artículo 8(1) y el artículo 8(2) del TBI Reino Unido-Argentina<sup>91</sup>. En efecto, cuando se llegó a esta conclusión, el período de suspensión de 180 días había transcurrido hace tiempo y el Tribunal no explicó si la controversia bajo análisis tenía relación con el sistema financiero al que se dirigieron las disposiciones de preservación de las Leyes de Emergencia.

156. En virtud de las pruebas limitadas sobre todos los aspectos prácticos, las consecuencias y las implicaciones de la Ley de Emergencia, no parece inconcebible que las Demandantes hayan iniciado un procedimiento con el fin de obtener un pronunciamiento que declare inconstitucional la Ley de Emergencia en virtud de la tramitación de la demanda resultante del TBI Argentina-España<sup>92</sup>. No obstante, dicho procedimiento hubiera sido muy diferente del procedimiento en línea con el requisito de la "oportunidad justa" de alcanzar una decisión sobre el fondo conforme a las disposiciones del artículo X del TBI. En un primer momento, dicha declaración debería ser completada y conceptualmente complementada por otra declaración que establezca que las medidas adoptadas con respecto a la inversión de las Demandantes no cumplieron con las disposiciones futuras del TBI. En segundo lugar, el reclamo de indemnización solo podrá ser efectuado luego de que se hayan emitido dichas declaraciones. Este procesos no solo fue "muy poco probable"<sup>93</sup> sino también realmente imposible, a causa del período de tiempo operativo de los tribunales ordinarios locales, como se explicará a continuación.

- b) La competencia de los tribunales locales requiere la legitimación activa de las Demandantes

157. La Demandada agrega que, el hecho de que las Demandantes sin duda hayan tenido la posibilidad de someter la presente controversia ante los tribunales locales, no significa que la República Argentina —como Parte de ese eventual litigio— no ha tenido el derecho de oponer cualquier excepción que pudiese tener respecto de, por ejemplo, la legitimación activa ("*jus standi*") de los Demandantes o respecto de cualquier otro aspecto. Que la Demandada pueda tener tal derecho bajo las leyes de la República

---

<sup>91</sup> *BG Group Plc. c. La República Argentina*, Laudo definitivo del 24 de diciembre de 2007, No. 153 y 156. El Laudo fue anulado por la Corte de Apelaciones de Estados Unidos del Circuito del Distrito de Columbia el 17 de enero de 2012 (No. 11-7021), por no ser "arbitrable", dado que la Demandante no sometió la controversia a un proceso judicial en Argentina ni esperó 18 meses antes de someterse a arbitraje.

<sup>92</sup> No hay razón alguna para mitigar dicha iniciativa mediante la afirmación de que "el Gobierno de Argentina hubiera podido haber acordado que se efectuara un examen de la constitucionalidad de la Ley de Emergencia", pero "no parece haber considerado que fuera necesario llevar a cabo ese examen", como se estableció en el caso *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, párr. 586. (Traducción del Tribunal). Esto fue "acordado" hace tiempo por el Poder Judicial cuando resolvió miles de demandas por medio del Amparo. Con respecto a las decisiones emitidas por la Corte Suprema, conforme al caso *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 12 de mayo de 2005, párr. 215 s.

<sup>93</sup> *Abaclat y otros c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 4 de agosto de 2011, párr. 585. (Traducción del Tribunal).

Argentina podría ser cierto. Sin embargo, de ser así, la afirmación meramente requiere la pregunta de si dicho procedimiento habría cumplido con los límites impuestos por el artículo X(2) del TBI.

158. Para el Tribunal de la presente diferencia, la respuesta es claramente negativa. El acceso a los "tribunales competentes" en virtud del artículo X(2) necesariamente implica acceso a los tribunales con "competencia" *ratione personae* para entender en la controversia, lo que significa que se admite la legitimación activa de las Demandantes y que esta no puede negarse sobre la base del derecho interno, que no encontrará respaldo alguno en el TBI. No tiene sentido alguno afirmar que las Demandantes estaban obligadas a someter la controversia a los tribunales locales (bajo las circunstancias que se evaluarán más adelante), únicamente para presentar una excepción contra la competencia de los tribunales en virtud de la falta de legitimación activa. La admisibilidad es un requisito previo para el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo X(2), cuyas disposiciones serán abordadas a continuación.

159. El artículo X(2) exige, como una de sus características operativas, que el tribunal competente ante el cual se deberá someter la controversia relativa a una inversión antes de acudir al arbitraje, deberá ser un tribunal en el cual el inversor sea admitido como parte con legitimación activa. Este requisito no afecta la facultad del tribunal local de rechazar, *arguendo*, la capacidad de las Demandantes como inversores en virtud del significado establecido en el TBI. Pero dicho tribunal no puede rechazar la legitimación activa de las Demandantes en virtud del TBI, exclusivamente sobre la base de su derecho interno. En otras palabras, no tiene ningún sentido que el Estado receptor alegue que existen recursos disponibles para los inversores en los tribunales locales y, al mismo tiempo, afirme que los mismos inversores no tienen legitimación activa alguna para iniciar un litigio ante dichos tribunales locales.

160. El requisito de someter la controversia ante los tribunales competentes del Estado receptor tiene el fin, tal como lo señaló correcta y debidamente la Demandada, de brindar la oportunidad de alcanzar un remedio apropiado para la controversia. Con el fin de alcanzar este objetivo, el procedimiento a seguir ante los tribunales debe estar orientado a someter la controversia al tribunal para obtener una resolución sobre el fondo. Las disposiciones del artículo X claramente respaldan dicha interpretación. El artículo X(3)(a) contempla una autorización para someter la controversia ante un tribunal arbitral internacional, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, "cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo". La parte que pretenda someter la controversia ante los tribunales locales debe proceder de conformidad con este artículo, únicamente en la medida en que tenga acceso a un tribunal competente para ejercer su competencia sobre el "fondo" de la controversia. Junto con el artículo X(2), dicha disposición significa también que la Parte solicitante tiene derecho a

acceder a los tribunales locales con competencia para entender del fondo de la controversia. Dicho derecho surge directamente del artículo X del TBI y no puede ser limitado o interpretado como una mera disposición teórica en virtud de los requisitos adicionales derivados del derecho interno.

161. Este análisis conduce a la afirmación de que el requisito de acceder a un tribunal local no puede obligar a un inversor/demandante a someter su reclamo ante un tribunal al que no tiene acceso o cuando existe un riesgo de que la otra Parte presente una excepción que sea declarada procedente. Esta afirmación no genera un problema de acceso, como lo mencionó la Demandada en su Respuesta a las preguntas planteadas por el Tribunal. No existe duda alguna de que el inversor tiene "acceso" conforme al significado tradicional del término y como lo garantiza la Constitución de todos los ciudadanos. Sin embargo, la Demandada sugirió que las Demandantes tenían que aceptar, como una condición previa, en virtud del artículo X(2), someter la controversia ante un tribunal local en el cual la Demandada podía plantear una excepción a la legitimación activa de las Demandantes. Al respecto, el Prof. Mata afirmó, en la audiencia, que el inversor debía demostrar ante los tribunales argentinos, además de su calidad de inversor, "si está legitimado para accionar"<sup>94</sup>. Como se afirmó en la discusión acerca del concepto de "competencia" de los tribunales locales, no se puede admitir dicha hipótesis porque el marco del artículo X(2) y el artículo X(3) exige que el tribunal tenga la facultad de ejercer su competencia con respecto al "fondo" de la controversia. Las Demandantes no pueden ser obligadas a someter la controversia ante los tribunales cuando no gozan de legitimación activa en virtud del derecho local que rige para dichos tribunales. Esta afirmación también se enfrenta a la afirmación de la Demandada sobre el objeto básico de la disposición acerca del acceso a los tribunales locales para alcanzar un remedio apropiado que pueda evitar el arbitraje internacional. Desde un primer momento, este objetivo nunca podría alcanzarse si el Estado receptor pudiese invocar desde el comienzo del litigio que el inversor no tiene legitimación activa ante el tribunal y esta afirmación prevaleciese. Incluso si se pudiera plantear dicha excepción y esta fuera desestimada con posterioridad, el tiempo invertido en este procedimiento debería computarse como parte del período de 18 meses y, en consecuencia, sería aún más improbable que se emita a tiempo una resolución sobre el fondo de la controversia.

162. En el transcurso de este procedimiento, la Demandada afirmó que las Demandantes carecían de legitimación activa ante los Tribunales argentinos en calidad de inversores en virtud del TBI referente a los derechos de AGBA. La Demandada mencionó el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina, para afirmar que los tratados prevalecen sobre las leyes y que, por lo tanto, el artículo X(2) del TBI puede ejecutarse directamente en la Argentina. No obstante, la Demandada también afirmó en sus cartas enviadas el 24 de mayo de 2006, es decir, antes de la fecha en la cual se podrían haber iniciado los procedimientos ante los tribunales locales en virtud del

---

<sup>94</sup> TR-E, Día 1, pág. 68/4 s., 117/11 s., 141/20.

artículo X(2), que no surge en modo alguno de los artículos..., junto con el artículo 31 de la Constitución, “el reconocimiento de la legitimación activa al inversionista extranjero”, que significa lo siguiente: “En este caso, de acuerdo a los derechos invocados, la acción debería ser ejercida por AGBA”.

163. Esta posición fue ratificada y se refleja en la Segunda excepción de la Demandada a la competencia del Tribunal. Los argumentos de la Demandada en respaldo de su excepción incluyen la afirmación de que, en virtud del Derecho argentino, las Demandantes, en calidad de accionistas de AGBA, carecen de legitimación para accionar en nombre propio en respaldo de los derechos de los que AGBA es titular y no los accionistas. En efecto, la Demandada afirma que no existe en el derecho societario Argentino norma jurídica alguna que habilite a un accionista a ejercer un reclamo en representación de la sociedad. La propiedad de las participaciones accionarias en AGBA no legitima a las Demandantes a presentar una acción derivada subrogándose en los derechos de la sociedad. La consecuencia necesaria es que la legitimación activa de las Demandantes pueda haber sido rechazada ante los tribunales competentes de la República Argentina, sin la posibilidad de que su reclamo sobre el fondo pueda no haber sido escuchado<sup>95</sup>. Dicha posición afirmó que el Derecho argentino provoca la ineficacia y la inutilidad de todo intento de recurrir a los tribunales locales en busca de un remedio apropiado sobre el fondo de la controversia, que las Demandantes sometieron en calidad de inversores y accionistas. Según el Tribunal, la Demandada no puede sostener ambas posturas. Al adelantar esta posición y afirmarla en reiteradas oportunidades, la Demandada efectivamente rechazó que sus tribunales tuviesen competencia para tratar el reclamo de las Demandantes en virtud del TBI. Ahora no puede afirmar lo contrario.

3. *La naturaleza de la “controversia” para emitir una decisión “sobre el fondo” dentro de los 18 meses*

164. Luego de afirmar en el artículo X(2) que la “controversia” será sometida a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, el artículo X(3)(a) establece que la controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional “cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo”. Este requisito solo tendrá sentido cuando se le adjudique al tribunal la posibilidad de emitir una resolución sobre el fondo de la controversia. Este requisito contempla que el tribunal en el que se encuentra pendiente el reclamo, debe ejercer su competencia para entender en el fondo de las supuestas violaciones del TBI. Es decir, se frustraría la estructura y el objeto del artículo X(2) y el artículo X(3), si los

---

<sup>95</sup> Al preguntarle a la Demandada si era posible que los accionistas presentasen una demanda ante los tribunales argentinos a raíz de los daños que sufrieron sus inversiones, el Experto de la Demandada, el Prof. Nissen, respondió lo siguiente: “En base al derecho argentino, no. En base a la ley de sociedades, que es la primera normativa que rige, por principio general, a todos los que habitan en la Argentina no es admisible lo que usted me pregunta”. TR-E, Día 2, págs. 198/1-5.

tribunales locales se excluyan, en sentido procesal, de emitir una decisión sobre el fondo. El significado de la frase “decisión sobre el fondo” constituyó un punto de conflicto para las Partes y, por lo tanto, deberá ser sometido a análisis.

- a) No se puede emitir una decisión sobre el “fondo” mediante un procedimiento de naturaleza complementaria.

165. Una “decisión sobre el fondo” conforme al artículo X(3) del TBI, debe tener relación con la controversia, tal como fue sometida, con el fin de llegar a un acuerdo en virtud del párrafo 1. La regla del sometimiento previo a los tribunales locales tiene como objetivo brindar a los tribunales la oportunidad de determinar un remedio apropiado según la reparación solicitada por las Demandantes.

166. Por lo tanto, una resolución que solo contempla una medida provisional o cautelar no configura, de ninguna manera, un procedimiento con el alcance del artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI. Asimismo, una acción en miras de obtener una medida cautelar está subordinada a una acción de daños y perjuicios y, por lo tanto, no podría constituir una condición previa para someter un procedimiento en virtud del artículo X. La importancia procesal de dicha medida esencialmente difiere del criterio de los tribunales locales en virtud de la condición del artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI. Incluso si, bajo ciertas circunstancias extraordinarias, un tribunal puede hacer lugar, conforme al Prof. Mata, a una indemnización por daños y perjuicios (como anticipo provisional de la indemnización) cuando existe riesgo de que no pudiera hacerse efectivo el cobro de la indemnización en el momento de la decisión, como ocurre en la práctica<sup>96</sup>, un tribunal debe evitar proceder de esta manera “con relación a inversiones”<sup>97</sup>. En virtud del dictamen del experto, dicha medida cautelar bajo ningún punto de vista alcanzará el fondo de la controversia.

167. El mismo análisis y la misma conclusión se aplican con respecto a la sentencia declarativa<sup>98</sup>. Una sentencia meramente declarativa no es pertinente para el Tribunal que entiende de la presente controversia. Las Demandantes buscan una indemnización por hechos pasados y no una resolución que prohíba una conducta futura. Como lo indicó el Prof. Mata en la audiencia, dicha acción se resuelve por vía sumarísima y está destinada a cuestionar la validez de los actos administrativos, pero no es posible la fijación de daños y perjuicios, esto debiera ser análisis de otro proceso posterior<sup>99</sup>.

168. Cuando las Demandantes presentaron la comunicación de la controversia el 21 de diciembre de 2005 y el 24 de enero de 2006, solicitaron, entre otras cosas, una

<sup>96</sup> TR-E, Día 1, pág. 106/6-13; Informe del Prof. Mata, párr. 55.

<sup>97</sup> TR-E, Día 1, pág. 106/7 s. La transcripción en inglés incluye los términos contratos e inversiones (Día 1, pág. 98/14 s.)

<sup>98</sup> Cf. Informe del Prof. Mata, párrs. 42-47.

<sup>99</sup> Cf. TR-E, Día 1, págs. 104/6-105/18.

indemnización por los daños resultantes de las medidas adoptadas por la Demandada desde 2002 en adelante, que, según las Demandantes, implicaron la violación de los compromisos asumidos de conformidad con el TBI. Cuando se presentó la comunicación de la intención de iniciar el procedimiento de arbitraje, el 5 y 6 de septiembre de 2006, las Demandantes mencionaron también el hecho de que, por medio de un decreto, el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires había rescindido el Contrato de Concesión con AGBA. Por lo tanto, "la controversia" a la que se refiere el artículo X era, desde el comienzo, una controversia que perseguía una indemnización por el daño supuestamente causado a la inversión de las Demandantes, amparada por el TBI, a raíz de las acciones de la Demandada. La controversia abarcaba acciones que ya habían sido tomadas por la Demandada, las cuales, si se comprobaba que habían dado lugar a violaciones del TBI, solo iban a poder repararse por medio de una indemnización por daños y perjuicios, y no por una medida cautelar.

169. Tampoco tiene importancia la acción de amparo por mora o dilación administrativa, cuya finalidad sirve para acelerar una respuesta por parte de la administración a aquella parte que solicita un pronunciamiento de la misma. Esta acción no tiene nada que ver con una controversia relativa a una inversión sometida a los tribunales locales y no a la administración. Asimismo, requiere un sometimiento previo del reclamo, que no es objeto de este procedimiento: un procedimiento en virtud del artículo X del TBI. Como lo indicó el Prof. Mata en la audiencia, no tiene que ver con una decisión judicial<sup>100</sup>.

170. De manera similar, el principio de "ritualismo inútil" no tiene importancia para este caso. No existe procedimiento ordinario alguno precedido por un trámite administrativo que luego pueda ser dejado de lado, a fuerza de afirmar que constituye un procedimiento "inútil". Como lo indicó el Prof. Mata con franqueza, este remedio "no tiene nada que ver con el procedimiento judicial"<sup>101</sup> y "no reduce el procedimiento judicial"<sup>102</sup>.

171. Los procedimientos de alguna manera complementarios a una acción sometida por un inversor son las acciones posesorias o cuasi posesorias, disponibles para la Concesionaria que ha sido privada de sus bienes, pero no para las Demandantes que pretenden una indemnización por daños y perjuicios, en lugar de recuperar los bienes perdidos. El Prof. Mata testificó que dichas acciones "no tienen nada que ver con los daños y perjuicios"<sup>103</sup>.

172. Por lo tanto, el Prof. Mata reconoció que ninguna de las vías alternativas era adecuada para ser impulsada por un inversor extranjero ante los tribunales internos de la

---

<sup>100</sup> TR-E, Día 1, pág. 107/11-15.

<sup>101</sup> TR-E, Día 1, pág. 102/7 s.

<sup>102</sup> TR-E, Día 1, pág. 102/13.

<sup>103</sup> TR-E, Día 1, pág. 103/18 s.



Argentina. El Experto reconoció el carácter hipotético de las alternativas que el mismo expuso. También admitió que no constituían un procedimiento judicial capaz de fijar una indemnización por daños y perjuicios, como pretenden las Demandantes en la presente controversia. El Tribunal comparte la conclusión del Prof. Mata.

- b) No se puede emitir una decisión de “fondo” en virtud de un juicio sumarísimo o de un proceso abreviado.

173. Las vías mencionadas anteriormente y señaladas por el Prof. Mata en sus dictamen oral y escrito son inadmisibles en lo que respecta al artículo X(2) del TBI, porque contemplan reglas procesales abreviadas que requieren plazos de tramitación muy reducidos, incompatibles con la complejidad inherente a la mayoría de las reclamaciones de inversiones. Esta incompatibilidad procesal fundamental es en particular evidente en la procedimientos relativos a medidas cautelares o en la acción sumarísima<sup>104</sup>. De hecho, el Prof. Mata dictaminó lo siguiente:

“Actuación originaria ante la Corte, acción sumarísima e incluso una demanda ordinaria haciendo uso los jueces de sus facultades instructorias de acuerdo con el artículo 36 del Código Procesal que establece la atribución de simplificar las cuestiones litigiosas y atenuar las medidas probatorias”<sup>105</sup>.

Haciendo mención de las mismas disposiciones, el Prof. Mata confirmó:

“que hay poderosas atribuciones en cabeza de los jueces que permiten arribar a una solución mirando al principio de celeridad”<sup>106</sup>.

“Es deber de los jueces tener esa diligencia destinada a la celeridad y economía en cualquier tipo de juicio”<sup>107</sup>.

Sin embargo, el Experto no dio explicación alguna acerca de como las vías procesales abreviadas iban a proveer una evaluación judicial de una controversia relativa a una inversión como la presente, que requiera mayor debate y prueba. Una decisión “sobre el fondo”, como la que exige el artículo X(3)(a), requiere una evaluación completa de los derechos invocados, bajo pena de circunscribir el análisis de las cuestiones de hecho y de derecho en discusión de un tratamiento superficial que podría afectar la garantía del debido proceso de las partes.

---

<sup>104</sup> Para evaluar dichas acciones, se caracterizan por una tramitación abreviada en plazos y producción de actos y la cuestión debe requerir una consideración judicial marcada por la urgencia. Cf. el Informe del Prof. Mata, párrs. 27-30.

<sup>105</sup> TR-E, Día 1, pág. 119/18-120/2. Mientras que esta afirmación se refiere a las demandas a nivel nacional, se incluyen soluciones similares en el régimen procesal de la Provincia de Buenos Aires; cf. Informe del Prof. Mata, párr. 77.

<sup>106</sup> TR-E, Día 1, pág. 122/3-5.

<sup>107</sup> TR-E, Día 1, pág. 136/2-4.

- c) No se puede emitir una decisión sobre el “fondo” mediante una sentencia declarativa.

174. La cuestión pendiente a abordar es si se puede llegar a una la decisión sobre el fondo de la controversia cuando la resolución solo implicara una sentencia declarativa. La Demandada responde a esta pregunta de manera afirmativa en su Respuesta a las cuestiones planteadas por el Tribunal, cuando se le preguntó si "una acción tendiente a una sentencia declarativa sobre el fondo" cumplía con los requisitos del artículo X(2) del TBI. Una acción en virtud del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación permitirá que un inversor someta un reclamo a los tribunales locales para que se declare que una determinada medida adoptada por el Gobierno o una de sus subdivisiones políticas afecta sus derechos bajo el TBI y que requiere un pronunciamiento judicial sobre la compatibilidad de dicha medida con este último instrumento internacional. No obstante, al explicar con más detalle dicho procedimiento, la Demandada se refiere a situaciones en las cuales los remedios adicionales, como la indemnización por daños y perjuicios, no se habían invocado en ese momento porque los daños derivados de las mismas medidas no se habían configurado al momento de iniciarse la acción ante el juez nacional.

175. Un pedido de acción declarativa cumple con el límite y el objeto del artículo X(2) del TBI, cuando la acción pretende evitar que se configuren los daños. Por ejemplo, cuando un reclamo de sentencia declarativa se presenta antes de que se produzcan los daños a causa de la acción gubernamental impugnada. El Prof. Mata distinguió dos grupos de procedimientos. El primero comprende todos los remedios administrativos y judiciales destinados a prevenir el daño. Y segundo, identificó tres o cuatro procedimientos destinados a la reparación del daño<sup>108</sup>.

176. La tramitación de una causa para prevenir los daños, probablemente bajo la modalidad de una medida cautelar prohibitoria, difiere sustancialmente del caso *sub judice*. Esto no responde a la pregunta de cómo dicha acción declarativa sobre una supuesta violación del TBI podría cumplir con el requisito del artículo X(2) cuando la controversia, como la interpuso la Demandante en la presente, incluye, desde el primer momento del sometimiento de la comunicaciones de la controversia, una reclamación para la indemnización de daños y perjuicios.

177. La acción de amparo para la protección de derechos constitucionales (incluyendo a los tratados) ha sido extensamente citada y comentada como una vía útil con respecto al artículo X(2) y al artículo X(3) del TBI. Dicho procedimientos tiene un carácter meramente declarativo. Conforme a la práctica presentada al Tribunal, no comprende una indemnización o una reparación económica, excepto cuando se ordenó a los bancos

---

<sup>108</sup> TR-E, Día 1, pág. 119/14-120/8, 123/11-15.

devolver a los inversores los dineros que tenían en sus cuentas<sup>109</sup>. El objetivo de esta acción es evitar una lesión y el riesgo de futuros daños. Pero de ninguna manera representa un reclamo de compensación pecuniaria. Por su naturaleza, una medida cautelar funciona en el corto plazo y contempla los parámetros limitados para el desarrollo y la presentación de cuestiones probatorias<sup>110</sup>. El Tribunal no encontró ninguna justificación sustancial de una explicación amplia acerca de la acción de amparo en las declaraciones de la Demandada al respecto, por lo que se deberá explicar nuevamente más adelante. Asimismo, una acción de amparo, si se adoptara conforme al artículo 43 de la Constitución, no puede hacer más que declarar inconstitucional una ley en particular o una norma jurídica o que violan un tratado y, por ende, violan también la Constitución. Dicha declaración no incluye una determinación con respecto a sus efectos sobre la relación jurídica de la controversia en particular.

178. Al describir las acciones declarativas como procedimientos adecuados a los fines del artículo X, aparentemente la Demandada hace una distinción entre el reclamo que establece el petitorio y la “controversia” que representa los hechos operativos de los que surge el reclamo real. No obstante, el tribunal señala que el artículo X del TBI no respalda esta interpretación. La “controversia” mencionada en el párrafo 2 es la “controversia en el sentido del párrafo 1”, y esta definición se mantiene en el párrafo 3. Por lo tanto, es la controversia que sometió la Parte Contratante o el inversor de la otra Parte en un intento para que se logre amigablemente un acuerdo transaccional. Cuando dicha controversia incluye una solicitud de indemnización por daños y perjuicios, como en el presente caso, el reclamo necesariamente se incluye en el objeto de la controversia a someter a los tribunales locales si no se pudo dirimir amigablemente en el plazo de seis meses.

179. El artículo X(2) y el artículo X(3), al mencionar “el fondo de la controversia”, abordan el objeto de la controversia en su totalidad. No hacen referencia a una parte de la controversia únicamente. Si se hubiera referido únicamente a una parte de la controversia, luego del transcurso del proceso de 18 meses ante los tribunales locales en virtud de una acción declarativa, las Demandantes se habrían encontrado en la incómoda situación de tener que reiniciar nuevamente un procedimiento de 6 meses y de 18 meses adicionales para la parte pendiente de la controversia. En resumen, la letra del artículo X no contempla las presentaciones de controversias en partes y, en cualquier caso llevarían a la tramitación de procedimientos redundantes e ineficientes. El artículo X no provee este escenario ni expresa ni implícitamente. En su redacción, la controversia contemplada en este artículo se menciona de forma singular, por lo que no existe sugerencia de ningún tipo de que la demandante deberá someter más de un reclamo a los tribunales locales competentes en diferentes oportunidades. En este caso, la controversia fue articulada por las Demandantes en su sentido más amplio tan pronto como se presentaron las

---

<sup>109</sup> Cf. dictamen del Prof. Mata en la audiencia, TR-E, Día 1, pág. 144/5-15.

<sup>110</sup> Conforme a la explicación del Prof. Mata, es una “vía excepcional, caracterizada por recaudos procesales y debate de carácter mínimo” (Informe, párr. 19).

comunicaciones de la controversia, haciendo énfasis en las pérdidas que sufrieron las Demandantes. Si se le asignará vigor y efecto plenos al artículo X(2), se deberá someter la totalidad de la controversia a los Tribunales argentinos para emitir una decisión sobre el “fondo”.

180. El Tribunal del caso *Wintershall* señaló, sin extenderse demasiado sobre la cuestión, que la regla de los 18 meses del TBI Argentina-Alemania no menciona el tipo de reparación que se debería tratar de obtener en los tribunales locales. El Tribunal también señaló que el TBI no exige que la reparación sea igual o similar a la que se pretenda en el arbitraje internacional<sup>111</sup>. Esta disposición general puede resultar adecuada en cierta medida, únicamente porque los requisitos procesales pueden provocar que la reparación que se pretenda ante el tribunal local difiera de la solicitud ante el tribunal arbitral. Pero esta afirmación no es un punto decisivo. El concepto clave del artículo X del TBI es la “controversia”, no la reparación solicitada. No existe indicación alguna de que el inversor no debería tener derecho a presentar “toda” la controversia ante los tribunales locales. Por lo tanto, el Tribunal del caso *Wintershall* señaló adecuadamente que la regla de los 18 meses se basó en la presentación de “*toda la diferencia* para su resolución por los tribunales locales”<sup>112</sup>.

181. Igualmente, se puede marcar una diferencia entre la “controversia” y el reclamo o la pretensión. El artículo X del TBI no exige que se deba presentar la misma pretensión ante el tribunal local y el tribunal arbitral internacional subsiguiente. Como estableció el Tribunal del caso *Maffezini*, si bien puede haber surgido una controversia, ésta no necesariamente tiene que coincidir con la presentación de una reclamación formal<sup>113</sup>. También se señaló que el reclamo sometido al tribunal local no necesariamente debe alegar un incumplimiento del TBI. Es suficiente que la diferencia guarde relación con una inversión efectuada bajo el TBI. La reclamación ante los tribunales locales debe ser “idéntica en su extensión” a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBI<sup>114</sup>. La naturaleza de la “controversia” sometida a los tribunales locales puede ser amplia. De hecho, el objeto de la interposición de una acción judicial es brindar a los tribunales locales una oportunidad para determinar una reparación que evite un arbitraje internacional. Para alcanzar dicho resultado, no es necesario que los tribunales locales resuelvan el reclamo dentro del límite de tiempo del TBI. Lo que se requiere es que la pretensión a resolver a nivel local tenga una naturaleza tal que permita una resolución de la controversia con las mismas características que habría tenido si el reclamo se hubiera sometido a arbitraje internacional en virtud del TBI. Como estableció el Tribunal del caso *Wintershall*, debe ser posible someter “toda la diferencia” a los tribunales locales.

---

<sup>111</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párrs. 118 y 196.

<sup>112</sup> *Id.*, No. 160(2, *in fine*), énfasis añadido.

<sup>113</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, *Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción* del 25 de enero de 2000, párr. 97.

<sup>114</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/97/3, *Decisión sobre la Anulación* del 3 de julio de 2002, párr. 55.

182. Este Tribunal concluye que, en la medida en que la controversia alegada por una Parte pretenda solicitar una indemnización por daños y perjuicios, además de el reclamo de una declaración con respecto a una supuesta violación del TBI, ambas categorías de reclamos formarán parte de la misma controversia. Cuando el inversor deba cumplir con la obligación de someter la controversia a los tribunales locales conforme al artículo X, este requisito únicamente podrá cumplirse cuando ambas reclamaciones, tanto la declarativa como la de daños compensatorios, puedan someterse a los tribunales locales del Estado receptor. Esta condición no exige necesariamente que el mismo tribunal tenga que entender en ambas reclamaciones, siempre y cuando se pueda esperar razonablemente que se respetará el período de 18 meses.

d) ¿Qué otros *fueros* están disponibles para someter un reclamo para la indemnización por daños y perjuicios?

183. Cuando se le preguntó acerca de los diferentes remedios enumerados en su Informe en virtud de los requisitos del artículo X(2), el Prof. Mata reconoció que con el fin de que se dicte una sentencia que condene a indemnizar por daños y perjuicios emitida por los tribunales argentinos, únicamente la vía del juicio sumarísimo estaría disponible<sup>115</sup>. Y agregó una demanda directa ante la Corte Suprema con expresa invocación del TBI<sup>116</sup>. También señaló lo siguiente: “Quizás pudiera obtenerse una medida precautoria”<sup>117</sup>, y agregó: “Pero en rigor considero que las vías más aptas para la obtención de una indemnización en este aspecto, serían las dos que he mencionado primero”<sup>118</sup>.

184. Cuando se lo invitó a comentar sobre la cuestión de la medida cautelar (medidas precautorias), el Prof. Mata primero describió la situación en la que dicha medida tendría carácter preventivo por la cual los tribunales estarían sujetos a emitir una decisión, pero también admitió dicha medida está sujeta a al reconocimiento final de la demanda por parte del Tribunal Judicial<sup>119</sup>. En todo caso, dicha medida debería estar seguida por una demanda sobre la cuestión de fondo.

185. En segundo lugar, otra alternativa, según el Prof. Mata, sería plantear la medida precautoria de modo autónomo dentro del período de 18 meses<sup>120</sup>. Con respecto a la posibilidad de una decisión sobre el fondo en materia de daños y perjuicios, el Prof. Mata dijo “me remito a las vías abreviadas”<sup>121</sup>. Esta alternativa no se debe interpretar como un

<sup>115</sup> TR-E, Día 1, pág. 92/6-93/9.

<sup>116</sup> TR-E, Día 1, pág. 92/19-93/9.

<sup>117</sup> TR-E, Día 1, pág. 93/15-19.

<sup>118</sup> TR-E, Día 1, pág. 93/20-22.

<sup>119</sup> Cf. TR-E, Día 1, págs. 94/18-95/18.

<sup>120</sup> TR-E, Día 1, pág. 95/18-96/5.

<sup>121</sup> TR-E, Día 1, pág. 96/5-8. Véase también el Informe del Prof. Mata, párrs. 27-30.

tipo de medida provisional, sino como una acción sumarísima que permitiría, según el Prof. Mata, “que el juez argentino debería atenerse primariamente a los términos del tratado y procurar una vía acelerada”<sup>122</sup>.

186. El Prof. Mata reconoció que su Informe no se centraba exclusivamente en la cuestión de los daños y perjuicios:

“El repertorio de procedimientos que incluí en mi informe no estaba pensado exclusivamente para los daños y perjuicios sino para todos los medios procesales posibles conque cuenta un inversor extranjero en la protección de sus derechos”<sup>123</sup>.

187. Al solicitarse que identifique las vías que permitirán que los tribunales resuelvan un reclamo por daños, el Prof. Mata dictaminó lo siguiente:

“En decisión definitiva las tres que ha señalado: acción sumarísima, demanda originaria ante la Corte, e inclusive juicio ordinario con especial planteo de la necesidad de pronunciarse en el plazo de 18 meses.  
Con respecto a las otras vías, son para prevenir el daño. Pero en ellas, come per ejemplo en el amparo, puede obtenerse una medida precautoria con fijación provisoria del daño”<sup>124</sup>.

188. Los supuestos en los que cabe la acción sumarísima son los previstos en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, los cuales requieren un fundamento jurídico que permita impulsar un reclamo en virtud de esta disposición. Al respecto, el Prof. Mata mencionó el artículo del TBI que se refiere al artículo 18, y dijo que “lo que de ninguna manera estaría indicando una vía acelerada para resolverlo... daños y perjuicios”<sup>125</sup>. No obstante, el Prof. Mata se vio obligado a admitir que el TBI no obliga a los Tribunales argentinos a resolver en el plazo de 18 meses ni requiere que esa decisión sobre el fondo verse sobre daños y perjuicios<sup>126</sup>. Por lo tanto, el artículo X del TBI no puede constituir una base para requerir que los tribunales locales del Estado receptor actúen a través de un proceso abreviado o sumarísimo. El Tribunal debe concluir que la prueba es extremadamente débil para respaldar la posición de que era probable que los reclamos sometidos por las Demandantes, tal como se determinaron inicialmente en las comunicaciones de la controversia, hubieran sido resueltos en cuanto al fondo mediante un juicio sumarísimo. Asimismo, se reafirma esta conclusión al considerar la naturaleza y la complejidad de un reclamo en virtud del TBI y la garantía fundamental del inversor de que su acción será procesada en consonancia con el debido proceso. Al insistir que los tribunales argentinos estaban previstos de los medios necesarios para abreviar un procedimiento, el Prof. Mata omitió examinar si dicha postura era compatible

---

<sup>122</sup> TR-E, Día 1, pág. 97/4-6.

<sup>123</sup> TR-E, Día 1, pág. 104/16-20.

<sup>124</sup> TR-E, Día 1, pág. 124/10-18.

<sup>125</sup> TR-E, Día 1, pág. 99/5-9.

<sup>126</sup> TR-E, Día 1, pág. 99/10-18.

con el requisito de un procedimiento apropiado y justo de casos complejos que comprenden el derecho internacional de las inversiones<sup>127</sup>.

189. Cuando el Prof. Mata mencionó la “demanda originaria ante la Corte”<sup>128</sup>, debe haber querido mencionar una acción directa sometida a la Corte Suprema en virtud del artículo 117 de la Constitución<sup>129</sup>. Esta disposición surge del artículo 116, que prevé los casos en los que la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción en las cuestiones planteadas “por los tratados con las naciones extranjeras”. En virtud de la primera parte de artículo 117, la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación en dichos asuntos. Una apelación de un reclamo relativo a una inversión ante la Corte Suprema no constituye un remedio en virtud del artículo X(2) del TBI. No obstante, la segunda parte del artículo 117 incluye la siguiente excepción:

“pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese Parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

Al abordar la cuestión, el Prof. Mata agregó que “más aun, a los procedimientos que señalé en mi informé” y explicó lo siguiente:

“El artículo 117 de la Constitución Nacional permite demandas originarias cuando es Parte una provincia o un extranjero, y éste sería un camino también posible, que a mi entender nunca ha sido recorrido, como para obtener del más Alto Tribunal de la República y en única instancia la satisfacción del reclamo a que se siente acreedor un inversor extranjero”<sup>130</sup>.

190. Esta afirmación es clara, al igual que el artículo 117 de la Constitución cuando establece que del lado del soberano, solo una provincia puede ser parte del procedimiento. Dicha acción directa ante la Corte Suprema no puede involucrar al Estado. No obstante, precisamente lo que pretende el artículo X(2) es la participación del Estado. El expediente del Tribunal carece de toda prueba sobre la base de precedentes en los que el inversor inicialmente sometió un reclamo ante los tribunales argentinos como condición para someterlo con posterioridad al tribunal arbitral internacional. El dictamen del Prof. Mata está ampliamente de acuerdo con la interpretación del Tribunal de las pruebas sometidas:

---

<sup>127</sup> El Informe del Prof. Mata no contempla la controversia de la manera en la que se sometió ante este Tribunal en relación con las vías procesales abreviadas del Derecho argentino. En virtud de esta afirmación sobre el objeto del Informe (párr. 2), el Experto dijo que no se solicitó que efectuara este análisis.

<sup>128</sup> TR-E, Día 1, pág. 124/11 s., 145/18-22.

<sup>129</sup> Véase también el dictamen del Prof. Mata, TR-E, Día 1, pág. 93/5-9.

<sup>130</sup> TR-E, Día 1, pág. 71/10-19. Véase también, aunque sea una afirmación menos clara, en TR-E, Día 1, pág. 146/19 s., cuando afirma que “habría que demandar a la provincia y al Estado nacional ante la Corte”.

“Lamentablemente, en la experiencia judicial de Argentina no existe esto tipo de reclamo directo por los inversores ante la Justicia argentina”<sup>131</sup>.

El Tribunal concluye que una acción de este tipo ante la Corte Suprema no es un remedio capaz de satisfacer los requisitos del artículo X. Una acción ordinaria ante un tribunal local competente es el único remedio que un inversor extranjero tiene disponible para someter un reclamo contra la República Argentina, si pretende cumplir con la condición jurisdiccional del tribunal local en virtud del TBI. Por lo tanto, la cuestión a resolver es si existe la posibilidad de que dicha acción se resuelva dentro de 18 meses para cumplir con el artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI.

e) El requisito de los 18 meses con respecto a un procedimiento judicial ordinario

191. No se discute que el artículo X(3)(a) no requiere que el tribunal competente al que se somete la controversia relativa a una inversión emita una decisión sobre el fondo antes de los 18 meses. Esta disposición está confirmada. Lo único que establece la regla es que si no se emite una resolución dentro de ese período, cualquiera de las Partes (demandante o demandada) puede someter la controversia a un tribunal arbitral internacional. Existe incertidumbre cuando la cuestión es reformulada como si dicha resolución sobre el fondo cumpliría con la regla de los 18 meses cuando se trate de una apelación. El Tribunal se inclina a seguir la interpretación de la Demandada acerca de que la regla de los 18 meses solamente se refiere a una sentencia sobre el fondo emitida por un juez de primera instancia, como un límite que se hace extensivo al recurso de apelación que posiblemente incluiría la aclaración adecuada<sup>132</sup>. Con respecto a esta estrecha afirmación, el Tribunal confirma la interpretación del Tribunal del caso *Maffezini*<sup>133</sup>. En todo caso, que una decisión local sea "final" significa que, por si misma, no es dispositiva. De hecho, el artículo X(3)(a) establece que la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional cuando esta aún "subsista" entre las Partes, aunque se haya emitido una decisión sobre el fondo a nivel local. En otras palabras, la decisión de un tribunal local no tiene efecto de cosa juzgada sobre un tribunal arbitral, a pesar de que se cumpla con el test que podría de una u otra manera provocar la aplicación del efecto de cosa juzgada en virtud del derecho local del Estado receptor<sup>134</sup>.

192. Esta regla incluye un elemento adicional como consecuencia de este caso. El procedimiento a impulsar cuando la controversia se somete a un tribunal local competente deberá tener una naturaleza tal que permita la emisión de una decisión sobre el fondo dentro de 18 meses. Si no se puede esperar razonablemente un resultado de este

<sup>131</sup> TR-E, Día 1, pág. 141/1-4.

<sup>132</sup> Cf. TR-E, Día 1, págs. 168/18-169/5.

<sup>133</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, *Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción* del 25 de enero de 2000, párr. 28.

<sup>134</sup> Cf. *Id.*, párrs. 27, 29, 33.



tipo, dicho procedimiento carecería de importancia porque, transcurrido el plazo de 18 meses, el inversor tendría la posibilidad de someter su reclamo a arbitraje internacional. Es altamente probable que un inversor proceda de esta manera cuando el tribunal local no emita una resolución. Por lo tanto, como norma, el requisito del artículo X(2) solo puede imponer una obligación al inversor, siempre y cuando el Estado receptor tenga la posibilidad de cumplir con su obligación de poner a disponibilidad un tribunal competente capaz de cumplir el objetivo de emitir una decisión sobre el fondo dentro de 18 meses.

193. No obstante, esta afirmación debe estar seguida de la interpretación enunciada anteriormente en virtud de la cual el artículo X(3) no establece un requisito que obligue a los tribunales locales a emitir una decisión sobre el fondo dentro de los 18 meses. La letra clara del artículo X(3)(a), que da lugar al arbitraje internacional "cuando" no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos 18 meses, claramente contempla la posibilidad de que los tribunales locales no dejen de lado la controversia dentro de ese marco temporal<sup>135</sup>. Por lo tanto, la interpretación correcta es que el mecanismo establecido en el artículo X(2) y el artículo X(3) únicamente es exigible para el inversor, en la medida en que el inversor no puede prescindir de someter la controversia al tribunal competente del Estado receptor, que, a su vez, funciona conforme a las reglas y las condiciones de funcionamiento que, bajo circunstancias razonables y dada la complejidad de una controversia relativa a una inversión, pueden emitir una decisión sobre el fondo dentro del período de 18 meses. Si, por el contrario, no existiera posibilidad alguna de que, incluso bajo las circunstancias más favorables, se prevea una decisión sobre el fondo, incluso en la primera instancia, el requisito del artículo X(2) y del artículo X(3)(a) quedaría vacío de contenido y de efecto útil ("effet utile"). Si el escenario anterior es previsible para el inversor, no tendría sentido alguno impulsar un procedimiento que aparentemente exigirá la presentación de pruebas y extensos escritos. Al respecto, el procedimiento mismo sería inconsecuente y el tiempo transcurrido sería similar al del período de espera. Incluso la Demandada admitió que no se pretendía que el objetivo de las disposiciones del artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI se considere un período de espera.

194. La cuestión que el Tribunal considera que debe abordarse en este punto difiere de la afirmación *a priori* de que el requisito de recurrir a los tribunales locales es "inútil" – para usar el término empleado por el Tribunal en el caso *Hochtief*<sup>136</sup> – o carece de utilidad. Más bien, el Tribunal pretende determinar la aplicación del texto del artículo X(2) y el artículo X(3) del Tratado, que contempla la disponibilidad de un tribunal competente del Estado receptor que, ante el sometimiento de la controversia, sea capaz

---

<sup>135</sup> Según se observó en el caso *Siemens A.G. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párr. 104, la regla no requiere una decisión final de los tribunales, ni siquiera requiere una decisión previa de un tribunal de cualquier instancia. Simplemente requiere el paso del tiempo o que la controversia persista después de que un tribunal haya tomado una decisión.

<sup>136</sup> *Hochtief, AG c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de octubre de 2011, párr. 51.

de emitir una decisión sobre el fondo de esa controversia dentro de 18 meses. La cuestión de si ese tribunal existe la deberá determinar el Tribunal, sobre la base de las pruebas que le han presentado. Por lo tanto, el principio de la efectividad o efecto útil (“*effet utile*”) ordena que se aplique este requisito y no contempla la posibilidad de desestimarlos. Con esta aclaración en mente, ahora se procede a analizar las pruebas.

195. Con respecto a los remedios disponibles para una indemnización por daños y perjuicios, el Prof. Mata reconoció que “no tenemos experiencias de reclamos por daños y perjuicios de los inversores extranjeros ante la Justicia Argentina”<sup>137</sup> La Demandada también reconoció lo siguiente:

“... es cierto que no hubo ningún caso de un inversor que haya traído un caso bajo un TBI para cumplir con este requisito”<sup>138</sup>.

Por lo tanto, el debate sobre la presentación de un reclamo relativo a una inversión ante los tribunales locales resulta meramente teórico.

196. El tribunal considera que las Demandantes han presentado pruebas importantes conforme a los resultados de un estudio estadístico efectuado por la Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina. En efecto, el Sr. Rosatti hizo mención de este estudio cuando ejerció el cargo de Procurador General de la República Argentina. El estudio se realizó sobre un universo de 1600 juicios que tuvieron al Estado Nacional como demandado, presentados entre 1985 y 2000 de naturaleza y complejidad similar a una controversia relativa a una inversión. Este estudio produjo dos afirmaciones importantes. Primero, la duración promedio para la obtención de una sentencia sobre el fondo era de seis años y un mes. Segundo, ningún caso considerado pudo obtener una sentencia de primera instancia sobre el fondo antes de transcurridos los 18 meses. Cabe destacar que estas pruebas son indiscutibles. De hecho, la Demandada no ha presentado excepción alguna al respecto. Asimismo, la Demandada no ha cuestionado la base fáctica o cualquier presunción sobre la cual se fundó el estudio. La Demandada tampoco presentó excepción alguna en cuanto a la metodología, el contenido, las conclusiones o la calidad del estudio. Al respecto, la Demandada no ofreció un estudio o análisis más actualizado que, de alguna manera, mitigue las conclusiones de los casos de 1985 a 2000 con hechos más contemporáneos. En virtud de estas pruebas no controvertidas, el Tribunal no puede llegar a ninguna conclusión más que admitir que la duración promedio de un proceso en el que el Estado sea Parte excede los 18 meses y que es extremadamente excepcional, o prácticamente imposible, concluir un procedimiento que

---

<sup>137</sup> TR-E, Día 1, pág. 94/8-11. A su vez, el Prof. Mata dijo que “en mi experiencia profesional, no conozco que los inversores extranjeros, sobre la base de lo dispuesto en un tratado de inversiones, hayan acudido a la justicia argentina reclamando en los lazos que están establecidos en el tratado para el reclamo ante la justicia local” (TR-E, Día 1, pág. 70/12-18).

<sup>138</sup> TR-E, Día 1, pág. 161/10-12. El procedimiento mencionado (pero que no fue presentado) por las Demandantes en su Respuesta a las Cuestiones planteadas por el tribunal el 20 de marzo de 2012, en el párr. 59, no afecta esta afirmación, porque se reclama una sentencia declarativa y no una indemnización.

involucre una controversia relativa a una inversión, incluso en primera instancia, dentro del plazo de 18 meses.

197. El tribunal analizó los juicios presentados por la Demandada con el fin de demostrar que los tribunales argentinos pueden resolver controversias como la presente dentro de 18 meses. El análisis propio del Tribunal no llega a la misma conclusión. En la mayoría de las copias de los juicios originales no estaba especificada la fecha de presentación de la demanda. En efecto, la Demandada mencionó dichas fechas en el resumen en inglés, pero no ofreció documentación sustentatoria alguna. Tres de los noventa casos incluidos en dicho resumen se excedieron de los 18 meses<sup>139</sup>. En cuatro casos, la demanda fue declarada irrelevante, y en otros cuatro casos, fue admitida por la Demandada. Por consiguiente, estos casos carecen de utilidad para respaldar el argumento de la Demandada. El único caso que tenía relación con un reclamo de daños resultó ser irrelevante. Ese proceso se prolongó por más de 16 meses. La demanda involucró una controversia sobre una diferencia en el cálculo del pago de una indemnización. Con el tiempo, el caso fue desestimado<sup>140</sup>.

198. Un importante número de sentencias tienen como objeto medidas precautorias, protección de información, empleos públicos, apelaciones y acciones de amparo por demora y ninguno puede compararse con los procedimientos diseñados para obtener una (i) "decisión sobre el fondo" (ii) en una controversia relativa a una inversión conforme al artículo X del TBI. Más de la mitad de los juicios presentados eran acciones de amparo sobre una gran variedad de situaciones, la mayor parte involucraba solicitudes de aplicación o regulación de leyes y solicitudes para declarar determinados estatutos inconstitucionales. Ninguno de estos casos es comparable con la acción *sub judice*. Ninguno de los juicios de amparo se vinculan con violaciones de tratados internacionales o algún TBI. En ningún momento la Demandada ha afirmado que los casos presentados eran comparables, por su complejidad, con el caso sometido a este Tribunal. En contradicción con las amplias afirmaciones de la Demandada, sin prueba sustentatoria alguna sometida al Tribunal, los juicios presentados confirman, de hecho, que no existen pruebas que permitan que el Tribunal infiera razonablemente que existe la posibilidad de que una acción se resuelva de conformidad con la regla de los 18 meses. Por el contrario, el expediente respalda la alegación de las Demandantes de que esto no es posible. El Tribunal concuerda con las Demandantes en este punto y sostiene esta postura.

199. Asimismo, el Tribunal tiene a su disposición la experiencia de la demanda interpuesta por AGBA en 2006. Si bien la Demandada alega que estos procedimientos no tienen relevancia como referencia con la disposición del presente procedimiento arbitral, no puede negar que representan un punto de comparación. La acción interpuesta por AGBA el 4 de diciembre de 2006 ante el Juzgado de Primera Instancia de lo Contencioso

---

<sup>139</sup> No. 3, 31, 32.

<sup>140</sup> No. 53.

Administrativo de La Plata No. 2, planteó asimismo una acción de nulidad frente al Decreto 1666/06 que ordenó la rescisión del Contrato de Concesión. La acción pretendía una sentencia declarativa porque las pretensiones que buscaban una indemnización por daños y perjuicios se reservaron para una resolución posterior. En el transcurso de *cinco años* y a pesar del alcance limitado de dicho procedimiento, la acción continúa pendiente de resolución. La Demandada no presentó excepción alguna a ésta premisa fáctica ni pretendió demostrar que éste procedimiento era en todo aspecto excepcional y que, por lo tanto, prácticamente no representaba la práctica usual. Este ejemplo próximo demuestra que un procedimiento que se extienda por cinco años no puede considerarse extraordinario o, de alguna manera, excepcional.

200. En virtud de la ineficacia de las avías alternativas propuestas por la Demandada y dictaminadas por el Prof. Mata en su Informe, junto con la falta de pruebas que refuten los resultados arribados en virtud del estudio llevado a cabo por la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina (específicamente mencionado en el artículo del Sr. Rosatti), el Tribunal debe concluir que la República Argentina no tomó medida alguna para ofrecer juicios impulsados en los tribunales locales capaces, como mínimo, de cumplir con los requisitos del artículo X(2) y del artículo X(3) del TBI.

201. Un tema adicional demuestra la falta del debido proceso de las controversias relativas a inversiones de los tribunales de la República Argentina. Las acciones en las que se busca compensaciones por daños y perjuicios podrían estar sujetas a una tasa del 3 %, como lo indicó el Prof. Mata<sup>141</sup>, lo que resultaría en una suma de 6,3 millones de dólares, sobre la base del monto del reclamo formulado ante este Tribunal<sup>142</sup>. El inversor deberá pagar esa tasa si la sentencia del Tribunal argentino le resultó adversa<sup>143</sup>. El Prof. Mata agrega que el impuesto de justicia formaría parte del reclamo del inversor ante un tribunal internacional<sup>144</sup>. No obstante, esta afirmación no es evidente del todo, dado que dicho reclamo no encuentra fundamento jurídico alguno en ninguna de las disposiciones del TBI. Asimismo, al efectuarse la pregunta con respecto a la imposición de las costas, en el caso de que al vencimiento de los 18 meses no hubiere sentencia, el Prof. Mata dictaminó que no hay norma legal al respecto<sup>145</sup>. La cuestión de la imposición de las costas no fue regulada en los casos específicos determinados por un TBI que contemple la regla de los 18 meses. La falta de regulación también confirma que la República Argentina misma no dispuso de un marco jurídico apropiado para tratar los reclamos sometidos a sus tribunales locales en virtud del artículo X(2) del TBI.

---

<sup>141</sup> Cf. Informe del Prof. Mata párr. 71, TR-E, Día 1, págs. 108/14-109/4.

<sup>142</sup> TR-E, Día 1, págs. 108/21-109/4.

<sup>143</sup> Prof. Mata, TR-E, Día 1, pág. 127/9-13.

<sup>144</sup> TR-E, Día 1, págs. 127/12-14, 134/20-135/3.

<sup>145</sup> TR-E, Día 1, págs. 134/9-13, 135/9.

#### 4. *Conclusión*

202. En virtud de las conclusiones arribadas anteriormente, parece claro que ninguna de las vías alternativas disponibles para litigar ante los tribunales locales de la República Argentina, según las enumeró la Demandada y las confirmó el Prof. Mata, son adecuadas para cumplir con los requisitos del artículo X(2) y del artículo X(3) del TBI. Una controversia entre un inversor y un Estado ante los tribunales de la Argentina lejos excedería el plazo de 18 meses estipulado por el artículo X(3) del TBI con el fin de lograr una "decisión sobre el fondo". Un procedimiento que bajo ningún punto de vista pueda cumplir con ese objetivo es inútil e injusto para el inversor. Las Demandantes no tenían obligación alguna de someterse a un "procedimiento" de tal naturaleza en virtud de las disposiciones del artículo X(2) y el artículo X(3) del TBI. Esta conclusión encuentra sustento en el derecho interno de la República Argentina, en virtud del cual las Demandantes en ningún caso carecerán de legitimación activa ante los tribunales locales de la República, porque su reclamo contempla derechos cuya titularidad, aparentemente, corresponde a AGBA y no a sus accionistas. Se deberá evaluar esta cuestión bajo la segunda excepción de la República Argentina a la competencia del Tribunal.

203. En virtud de la conclusión anterior, no es necesario examinar si la cláusula de la Nación Más Favorecida (cláusula de NMF) incluida en el artículo IV(2) del TBI se aplica en la presente controversia. Dado que no se exigió que las Demandantes cumplan con la regla de los 18 meses conforme a los hechos presentados al Tribunal, la cuestión de la aplicabilidad de la cláusula de NMF resulta irrelevante.

### **III. La segunda excepción de la Demandada: Las Demandantes no tienen legitimación activa para demandar por derechos cuya titularidad corresponde a otra persona.**

#### 1. *La posición de la Demandada*

204. La Demandada solicita al Tribunal que desestime el reclamo de las Demandantes dado que las acciones indirectas o derivadas no han sido contemplada ni por el derecho internacional general, ni por el TBI Argentina-España, ni por el Convenio CIADI ni por el Derecho argentino. La Demandada observa que las Demandantes han manifestado que tanto URBASER como CABB son titulares de acciones de AGBA. Estas Partes alegan una serie de supuestos de incumplimiento del marco regulatorio. También reconocen la naturaleza contractual de la relación jurídica en cuyo marco las Demandantes formulan su reclamo. Al mismo tiempo reconocen expresamente que su inversión en la República Argentina consiste en acciones en AGBA. La inversión de las Demandantes se limita exclusivamente a sus acciones en AGBA y su reclamo debe necesariamente circunscribirse a la protección de los derechos que emanan de dichas acciones. Los

derechos que pretenden defender no pertenecen a las Demandantes, pertenecen a AGBA. No son Parte del Contrato de Concesión.

205. La Demandada también señala que las Demandantes afirman que la inversión no consiste en una mera participación accionaria en AGBA. Específicamente, la Demandada afirma que las Demandantes fallan al no identificar ésta parte adicional de la inversión, simplemente porque ella no existe. Las Demandantes sólo se quejan, de manera que el argumento continúa sobre una serie de pautas y lineamientos establecidos por el gobierno de la provincia de Buenos Aires. Pero las condiciones resultantes no fueron impuestas a las Demandantes. La compra de las acciones y los compromisos inherentes fueron actos libremente realizados. Nadie obligó a participar a los oferentes. Las Demandantes conocían y aceptaron los requisitos y las obligaciones para participar en esa Concesión.

206. Las Demandantes afirman que su inversión consistió en su participación accionaria en AGBA y que no estaban afirmando sus derechos como accionistas. Los derechos de las Demandantes como inversores españoles persisten. Pero solo pueden invocar sus propios derechos. Las Demandantes intentan disfrazar su reclamo como si fuera un "reclamo bajo el Tratado" cuando es un reclamo contractual sobre el que este Tribunal no tiene competencia. La Demandada ha confeccionado una lista de los derechos cuya violación reclaman las Demandantes y ha demostrado que todos ellos pertenecen a AGBA. Lo único que han hecho las Demandantes a fin de demostrar que estos son reclamos bajo el Tratado es citar las disposiciones del TBI. Esto no es suficiente. Las Demandantes únicamente han sometido reclamos contractuales que se relaciona exclusivamente con el Contrato de Concesión de AGBA. Por ser reclamos relativos a un Contrato de Concesión en el cual las Demandantes no son Parte y que tiene una cláusula de foro específicamente negociada, este Tribunal no podría tener competencia sobre ellos. El caso sometido ante un Tribunal CIADI en *Impregilo* es casi idéntico al presente caso<sup>146</sup>. En dicho caso la excepción de jurisdicción relativa a los reclamos contractuales había sido admitida. El Tribunal de *Impregilo* entendió que no existían elementos que involucrasen la responsabilidad de Argentina en virtud del TBI, ni ha podido encontrar pruebas que demuestren la existencia de un patrón de conducta de los organismos del Estado cuya intención fuera perjudicar a *Impregilo* en su calidad de inversor.

207. La Demandada alega que las Demandantes están ignorando el derecho internacional general que ha excluido de la jurisdicción internacional las disputas legales cuya base esencial de reclamación sea el cumplimiento de contratos. Una serie de laudos han reafirmado este principio en el contexto de arbitraje internacional. La responsabilidad del Estado por incumplimiento de derecho internacional es diferente de la responsabilidad del Estado por incumplimiento de contratos.

---

<sup>146</sup> Cf. *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011.

208. La Demandada interpreta que la posición de las Demandantes ignora uno de los principios generales del derecho más reconocido y consolidado a nivel universal. Todos los sistemas legales realizan una distinción entre la sociedad y sus accionistas. En cualquier caso de que se afecte a un derecho de la sociedad por parte de un tercero, es la sociedad, y no los accionistas, los que la ley entiende como parte afectada. Las Demandantes reclaman por una supuesta violación de derechos cuya titularidad recae en AGBA. Sin embargo, las Demandantes tienen una existencia separada de AGBA. Las Demandantes no se encuentran legitimadas para subrogarse en el ejercicio de derechos de AGBA cuya participación accionaria detentan.

209. El derecho internacional general no permite las acciones indirectas. Los derechos invocados deben estar claramente conferidos a aquellos que los reclaman. Las Demandantes no se encuentran investidas con los derechos que ellas reclaman porque dichos derechos pertenecen a AGBA. Los accionistas de una sociedad no pueden reclamar por supuestas afectaciones a derechos que han sido investidos a la sociedad, de la cual ellos sólo poseen acciones. Las Demandantes sólo se encuentran habilitadas para interponer reclamaciones por afectaciones directas a sus derechos específicos. Si este principio no fuera cierto, entonces ciertos accionistas podrían estar tomando ventaja de los potenciales beneficios de las acciones derivativas, en detrimento de otros accionistas.

210. La Demandada explica que esta cuestión fue contemplada en el caso *Barcelona Traction* ante la Corte Internacional de Justicia. Aun cuando el caso *Barcelona Traction* se refiera a una reclamación de protección diplomática, la Demandada señala que dicho precedente es aplicable a la presente controversia. Asumiendo que una distinción entre la protección diplomática y la protección a las inversiones se encuentra garantizada, no involucra relación alguna con los derechos que pueden ser alegados. Los accionistas solo pueden reclamar por los derechos que les son propios como accionistas bajo el derecho local. Los tribunales internacionales no tienen competencia sobre tales derechos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha rechazado la admisibilidad de las acciones indirectas. Los accionistas solo pueden efectuar reclamos indirectos cuando, en un caso en particular, los reclamos tienen como fuente una norma expresa que los permite. En el derecho internacional, los reclamos indirectos o derivados *prima facie* no están permitidos. Se podría permitir su interposición, sin embargo, tal inclusión constituye una excepción.

211. La naturaleza extraordinaria de tales reclamos es reconocida en el contexto del TLCAN, en el artículo 1117. Algunos TBI incluyen disposiciones similares. Tal regla podrá permitir a las Demandantes invocar su control indirecto para reclamar por los derechos de AGBA. Nada de ello se encuentra estipulado en el TBI Argentina-España. Este TBI no contempla la posibilidad de modificar *sub silentio* los principios del derecho corporativo del Estado receptor. Si bien el TBI protege a los accionistas, esta protección no significa que los accionistas puedan reclamar por derechos que no le pertenecen. En

ningún lugar el TBI Argentina-España dice que pretende modificar la titularidad de los derechos supuestamente protegidos. El sólo hecho de que el TBI involucre la tenencia de acciones en sociedades como una inversión protegida no puede significar que se está reescribiendo todo el derecho corporativo de ambos Estados, de manera que se permita a los accionistas invocar los derechos de las sociedades en las que poseen participación accionaria.

212. La Demandada también observa que el Convenio CIADI no permite los reclamos indirectos o derivados. El ámbito de aplicación del artículo 25 no puede ser modificado por las Partes. Esta cuestión se consideró durante el proceso de negociaciones del Convenio, dado que muchos inversores operan a través de sociedades locales. Empero, la posibilidad de otorgarles a los accionistas controlantes de sociedades locales acceso directo al sistema del CIADI fue rechazado. En su lugar se incluyó el Artículo 25(2)(b) en el Convenio, que contempla una excepción en el caso de sociedades locales, controladas por un propietario extranjero, para evitar que los inversores queden desprotegidos. Si se hubiera hecho lugar al reclamo de las Demandantes, esta disposición habría sido inútil.

213. En virtud de la disposición mencionada, la sociedad local tiene legitimación activa si está sujeta a control extranjero. Esta disposición no puede ser privada de significado. Los reclamos indirectos son contrarios al Convenio CIADI. Las Demandantes niegan que esta disposición sea la base de su reclamo y alegan que la redacción actual del artículo no tiene por finalidad excluir la posibilidad de acceso directo al arbitraje de los accionistas. Esto no fue, en ningún momento, sostenido por la Demandada. Los accionistas no pueden reclamar los derechos de las sociedades en las que poseen participación y el artículo 25(2)(b) no prevé tal autorización.

214. El TBI Argentina-España no protege a los inversores extranjeros que poseen una participación indirecta en las sociedades sobre las cuales se fundamenta el reclamo. El contenido de las inversiones extranjeras estará determinado por las leyes del Estado receptor. El artículo I(2) del TBI incluye solo bienes y derechos adquiridos por los inversores extranjeros. El TBI no permite los reclamos indirectos. Las Demandantes sólo podrán basarse en derechos de los que son titulares directos. El TBI solo menciona las acciones y otras formas de participación en sociedades. No coloca bajo su protección a los meros intereses que pueda tener un accionista sobre las sociedades en las que participa indirectamente. Según la Demandada, el reclamo indirecto de las Demandantes no se encuentra fundamentado en derechos sino en un mero interés de estas últimas sobre AGBA. La República Argentina no adoptó ninguna medida que menoscabara los derechos que como accionistas poseían URBASER y CABB sobre AGBA. Las Demandantes continúan insistiendo en reclamar por derechos cuya titularidad no poseen, la verdadera titular de tales derechos es AGBA. El TBI no considera como inversiones a las tenencias accionarias indirectas, ni a las sociedades controladas o de propiedad de



extranjeros, ni a los intereses en sociedades. Las Demandantes se limitaron a referirse a casos que no son relevantes o cuyos TBI aplicables incorporan el término "indirecto" en su definición. La jurisprudencia del CIADI invocada por las Demandantes no es pertinente o ha sido emitida por TBI que protege expresamente a los accionistas indirectos y a sus intereses en las sociedades. El TBI establece expresamente lo siguiente: "El contenido y alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de haberes estarán determinados por las leyes y reglamentaciones de la Parte en cuyo territorio esté situada la inversión". (Art. I[2.2]). Las Demandantes reclaman por los derechos que tendría AGBA, los que serían derivados en tanto se tratan de peticiones de derechos que poseería un tercero que no participa en este arbitraje. Ni el Convenio CIADI ni el TBI aplicable prevé este tipo de acciones.

215. La Demandada también alega que URBASER posee una tenencia accionaria indirecta en AGBA a través de Urbaser Argentina S.A. El TBI no prevé las participaciones indirectas o a los accionistas indirectos como inversiones protegidas bajo el TBI.

216. El Derecho internacional no define el contenido de los derechos de los accionistas. Se debería recurrir al derecho interno, como se estableció en el caso *Barcelona Traction*. La titularidad de las participaciones accionarias de las Demandantes en AGBA las legitima a ejercer los derechos que emanan de la propiedad de tales acciones, conforme al derecho corporativo Argentino. Pero estos derechos no comprenden los derechos de los que AGBA es titular.

217. La relevancia del Derecho argentino surge del Artículo 42 del Convenio CIADI, del artículo I(2) del TBI y de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. El derecho corporativo Argentino contempla un esquema estructural de las sociedades anónimas. El directorio concentra las funciones de administración y de representación de la sociedad anónima. El directorio está legalmente legitimado para interponer cualquier procedimiento que pueda ser apto para proteger los activos de la compañía. Y los procedimientos de las acciones corporativas son parte de los activos de la compañía. Solo la sociedad puede ejercer la defensa de sus propios intereses. No existe en el derecho corporativo Argentino norma jurídica alguna que habilite a un accionista a ejercer un reclamo en representación de la sociedad. La interposición de un reclamo derivado constituye un intento de apropiarse de lo que en todo caso correspondería a la sociedad y, por lo tanto, colisiona directamente con los intereses de otros accionistas y de terceros interesados. La propiedad de participaciones accionarias en AGBA no legitima a las Demandantes a presentar una acción derivada en virtud de la doctrina de la subrogación. Los intereses de las Demandantes, no pueden ser equiparados con los derechos de AGBA. Las Demandantes no interpusieron una acción social en nombre de AGBA, ni una acción individual. La subrogación en derechos de otras personas está vedado bajo el Derecho argentino solo está permitido bajo circunstancias excepcionales. Los reclamos

indirectos no se encuentran contemplados bajo el Derecho argentino. La Demandada presentó el dictamen del Prof. Nissen, que explica con más detalle estos aspectos fundamentales del derecho societario Argentino.

218. La Demandada también alega que el reclamo de las Demandantes se fundamenta en los supuestos incumplimientos contractuales que supuestamente perjudicaron, principalmente, a AGBA. Sin embargo, las Demandantes no pueden ignorar sin más el complejo entramado de relaciones que se genera entre AGBA y terceros, acreedores y deudores de ésta. Los acreedores de AGBA constituyen una categoría de sujetos que poseen un derecho privilegiado sobre los ingresos de cada una de estas sociedades. Sus reclamos se deben satisfacer con el patrimonio de AGBA. Si prosperase el reclamo de las Demandantes, entonces todos los derechos de los acreedores de AGBA se verían menoscabados. Es por ello que, el cobro de los ingresos que reclaman las Demandantes necesariamente debe transitar un proceso en el cual deberá determinarse si existen utilidades netas de la sociedad. Y los accionistas deben decidir si distribuir dividendos con esas utilidades a sus accionistas. El principio de derecho societario que determina el cobro prioritario de acreedores es aplicable a todas las sociedades anónimas que operan en economías de libre mercado. Los tenedores de bonos de nacionalidad argentina también poseen un derecho preferencial. La estrategia de las Demandantes es evitar éstos principios del derecho societario. Si el Tribunal acepta su reclamo, ello implicaría el pago a las Demandantes de ingresos sobre los cuales tienen prioridad los acreedores de AGBA. Ello implicaría un enriquecimiento ilícito.

219. Existe un riesgo cierto de que cualquier monto recuperado, cómo resultado del reclamo podría incorporarse al patrimonio de los accionistas indirectos, lo que produciría un detrimento directo en el patrimonio de AGBA (y de sus acreedores, incluso los tenedores de deuda y los empleados). El patrimonio de las Demandantes se incrementaría, provocando un enriquecimiento ilícito. Los accionistas no tienen derecho a preservar el valor de sus intereses. Existe también un riesgo de doble o múltiples reclamaciones dado que AGBA no se encontraba precluida de interponer una acción ante las cortes locales, además de la reclamación ilegítima de las Demandantes. Esto implicaría una doble recuperación. El derecho corporativo de la Argentina proscribire estas situaciones.

220. Cada tratado que admite un tipo de acción que permitiera a los accionistas reclamar por los derechos de una sociedad, en la cual ellos sólo actúan como accionistas, significa que tanto el inversor como la empresa local deberán (i) renunciar a otras vías procedimentales y (ii) que cualquier indemnización otorgada sea pagada a la sociedad local. El TBI Argentina-España no contempla este tipo de acciones, que ha sido interpuesta por las Demandantes. Este Tribunal está obligado a resolver esta controversia a la luz del derecho aplicable y solo los reclamos en virtud de este derecho aplicable deberían regular los derechos de las Partes. Si se concede la indemnización a las

Demandantes, será en perjuicio de los derechos de los demás accionistas. Las Demandantes alegan que ellas solamente están buscando su respectiva participación accionaria sobre la base de su participación individual. Esta solución ad hoc no cumple con el Derecho argentino. Los accionistas de una sociedad no tienen una titularidad *in rem* en base a la proporción de los activos de esa sociedad. Las Demandantes también argumentan que cualquier perjuicio que se podría provocar a un acreedor de AGBA dará lugar a responsabilidad de la Provincia y no de ellas. Esta afirmación no contempla el hecho de que los derechos de los acreedores solo pueden ejercerse contra AGBA. Compensar directamente a los accionistas indirectos como si tuviesen un derecho prioritario por sobre los acreedores no tiene fundamento jurídico. Por el contrario, los acreedores tienen una prioridad de cobro. En todo caso, las Demandantes sólo podrían reclamar por los derechos que les corresponden como accionistas bajo el Derecho argentino. Esto no es lo que realizaron en la presente controversia.

## 2. *La posición de las Demandantes*

221. Las Demandantes alegan que formulan la presente reclamación en su propio nombre y derecho, sobre la base de los perjuicios que experimentó su inversión. La inversión de los Demandantes consistió en la adquisición y suscripción de acciones de AGBA en su calidad de Concesionaria. En la mayor parte de las ocasiones, estas adquisiciones han sido realizadas directamente por los mismos Demandantes, pero, para un porcentaje pequeño de las acciones de URBASER, su participación fue adquirida a través de una filial Argentina que está controlada en su totalidad por ellas. Las medidas adoptadas por la República Argentina afectaron gravemente la concesión asignada a AGBA. La ejecución del Contrato de Concesión constituía el objeto social exclusivo de la actividad de AGBA. Las Demandantes no formulan reclamación por los daños experimentados por la misma AGBA. Su reclamación deriva de los daños que ellas han sufrido como resultado de que su inversión fue afectada. Estos daños, aunque relacionados con AGBA, son distintos e independientes de los de AGBA. La legitimación activa de las Demandantes no excluye ni es incompatible con la reclamación que pudiera efectuar la sociedad Concesionaria en el foro correspondiente. El Gobierno ejerció buena fe y su mejor esfuerzo para posibilitar la privatización y la inversión. Por lo que no puede haber controversia alguna acerca de la legitimación del inversor para someter reclamos. El requisito de constituir una sociedad local y los incentivos a las sociedades para atraer inversiones resultan en una inconsistencia sustancial cuando los accionistas no son considerados inversores a los fines de defender sus intereses de conformidad con una controversia jurídica. CABB y URBASER estaban involucrados directamente en todo el proceso de inversión. Todas estas suscripciones y adquisiciones de acciones forman parte de una misma inversión realizada por los Demandantes.

222. Los derechos sobre los que las Demandantes alegan surgen del TBI y que, aunque parte de los hechos que llevaron a presentar el reclamo incluyen violaciones de las

obligaciones contractuales por parte del Concedente, constituyen violaciones de las obligaciones asumidas por la República Argentina como signataria del TBI. Se alega que algunas acciones adoptadas de manera intencional y sistemática por el Organismo Regulador y el Concedente, implicaron graves incumplimientos del contrato. Asimismo, implicaron graves incumplimientos del Marco Regulatorio. Otras medidas alegadas, como las derivadas de las Leyes de Emergencia, fueron más allá del ámbito de una controversia contractual y fueron directamente expropiatorias. Estas violaciones de principios de protección reconocidos internacionalmente están señaladas en el TBI.

223. En su análisis, la Demandada omite una parte importante de las reclamaciones. Las violaciones del Marco Regulatorio fueron violaciones del contrato, pero también constituyeron violaciones de los derechos de los inversores en virtud del TBI. Las supuestas violaciones incluyen la rescisión del Contrato de Concesión por motivos meramente políticos, la adopción de las medidas de emergencia y la modificación del Marco Regulatorio aprobado en 2003. Las Demandantes sostienen que ningún elemento de su demanda constituye "una mera reclamación contractual". La Demandada alega que un incumplimiento contractual no puede ser utilizado como una violación del TBI. No obstante, la Demandada reconoce que el instrumento contractual operativo, el Contrato de Concesión, forma parte del Marco Regulatorio. Este Marco ha sido presentado a los inversores como un incentivo que pretendía atraer sus inversiones. En consecuencia, cualquier incumplimiento de uno de esos elementos contractuales supone la infracción del Marco Regulatorio aplicable a la inversión. En pocas palabras, cada uno forma parte de un solo concepto. Es difícil comprender como la Demandada pretende tratar como meros reclamos contractuales lo que fue presentado como una violación grave de los derechos básicos adjudicados a los inversores en virtud del Marco Regulatorio.

224. La Demandada alega que las Demandantes están demandando en nombre de la Concesionaria, AGBA. Las inversiones en AGBA fueron llevadas a cabo bajo la consideración de que esta compañía resultaba ser la Concesionaria. Son los elementos inescindibles de una misma operación. Pero las Demandantes no ven los reclamos para la protección de sus derechos como accionistas. Actúan para afirmar sus propios derechos en calidad de inversores españoles. La Demandada se niega a reconocer que las Demandantes actúan en nombre propio y para afirmar sus derechos individuales. También se niega a señalar que las legítimas expectativas de beneficio de las Demandantes han desaparecido y que esta frustración de las expectativas demanda la aplicación del TBI. La Demandada rechaza todos los laudos internacionales que, bajo circunstancias similares, se han pronunciado respaldando los derechos del inversor frente al Estado receptor. En efecto, muchos tribunales del CIADI han aceptado que un incumplimiento contractual también puede ser incumplimiento del TBI.

225. El Tribunal simplemente debe convencerse de que, si se comprueban las alegaciones de las Demandantes, el Tribunal posee competencia. Las Demandantes

tienen legitimación activa para someter una acción en virtud del TBI, a pesar de que ciertos actos u omisiones también se puedan clasificar como violaciones del Contrato de Concesión. Salvo que la controversia sea *prima facie* inverosímil, la calificación preliminar de una controversia como referida a materia contractual exclusivamente o referida a materia de inversión, depende de las alegaciones de las Demandantes. Los hechos narrados por las Demandantes permiten calificar *prima facie* la presente controversia como verosímil y de inversión.

226. La Demandada respalda sus alegaciones casi exclusivamente en el Laudo *Impregilo*, el cual emitió su decisión sobre la jurisdicción junto con el fondo. La posición de este Tribunal es diferente. Este Tribunal debe decidir si, *prima facie*, tiene autoridad para entender en las cuestiones sometidas a arbitraje. El Laudo *Impregilo* limita la aceptación de la excepción de que los reclamos de las Demandantes se refieren a cuestiones contractuales. Al analizar el caso *Impregilo*, la Demandada ignora un hecho importante que no se encuentra en este caso. El Laudo *Impregilo* concluyó que la cláusula jurisdiccional del Contrato de Concesión no afecta el derecho de las Partes de recurrir a un arbitraje en virtud del TBI. La existencia de una cláusula jurisdiccional en un contrato de ninguna manera afecta los reclamos presentados por el inversor contra el Estado receptor de la inversión (que usualmente no son Parte de este contrato). El Laudo *Impregilo* se asimila a la presente controversia dado que se hizo lugar a la excepción planteada por la República Argentina pero sólo en relación con aquellos incumplimientos contractuales que no configuran al mismo tiempo violaciones a las obligaciones asumidas en virtud del TBI. Las Demandantes no concuerdan con *Impregilo* en lo que respecta a la existencia de reclamos contractuales separados y diferentes de las violaciones del TBI. En este caso, las acciones del Estado receptor principalmente implicaron violaciones de los derechos de los inversores.

227. Las Demandantes no tuvieron otra opción que adquirir acciones de una sociedad constituida en la República Argentina. Aunque las Demandantes tomaron la decisión de invertir libremente, esta fue condicionada por promesas, anuncios y compromisos realizados a los inversores. La fórmula para la inversión venía diseñada e impuesta por el Concedente. Se debía constituir una sociedad de nacionalidad argentina dentro del territorio del Estado receptor. Las acciones de dicha sociedad habían de ser suscritas por los adjudicatarios. Dicho procedimiento se estructuró de esta manera en el Pliego de Bases y Condiciones y fue reiterado en el Contrato de Concesión. El Contrato disponía que el objeto exclusivo de la Concesionaria había de ser el cumplimiento del Contrato. La posición de la Demandada es que tal estructura que priva al inversor extranjero de los derechos reconocidos en los TBI suscritos por la República Argentina. CABB concurrió a la licitación y resultó adjudicatario, pero hubo de invertir a través de la suscripción de acciones de AGBA. Por lo que se refiere a URBASER, también su decisión de invertir fue condicionada por aquellas mismas promesas, anuncios y compromisos. URBASER fue sujeta a las mismas promesas, representaciones y compromisos cuando adquirió las

acciones. Tomó dicha decisión en un momento muy inicial, aún antes de la toma de posesión por parte de la Concesionaria el 15 de diciembre de 1999. La inversión de URBASER también se encuentra protegida por el TBI.

228. La Demandada no ofrece justificación jurídica alguna que respalde su argumento de que el Convenio CIADI no permite los reclamos indirectos o derivados. La confianza de la Demandada en el caso *Barcelona Traction* parte de un error, como es el de considerar como una reclamación indirecta la que realizan los inversores por daños directamente experimentados por ellos mismos en su inversión. La Demandada alega que no hay forma justificada de excluir un principio general del derecho internacional consuetudinario, salvo que la exclusión se haya establecido expresamente, pero confía únicamente en el caso *Barcelona Traction* para esta alegación. No reconoce que estos son precisamente derechos amparados por el TBI. El fin del artículo 25(2) del CIADI es ampliar el alcance de la jurisdicción. La parte de participación indirecta corresponde solamente al 1.0687% de AGBA, que pertenece a Urbaser Argentina S.A. Entidad esta última perteneciente en su totalidad a URBASER. El argumento de la Demandada ha sido repetidamente rechazado por otros Tribunales Arbitrales. Para la Demandada, la única diferencia es que la acción para la protección diplomática la ejerce el Estado del cual el afectado es nacional, mientras que la acción para la protección de los inversores la ejerce el afectado directamente. No se aplica una doctrina que comprenda exclusivamente la protección diplomática.

229. Los derechos de los inversores se encuentran regulados en los TBI. El TBI Argentina-España atribuye el carácter de inversores a las Demandantes. El TBI contiene una norma internacional que permite reclamar a los accionistas, incluso aunque sean minoritarios.

230. Las Demandantes consideran que la protección del TBI alcanza tanto a las participaciones directas, como a las indirectas. Asimismo, alegan que la Demandada confunde las participaciones indirectas con los reclamos indirectos. Al tratar de reclamos derivados, la Demandada considera que son daños producidos a AGBA. Sin embargo, al referirse a las participaciones indirectas, la Demandada parece estar aludiendo a una participación indirecta de las Demandantes en AGBA. CABB posee una participación directa del 20% en AGBA y URBASER una participación directa del 26,3425% en la misma compañía, a lo que se le debe sumar una participación indirecta del 1,0687%. Todas estas participaciones accionarias se encuentran protegidas por el TBI. Solo el 1,0687% adicional es participación indirecta de URBASER, perteneciendo ese porcentaje a una sociedad que al mismo tiempo es totalmente controlada por URBASER. A su vez, las participaciones indirectas están protegidas en el marco de inversiones. Cuando el citado Artículo 25(1) del Convenio CIADI utiliza el término "directamente" se refiere a la relación existente entre la controversia y la inversión, no alude a la relación entre la inversión y el inversor demandante. La redacción actual del Artículo 25(2)(b) no tiene

por finalidad excluir la posibilidad de acceso directo al arbitraje de los accionistas. Tal diferenciación no existe en la redacción del TBI Argentina-España. El TBI da entrada a todo tipo de haberes y formas de participación en sociedades.

231. La Demandada pone considerable énfasis e importancia a la definición de inversiones del TBI Argentina-España y le asigna una importancia considerable. La Demandada alega que el TBI menciona exclusivamente “acciones y otras formas de participación en sociedades” (art. I[2]), mientras que el reclamo indirecto de las Demandantes no se encuentra fundamentado en derechos sino en un mero interés de estas últimas sobre AGBA. Sin embargo, las Demandantes señalan que la regla antes citada incluye “otras formas de participación en sociedades” y la definición anterior a esa disposición se refiere a “todo tipo de haberes”. Las disposiciones operativas del TBI no efectúan distinción alguna entre "reclamos directos " y "reclamos derivados " ni la sugieren de alguna manera. En definitiva, según las Demandantes, la diferencia resaltada por la Demandada carece de fundamento.

232. Las Demandantes destacan que su reclamación no se funda en sus derechos como accionistas, sino en sus derechos como inversores. La Demandada deniega a un accionista para que éste pueda reclamar en nombre propio derechos que le corresponden a la sociedad. Pero como las Demandantes no están ejerciendo derechos y pretensiones propios de un accionista, no cabe fundamentar la impugnación en base a argumentos que corresponden al citado ámbito. La Demandada optó por deformar los términos de la demanda.

233. La Demandada hace referencia al perjuicio que experimentarían los accionistas o los acreedores en caso de prosperar la reclamación que formulan los Demandantes. No obstante, esta afirmación descansa sobre un fundamento débil. La República Argentina suscribió varios TBI. Lo que dispongan las normas de Derecho interno de la Demandada no puede eliminar la protección de un Tratado internacional, ni puede amparar sus incumplimientos en virtud de una ley orgánica o un decreto ejecutivo. La Demandada no puede ampararse en AGBA y en los derechos derivados de su mera existencia para los terceros con el ánimo de privar al inversor de los derechos que le fueron reconocidos en un tratado internacional. Estas cuestiones no afectan a la jurisdicción. El hecho de que la Concesionaria se haya visto afectada y perjudicada no es obstáculo a que los inversores puedan formular una reclamación al amparo de un TBI. El Tribunal tiene competencia, al margen y sin perjuicio de la competencia que pudieran tener los tribunales internos para conocer de otro tipo de acciones eventualmente instadas por otros sujetos, o por los mismos inversores, pero en su condición de accionistas y ejerciendo derechos de socios. Por lo tanto, los reclamos de otros accionistas o las acciones en base a derechos privilegiados y la exclusión del doble recupero son cuestiones que caen dentro del marco del derecho local, pero no pueden interponerse como obstáculos a la protección del inversor contemplada por el TBI y garantizada por el Estado receptor.

234. Una indemnización por un daño no puede ser equiparable a un dividendo. Los Demandantes pretenden la indemnización de parte de la persona causante del daño. En la cuantificación del daño de los accionistas, se deben tener en cuenta las obligaciones de la Concesionaria como cualquier otra responsabilidad frente a terceros, y no diferente. Las Demandantes invirtieron en la República Argentina al amparo de un Marco Regulatorio repetidamente infringido. Reclaman la reparación estricta de los daños propios, directamente sufridos en su patrimonio como consecuencia inmediata del grave incumplimiento de los compromisos asumidos a la firma del TBI. En consecuencia, las Demandantes concluyen que también la segunda excepción de la Demandada debe ser desestimada.

### 3. *Las conclusiones del Tribunal*

235. El Tribunal señala que, desde un primer momento, las Demandantes deben establecer los reclamos que someten a esta jurisdicción arbitral. Las Demandantes tienen la obligación de determinar qué comprende la "controversia" entre ellas y la República Argentina.

236. Las Demandantes afirmaron en varias oportunidades que formulan la presente demanda en su propio nombre y derecho. Han negado –según reconoció la Demandada– que hayan afirmado algún tipo de derecho como accionistas de AGBA. Esto ha sido confirmado en la presentación de su reclamo en el Memorial de Demanda. El Petitorio de las Demandantes que pretende una indemnización por daños y perjuicios se basa exclusivamente en el TBI, es decir en el artículo III(1), el artículo IV(1) y el artículo V.

237. Las Demandantes también niegan que su reclamo se derive de los reclamos de titularidad de AGBA contra la República Argentina, la Provincia de Buenos Aires o cualquier tercero. La Demandada insiste en la naturaleza indirecta o derivada del reclamo de las Demandantes. Sin embargo, la excepción de la Demandada comprende un reclamo que no fue sometido ante este Tribunal. Las Demandantes señalaron en repetidas oportunidades que su reclamo no estaba amparado por fundamento jurídico alguno que autorizara a los accionistas de AGBA a impulsar un reclamo en nombre de AGBA o en virtud de un título jurídico hipotético que permitiera a un accionista interponer en nombre propio un reclamo derivado de una relación en la que solo la sociedad es Parte, y no los accionistas. Las Demandantes no han presentado un reclamo de este tipo ante el Tribunal ni han alegado derechos de los accionistas que sean incompatibles con el derecho societario argentino. Esta afirmación torna en irrelevante el extenso argumento de la Demandada acerca de que las Demandantes carecían de legitimación para demandar por sus derechos como accionistas con el fin de someter un reclamo a este Tribunal cuya titularidad corresponde a AGBA y no a ellos.



238. Si se considera la excepción de la Demandada como fue formulada, es decir, que las Demandantes no tienen legitimación para demandar por acciones indirectas o derivadas sobre la base de derechos legales cuya titularidad corresponde a otra persona, AGBA, es suficiente para reconocer que las Demandantes no efectuaron tal reclamo y, por lo tanto, se desestima esta excepción.

239. No obstante, las explicaciones de la Demandada demuestran que esta excepción tiene un alcance más amplio. La Demandada no solo alega que las Demandantes no tienen legitimación para demandar por derechos cuya titularidad corresponden a AGBA, sino también que no tienen ningún otro título que las legitime para demandar ante este Tribunal.

240. La Demandada señala que los argumentos y las pruebas de las Demandantes que respaldan su reclamo se basan exclusivamente en derechos jurídicos de naturaleza contractual en los cuales el Tribunal no tiene competencia. Estos derechos surgen de las supuestas violaciones del Contrato de Concesión o las modificaciones efectuadas al Marco Regulatorio, los cuales constituyen derechos cuya titularidad corresponde a AGBA. Para la Demandada, esto ha sido suficientemente demostrado en el Laudo emitido en la controversia interpuesta por *Impregilo*, otro accionista de AGBA, ante un Tribunal del CIADI, dado que los reclamos de *Impregilo* fueron considerados en su mayoría de índole exclusivamente contractual y, por lo tanto, excedían la competencia del Tribunal en virtud del Convenio CIADI y el TBI Argentina-España<sup>147</sup>.

241. Sin embargo, en este punto también la Demandada plantea una excepción a la legitimación activa de las Demandantes con respecto a un reclamo que no se sometió ante este Tribunal. Las Demandantes aceptan que es probable que tanto parte del daño sufrido como la correspondiente reparación a la que tienen derecho sean de naturaleza contractual. No obstante, también han alegado que dichos reclamos contractuales no se incluyen en la reparación solicitada a éste Tribunal. La excepción de la Demandada enuncia que las Demandantes no tienen legitimación activa para demandar por derechos de carácter contractual, cuando las Demandantes han señalado claramente que su reclamo no comprende un reclamo de este tipo. Por lo tanto, la excepción de la Demandada al respecto es irrelevante y resulta desestimada por el Tribunal.

242. A pesar de esta conclusión, la excepción de la Demandada tiene otra faceta que surge cuando se señala que el reclamo de las Demandantes es de índole exclusivamente contractual. Esta excepción también implica que, por su naturaleza contractual, las Demandantes no tienen reclamo alguno que someter a este Tribunal en su supuesta calidad de inversores en virtud del TBI Argentina-España. La Demandada alega que la inversión realizada por las Demandantes comprende exclusivamente derechos y bienes resultantes de su participación accionaria y que, además, sus derechos como accionistas

---

<sup>147</sup> *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011.

no incluyen un derecho a reclamar en nombre propio derechos que le corresponden a la sociedad. Dado que no se sometió dicho derecho cuya titularidad corresponde exclusivamente a AGBA a este Tribunal, la Demandada concluye que las Demandantes no son titulares de inversión alguna en relación con la Concesión que las habilite a demandar en virtud del TBI.

243. La Demandada considera que el TBI Argentina-España solo acepta como inversión efectuada por un nacional extranjero, bajo la modalidad de adquisición de acciones, los derechos que surgen del estatus de accionistas en virtud del derecho interno del Estado receptor, mientras que los bienes utilizados para efectuar dicha adquisición no se equiparan a una inversión en la medida en que originan derechos y obligaciones cuya titularidad corresponde exclusivamente a la sociedad, y no a los accionistas. En relación con lo antedicho, los accionistas reciben el beneficio económico de su financiación, si existiera, en virtud de cualquier incremento del valor de sus acciones y de los dividendos que le corresponden. No obstante, esta postura, fundada en el derecho societario local, produce que el fundador extranjero que brindó el capital necesario para que la Concesionaria funcionara en virtud de la Concesión no quede comprendido en el rango de reglas y garantías de protección del TBI, porque su financiación no tiene la calidad de una inversión.

244. El Tribunal señala que el fundamento de la Demandada para afirmar lo antedicho surge de su interpretación de la función del derecho societario interno que regula las inversiones de socios extranjeros. No obstante, no ha considerado lo suficiente el objeto del TBI y el respaldo económico que requieren las inversiones si el Estado receptor decide autorizarlas. En efecto, dejando de lado el derecho corporativo local incontrovertible, ¿cuál sería la posibilidad de éxito económico de un requisito que demande que los inversores operen en el territorio del Estado receptor a través de una inversión estructurada conforme al derecho societario local, si esto provoca que las inversiones de los accionistas queden fuera de la protección del TBI?

245. La cuestión que debe abordarse en relación con la segunda excepción de la Demandada es si las Demandantes poseen un título jurídico, según lo afirman ellas mismas, para someter un reclamo únicamente en virtud de su calidad de inversores de conformidad con el TBI.

246. El artículo I(2) del TBI es claro al establecer que el término inversiones designa todo tipo de haberes "tales como" "acciones y otras formas de participación en sociedades". Los Estados Contratantes no han limitado el alcance de esta disposición a los casos en los que los inversores extranjeros son titulares del 100% de la participación accionaria en la sociedad constituida en el Estado receptor o que, de alguna manera, son accionistas controlantes de ella. Este artículo expresamente aclara que cualquier

definición con respecto a un tipo de haberes en particular se designa conforme a su interpretación “aunque no exclusivamente”.

247. El Tribunal del caso *Impregilo* emitió su conclusión con respecto al artículo 1(1)(b) del TBI Argentina-Italia<sup>148</sup> señalando que si AGBA fue expropiada o recibió un trato injusto respecto de la concesión “dicha acción también debe considerarse como una afectación de los derechos de Impregilo como inversor, derechos que se encontraban protegidos por el TBI”<sup>149</sup>. Tal como el Tribunal también señaló, existe amplia jurisprudencia que demuestra que reclamos, como los que ha presentado Impregilo, gozan de protección en virtud de los TBI aplicables. La cuestión sometida a este Tribunal tiene las mismas características. Y el hecho de que la disposición pertinente del TBI Argentina-Italia mencione expresamente que son consideradas participaciones en las sociedades las “acciones” y “toda otra forma de participación” aún “minoritaria o indirecta”, de ninguna manera parece diferir con el artículo I(2) del TBI Argentina-España, que, si bien no aclara que la “participación indirecta” está incluida, no excluye, bajo ningún punto de vista, dicha participación del alcance de la disposición. Asimismo, dicho artículo utiliza las palabras “aunque no exclusivamente” antes de enumerar las inversiones “en particular”. Este TBI se puede comparar con el TBI Argentina-Alemania, conforme al cual el Tribunal del caso *Siemens* interpretó que la definición de “inversión” es muy general, e incluye las “inversiones indirectas” y aclaró que el Tratado no requiere que haya sociedades intermedias entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad<sup>150</sup>.

248. El hecho de que las acciones de la sociedad representen derechos y obligaciones jurídicas en relación con la sociedad no evita que sean titulares de otros derechos adquiridos. Las acciones son descritas como un “tipo de haberes” y por lo tanto, como una inversión que por definición no se encuentra limitada a los derechos amparados por el derecho societario, ni siquiera se centran en ellos. El artículo I(2) del TBI no restringe los derechos vinculados a las acciones exclusivamente a los derechos de los accionistas con respecto a la sociedad y a otros accionistas. Meramente establece que las “acciones” son “inversiones”, lo que significa que están amparadas por la protección garantizada por el TBI. Los derechos en virtud del TBI contemplan la legitimación activa por sí mismos, los cuales están regulados exclusivamente por el derecho internacional de los tratados y no pueden ser modificados por el derecho interno de los Estados Contratantes. Por lo tanto, la definición de “acciones” como “inversiones” sostiene que, independientemente del derecho interno, los únicos derechos vinculados a estos títulos se relacionan con la legitimación y las operaciones de la sociedad.

---

<sup>148</sup> Esta disposición es un poco más explícita que la regla correspondiente al TBI Argentina-España y establece lo siguiente: “b) acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación aún minoritaria o indirecta en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes”.

<sup>149</sup> *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011, párrs. 138 y 245 s.

<sup>150</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párrs. 137 y 150.

249. Muchas otras Decisiones y Laudos del CIADI han considerado este tipo de excepción y la han rechazado. La resolución principal, usualmente citada en otras decisiones, parece ser la afirmación del Tribunal del caso *Siemens* con respecto al TBI Argentina-Alemania, que en este punto se puede comparar al TBI Argentina-España, dado que no menciona específicamente las inversiones directas o indirectas. No tiene demasiada relevancia repetir lo que se estableció en estas decisiones, más allá de lo que se señaló más arriba<sup>151</sup>.

250. Dicha inversión indirecta también se puede efectuar a través de una subsidiaria que posea acciones en la sociedad local y que funcione como "vehículo de la inversión" en la práctica<sup>152</sup>. Asimismo, el Tribunal observa que, dado que la inversión de las Demandantes como accionistas de AGBA está contemplada por el TBI, este razonamiento también es aplicable a la participación indirecta de URBASER de 1.0687% de las acciones de AGBA a través de Urbaser Argentina S.A., entidad esta última perteneciente en un 100 % a URBASER. El TBI Argentina-España no excluye de las inversiones indirectas las participaciones accionarias en las sociedades constituidas en el Estado receptor que, a su vez, son titulares de acciones en otra sociedad local<sup>153</sup>.

251. Una vez que se dejó esto en claro, el Tribunal señala que si los derechos vinculados a las acciones incluyen derechos de sus titulares para la protección de sus inversiones en virtud del TBI, pueden incluir otros derechos cuya naturaleza surja exclusivamente del derecho local, sobre el cual este Tribunal no tiene competencia. Las Demandantes no reclaman este derecho. En efecto, ellas afirman que sus reclamos se basan exclusivamente en el TBI. La cuestión crucial es que las Demandantes actúan en derecho propio como inversoras, mediante las acciones adquiridas en AGBA en virtud

---

<sup>151</sup> Cf., entre otros, *CEMEX Caracas Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción del 30 de diciembre de 2010, párrs. 149-158; *Charles Lemire c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo del 28 de marzo de 2011, párr. 39; *Sempra Energy International c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo del 29 de junio de 2010, párr. 102 s.; *Ioannis Kardassopoulos c. la República de Georgia*, caso CIADI No. ARB/05/18, Decisión sobre Jurisdicción del 6 de julio de 2007, párr. 124; *Continental Casualty Company c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre Jurisdicción del 22 de febrero de 2006, párrs. 76-86; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2006, párrs. 46-51; *Gas Natural SDG S.A. c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión sobre las cuestiones preliminares sobre jurisdicción del 17 de junio de 2005, párr. 34; *Enron Corporation y Ponderosa Assets L.P. c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004, párrs. 38-49; *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 17 de julio de 2003, párrs. 36-68; *Azurix Corp. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003, párrs. 59-66, 73 s., Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 1 de septiembre de 2009, párrs. 76-130.

<sup>152</sup> Cf. *CEMEX Caracas Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción del 30 de diciembre de 2010 párrs. 156-158; *Enron Corporation y Ponderosa Assets L.P. c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2004, párrs. 50-56.

<sup>153</sup> Esto marca una diferencia importante con el Laudo del 21 de abril de 2006 del caso *Berschader c. Federación de Rusia*, Cámara de Comercio de Estocolmo No. 080/2004, en el que los accionistas extranjeros eran titulares de acciones en una sociedad extranjera que tenía derecho a reclamar protección en virtud de este TBI (párrs. 129, 135, 140-150). Esto ha sido destacado en el caso *CEMEX Caracas Investments B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/08/15, Decisión sobre Jurisdicción del 30 de diciembre de 2010, párr. 154.

del TBI, derechos que son diferentes a cualquier tipo de derechos vinculados a sus acciones conforme al derecho interno.

252. De la misma forma, el Tribunal desestima esta excepción en la medida en que pretende afirmar que los reclamos de las Demandantes son esencialmente contractuales y que no tienen relación alguna con los derechos reconocidos por el TBI, a esto se suma que el TBI no incluye ninguna cláusula paraguas. Si estos reclamos fuesen calificados de "naturaleza" contractual, no podrían haber sido invocados por las Demandantes porque comprenderían cuestiones que corresponden al Contrato de Concesión, del que ninguna de las Demandantes es Parte. No existiría fundamento alguno en el TBI que justificara el análisis del Tribunal de dicho reclamo y por eso las Demandantes alegan que no efectuaron tal reclamo<sup>154</sup>. Sin embargo, las Demandantes también alegan que su inversión fue afectada por medidas injustificadas o discriminatorias, no se le asignó un tratamiento justo y equitativo y estuvo sujeta a una expropiación ilícita y discriminatoria. Todas estas alegaciones implican cuestiones en virtud del TBI, con respecto a las cuales se aplica completamente la disposición de solución de controversias del artículo X del TBI. Las disposiciones del TBI son aplicables incluso cuando ciertas cuestiones también implican derechos u obligaciones contractuales en virtud del derecho interno que no son comprendidas por la competencia del Tribunal. Esta conclusión también significa que el Tribunal carece de competencia para entender en cuestiones exclusivamente contractuales. Sin embargo, dicha cuestión, si se incluye en la excepción de la Demandada, es irrelevante, porque las Demandantes admitieron que no interpusieron dichos reclamos ante este Tribunal.

253. El Tribunal está al tanto del riesgo de que el procedimiento que comprende esta controversia y el procedimiento paralelo impulsado por AGBA, ante los tribunales locales de la República Argentina, podría resultar en indemnizaciones por daños y perjuicios en ambos procedimientos que, por lo menos en teoría, plantearía la cuestión del doble recupero a favor de las Demandantes como inversores y accionistas de AGBA, además de los conflictos de interés con otros acreedores de AGBA que no son parte, al menos, de ninguno de los procedimientos mencionados. Este riesgo, no obstante, es inherente a la mayor parte de las controversias que también contemplan, directa o indirectamente, una posible opción de reclamar una compensación en un procedimiento local. Esta configuración de ninguna manera constituye una restricción a la competencia de este Tribunal en virtud del TBI Argentina-España. Por lo tanto, tal como lo afirmó el Tribunal del caso *Impregilo*<sup>155</sup>, si se le otorgara una compensación a AGBA en un procedimiento local, ello afectaría los reclamos en virtud del TBI y, a la inversa, toda compensación otorgada en virtud del TBI podría afectar los reclamos que AGBA pudiera

---

<sup>154</sup> Esta situación es similar a la del caso *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011, párr. 185.

<sup>155</sup> *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo del 21 de junio de 2011, párr. 139.

presentar ante los tribunales argentinos<sup>156</sup>. Si se considera necesario, esta cuestión será abordada en una etapa posterior, junto con la cuestión de fondo de esta controversia.

254. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal pretende enfatizar que mientras que su competencia se limita a reclamos interpuestos por las Demandantes en virtud del TBI por los daños sufridos a causa de su inversión en calidad de acciones en AGBA, el Tribunal no tiene competencia para entender en ninguno de los reclamos de AGBA, ni en los reclamos vinculados a los daños sufridos por AGBA, ni cualquier reclamo sobre la premisa de daños sufridos por otros accionistas de AGBA. Si bien AGBA no es Parte de este procedimiento, el Tribunal posee competencia para entender en la conducta de las Partes del Contrato de Concesión, incluso AGBA, y emitir conclusiones de hecho al respecto, siempre y cuando dichas conclusiones sean relevantes para el análisis del Tribunal de los argumentos interpuestos por las Demandantes o la Demandada.

#### **IV. La tercera excepción de la Demandada: La inversión invocada por las Demandantes no es una inversión protegida por el TBI Argentina-España**

##### **A. Cuestiones preliminares**

255. Esta última excepción se divide en tres partes. Primero, la Demandada alega que la inversión de URBASER no cumplía con lo establecido en la legislación argentina al adquirir la totalidad accionaria de Dycasa en AGBA mediante un contrato de fecha 28 de septiembre de 2001, aunque parte de estas acciones habían sido clasificadas como no transferibles por un periodo de seis años tras la entrada en vigor del Contrato de Concesión, sujeto a la autorización del Concedente para tales efectos. En segundo lugar, la Demandada afirmó en su Réplica sobre excepciones a la jurisdicción que tomó conocimiento recientemente que CABB también hizo transferencias ilegales de las acciones de AGBA, cuando transfirió su participación mediante Contratos de Cuentas en Participación a favor de URBASER S.A., Aguas de Bilbao S.A., BBK y la Sociedad para la Promoción y Reconstrucción Industrial (SPRI) que implican una violación grave de la legislación que regula la tenencia y la transferencia de las acciones de AGBA. En tercer lugar, la Demandada afirmó que CABB no tenía legitimación activa para recurrir al arbitraje del CIADI sin la previa autorización expresa del Reino de España, la cual no ha sido solicitada ni otorgada.

256. Las Demandantes afirman como cuestión preliminar la extemporaneidad de estas excepciones. Si bien la primera excepción se planteó en el Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y a la Competencia del Tribunal, la Demandada alegó las otras dos

---

<sup>156</sup> Cf., también, caso *Azurix Corp. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003, párr. 101, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 1 de septiembre de 2009, párrs. 113 s.

únicamente en la Réplica sobre Excepciones a la Jurisdicción del Centro y a la Competencia del Tribunal, de esta forma, su demora es incluso más grave. Las Demandantes señalan que la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje establece que toda excepción a la jurisdicción deberá oponerse lo antes posible. Según las Demandantes, cuando las Partes acordaron un período de tiempo para la presentación de las excepciones de jurisdicción, se estipuló que estas presentaciones contemplarían las dos excepciones mencionadas por la Demandada en una etapa temprana en su contestación a la Solicitud de Arbitraje y no para plantear nuevas cuestiones de jurisdicción por primera vez. Las Demandantes consideran que estas alegaciones son suficientes para desestimar todas las excepciones por tardías en virtud de la Regla 41 (1) de las Reglas de Arbitraje.

257. El Tribunal observa que las Partes han acordado, con la aprobación del Tribunal, que este arbitraje se regirá por lo dispuesto en el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje y el Acuerdo de las Partes sobre los puntos incluidos en la Agenda Preliminar, así como los acuerdos que pudieran adoptarse en el futuro entre ellas (Punto 5 del Acuerdo de las Partes sobre los puntos incluidos en la Agenda Preliminar). Las Demandantes correctamente observan que la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje establece la regla principal de que las excepciones a la jurisdicción se planteen “lo antes posible”. Sin embargo, la segunda regla es que dicha excepción se deberá plantear a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación. Esta segunda regla invalida cualquier posible sanción que pueda desestimar una excepción por no haberse planteado lo antes posible, porque se hizo aun dentro de este segundo plazo. En todo caso, las reglas aplicables en este punto son las del Acuerdo de las Partes sobre los puntos incluidos en la Agenda Preliminar, que, en el Punto 14, establece la secuencia de las alegaciones de las Partes. En ese párrafo del Acuerdo se establece que, dentro del plazo de los sesenta días siguientes a la recepción del Memorial de Demanda, la República Argentina deberá presentar su Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y a la Competencia del Tribunal (inciso 3). Asimismo, “formulada las objeciones a la jurisdicción”, las Demandantes podrán presentar su Contramemorial a las Excepciones de Jurisdicción (inciso 4). No se encuentra determinación alguna acerca de qué excepciones especificadas por la Demandada se deberán analizar exclusivamente en el Memorial de Excepciones a la Jurisdicción y a la Competencia del Tribunal. Por este motivo, resulta adecuado que la Demandada incluya en dicho Memorial todas las excepciones a la jurisdicción que desee plantear.

258. La siguiente cuestión es si la Réplica de la Demandada podría plantear nuevas excepciones a la jurisdicción que no habían sido previamente planteadas. El Acuerdo de las Partes sobre los puntos incluidos en la Agenda Preliminar establece que el Tribunal decidirá después de realizadas las consultas a las Partes, si es necesario fijar una segunda vuelta de escritos dentro de la etapa de jurisdicción (inciso 5). Ante la falta de una indicación adicional acerca del contenido posible de la Réplica de la Demandada, no se puede concluir que el Acuerdo de las Partes sobre los puntos incluidos en la Agenda

Preliminar excluyó la posibilidad de que la Demandada planteara excepciones a la jurisdicción adicionales en su segundo escrito respecto a éste asunto. Asimismo, la Demandada alega que encontró justificaciones para parte de sus excepciones en documentos que estuvieron disponibles recientemente, que contempla la aplicación de la Regla 41(1) *in fine* de las Reglas de Arbitraje. Por lo tanto, todas las partes de la tercera excepción de la Demandada serán evaluadas por el Tribunal. Se puede agregar que, en virtud de la Regla 41(2) de las Reglas de Arbitraje, en todo caso, “el Tribunal podrá considerar de oficio en cualquier estado del procedimiento, si la diferencia que se le ha sometido cae dentro de la jurisdicción del Centro y es de su propia competencia”<sup>157</sup>.

259. La posición básica de la Demandada con respecto al cumplimiento de la legislación del Estado receptor es un requisito fundamental del TBI Argentina-España, contemplado por el artículo I(2), que establece que el término "inversiones" designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión”. El artículo III del TBI establece disposiciones similares. La Demandada agrega que la referencia a la legislación debe incluir normas administrativas y decisiones judiciales, así como también el Pliego de Bases y Condiciones, el Contrato de Concesión y el Marco Regulatorio, que forman parte del derecho Argentino.

260. El Tribunal está al tanto del requisito fundamental de que una inversión se debe efectuar en cumplimiento de la totalidad de la legislación vigente en el Estado receptor de la inversión, para obtener el amparo del TBI. El Tribunal también reconoce que un ejercicio ilegal o irregular de los derechos vinculados a las acciones que representan una inversión en virtud del TBI no puede conducir a descalificar la inversión por ser inválida. No obstante, se deberá analizar conforme a los mecanismos para la solución de controversias adecuados conforme a las circunstancias. El requisito de cumplimiento de la legislación del Estado receptor se focaliza en la efectivización y el inicio de la inversión. La tramitación posterior y la operación de la inversión es relevante dentro del marco de aplicación del TBI y está contemplada por la competencia del Tribunal sobre la cuestión de fondo. Sin embargo, el límite de la distinción que se debe efectuar no es siempre simple. Tal como se establecerá a continuación, este Tribunal no precisa desarrollar de manera abstracta el análisis de esta cuestión.

---

<sup>157</sup> Cf. *Azurix Corp. c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/12, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003, párr. 68.



B. La transferencia de las acciones de AGBA pertenecientes a Dycasa S.A. a favor de URBASER S.A.

1. *La posición de la Demandada*

261. La Demandada explica que el 28 de septiembre de 2001, URBASER adquirió la totalidad de la tenencia accionaria de Dycasa S.A., una sociedad constituida conforme a la legislación de la República Argentina, en AGBA. Por lo tanto, URBASER se convirtió en titular del 27.42% del paquete accionario de AGBA de manera contraria a lo previsto en el régimen legal aplicable a la Concesión. En el artículo 2.3.3 de este Contrato se establece lo siguiente:

“Por su parte, el cincuenta y uno por ciento (51 %) del capital social con derecho a voto del Concesionario, incluyendo el porcentaje mínimo del Operador y excluyendo las acciones que correspondan al PPAP, deberá estar constituido por acciones nominativas cuya titularidad no podrá ser transferida durante los primeros seis (6) años de vigencia de la Concesión, salvo autorización previa y expresa del Poder Ejecutivo. Esta autorización no podrá referirse al porcentaje del Operador previsto en el artículo 2.3.2. Las restricciones referidas registrarán también en los casos de aumento del capital del Concesionario”.

Una disposición similar se incluyó en el Pliego de Bases y Condiciones y en los Estatutos Sociales de AGBA (artículo 4.5 y 4.6). Según la Demandada, los argumentos de las Demandantes de que las acciones son transferibles pero sujetas a aprobación son errados. Las normas aplicables establecen el requerimiento de una aprobación expresa y previa. No hay referencia alguna a una aprobación tácita o tolerada.

262. La Demandada señala que URBASER reconoció que compró de Dycasa 2,099,052 acciones intransferibles y que había informado de dicha transferencia al Concedente, mientras que ORAB solamente había sido notificado de tal transacción. Por lo que no existió autorización alguna, ni solicitada ni otorgada. En la carta de AGBA de fecha 30 de septiembre de 2002 dirigida a ORAB, AGBA explicó que la transferencia consistía en una mera reorganización del grupo económico, por lo que no requería de autorizaciones. Por lo menos, esto demuestra que URBASER estaba al tanto del requisito, dado que AGBA sometió la cuestión a ORAB para que emita una opinión. Sin embargo, el 21 de octubre de 2002, el Área de Normas y Reglamentos del ORAB emitió una opinión y planteó objeciones a la transacción. ORAB señaló que la autorización previa y expresa debía haber sido otorgada por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires y no por el ORAB.

263. Se suponía que la transferencia accionaria no iba a efectuarse antes del 7 de diciembre de 2005, cuando transcurriera el plazo de seis años. El 28 de septiembre de 2001 se suscribió el acuerdo con Dycasa. Según la Demandada, URBASER conocía

perfectamente la irregularidad que estaba cometiendo porque así lo expresó en el documento que describía las sucesivas transferencias accionarias de AGBA y en el que se señalaba que Dycasa debió, sólo formalmente, mantenerse como accionista de las 2,099,952 acciones no transferibles. Por lo tanto, la Demandada estableció que esta transferencia de acciones tuvo lugar en septiembre de 2001, fecha en la cual era una transferencia ilegal. URBASER aumentó su participación accionaria en AGBA de manera ilegal y fraudulenta. La Demandada concluye que el Tribunal debe resolver que carece de competencia en la presente controversia con respecto a un reclamo que deriva de maniobras ilegítimas.

## 2. *La posición de las Demandantes*

264. Las Demandantes afirman en contestación que no hubo una transferencia ilegal de las acciones de Dycasa en AGBA. Las Demandantes señalaron al inicio que la Demandada afirmó erróneamente que URBASER adquirió las acciones de Dycasa en AGBA y que tras ello se convirtió en titular del 27.42% del paquete accionario de AGBA de manera contraria a lo previsto en el régimen legal aplicable a la Concesión. Antes del 28 de septiembre de 2001 URBASER ya era titular de un 16.8748% del capital de AGBA. De las acciones pertenecientes a Dycasa, 2,641,878 eran acciones libremente transferibles y solo 2,099,952 acciones estaban sujetas a autorización, que representaban un 4.66656% del capital social de AGBA. Por consiguiente, la impugnación únicamente alude a un porcentaje del 4.66656%, sin que el 22.74564% restante quede afectado en modo alguno.

265. Las Demandantes observan que la Demandada centra básicamente su Réplica en un dictamen del Área de Normas y Reglamentos del ORAB, fechado el 21 de octubre de 2002, en el que se exponía que la autorización correspondía al Concedente y que aún no se había otorgado. Pero esta opinión no dice más que el hecho de que la transferencia se llevase a cabo entre sociedades pertenecientes al mismo grupo. Pero la Demandada no aporta otra serie de dictámenes y documentos que demuestren que URBASER actuó con toda diligencia y transparencia, que resultó generalizada la opinión favorable de la transferencia y que toda decisión se convirtió en inútil por cuanto el transcurso de los seis años, desde la toma de posesión de la concesión, convirtió las acciones en libremente transferibles.

266. Asimismo, las Demandantes se refieren al Informe de la Subsecretaría de Servicios Públicos, fechado el 5 de febrero de 2003 [*sic*, no 2002 como se establece en el documento]<sup>158</sup>, donde se estima que no existiría inconveniente en acceder a lo solicitado. El Informe de la Asesoría General del Gobierno, de fecha 28 de febrero de 2003<sup>159</sup> donde se estima que el Poder Ejecutivo puede dictar el pertinente Decreto. Las Demandantes

<sup>158</sup> Cf. TR-E, Día 2, págs. 239/1-17, 308/6-16, 316/11-13, 317/12-21.

<sup>159</sup> Acerca de la identificación de la fecha adecuada, cf. TR-E, Día 2, págs. 241/10-18, 308/2-4, 318/2-12.

señalan que en el mismo expediente de AGBA no se efectuó objeción alguna con respecto a la transferencia de acciones, sino meramente contenía una solicitud de información. Por consiguiente, en la Nota de ORAB del 21 de abril de 2003 se señaló que dicho organismo estaba al tanto de la transferencia de acciones y requirió información a efectos de que el Concedente pueda evaluar si la autorización debería ser concedida. En respuesta a otra Nota de ORAB, del 10 de noviembre de 2003, en una Nota de AGBA, del 11 de mayo de 2005, se aportó mayor información. Por medio de una Nota de ORAB de fecha 29 de julio de 2005, se dio traslado de las actuaciones a la Subsecretaría de Servicios Públicos. No existió ningún requerimiento ni resolución de documentación. Llegada la fecha en que se cumplieron los seis años desde la Toma de Posesión de la Concesión, en tanto se tramitaba el referido expediente, la autorización no fue nunca más solicitada. De modo que el Concedente no brindó un pronunciamiento al respecto.

267. AGBA, en su Nota de 31 de marzo de 2006, dirigida al Subsecretario de Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, identificó a cada uno de sus accionistas, expresando el porcentaje de capital que les correspondía. Figuraba CABB con una participación del 20%, URBASER con una participación del 26.3434% y Urbaser Argentina con una participación del 1.0687%. La Concesionaria también afirmó que a partir del 04 de Enero de 2006 habían dejado de tener aplicación la distinción entre acciones transferibles e intransferibles. Acorde con ese planteamiento, la Subsecretaría de Servicios Públicos lo confirmó en su Nota a ORAB de fecha 20 de abril de 2006, refiriéndose a la transmisión paralela de Impregilo, declarando que el pedido original ha devenido en abstracto. El Concedente era plenamente conocedor de la transmisión y llegó a considerar, en definitiva, innecesaria la autorización. La adquisición de acciones de Dycasa por URBASER fue realizada con toda transparencia. Según las Demandantes, carece del más mínimo fundamento la excepción de la Demandada.

### 3. *Las conclusiones del Tribunal*

268. El Tribunal considera importante establecer una distinción clara entre el acuerdo entre Dycasa y URBASER, por medio del cual Dycasa se comprometió a transferir sus acciones en AGBA a URBASER, y la transferencia accionaria en sí, con el efecto de transferir las acciones de Dycasa a URBASER.

269. Se puede deducir de las alegaciones de las Partes y de la referencia incluida en diferentes documentos, que el acuerdo de transferencia de acciones suscripto entre ambas sociedades está incluido en un documento de fecha 28 de septiembre de 2001. Sin embargo, este documento no ha sido presentado y no forma parte del expediente de este Tribunal. Las sociedades con participación accionaria en AGBA informaron al Directorio de esta, mediante una carta de fecha 28 de noviembre de 2001, la misma transferencia de acciones, según la cual representan la autorización a transferir 4,741,829 acciones clase "D" pertenecientes a Dycasa a favor de URBASER y de otra transferencia de acciones

clase "C" pertenecientes a Impregilo S.p.A. e Iglys S.A. a favor de Impregilo International Infrastructures N.V. Esta carta ha sido presentada por las Demandantes. Esto necesariamente implica que los acuerdos entre los accionistas involucrados se efectuaron con anterioridad a la notificación enviada a AGBA el 28 de noviembre de 2001.

270. La Opinión legal del Prof. Manóvil también señaló que, el 28 de septiembre de 2001, URBASER y Dycasa celebraron un contrato de compraventa de acciones clase "D" de AGBA (párr. 4.16). El Experto también explicó que, en la misma fecha, los accionistas informaron a AGBA esta transacción y otras transferencias de acciones efectuadas (párr. 4.18, 5.18). Al momento de satisfacer la solicitud de presentar este documento, las Demandantes explicaron que el Prof. Manóvil quería referirse a la nota del 28 de noviembre de 2001 y que, si bien fue mencionado en su Informe, el acuerdo de transferencia de acciones del 28 de septiembre de 2001 nunca estuvo en poder del Experto. En la audiencia, el Prof. Manóvil reconoció su confusión<sup>160</sup>, pero aclaró que no tuvo impacto alguno sobre su conclusión porque el funcionamiento es el mismo, es decir, la ejecución del contrato de compraventa de acciones y la posterior notificación a la sociedad de la transmisión de acciones<sup>161</sup>.

271. Las Demandantes también presentaron al Tribunal la "Nota descriptiva de las sucesivas transferencias de acciones de AGBA". Este documento no tiene formato de carta, porque no hace referencia a ningún autor, destinatario o fecha. Se determinó que conforma un documento resumen preparado por las Demandantes<sup>162</sup>. Este documento incluye una lista detallada de los cambios en la estructura accionaria de AGBA desde 1999 hasta 2006. Asimismo, señala los detalles de la participación accionaria de URBASER en AGBA y el hecho de que esta sociedad reviste el carácter de inversor. El documento indica que el 28 de septiembre de 2001 se celebró el contrato de compraventa de acciones entre URBASER y Dycasa mediante el cual se transfirieron 4,741,829 acciones clase "D" en AGBA a favor de URBASER y que, luego, los accionistas de AGBA emitieron una nota de fecha 28 de noviembre de 2001 mediante la cual informaron la transferencia de acciones (que se describe más adelante).

272. Si bien el Tribunal no tuvo a la vista el contrato del 28 de septiembre de 2001, existen pruebas suficientes de que dicho contrato se celebró en esa fecha y que lo sucedió una comunicación con los detalles de la transferencia de acciones acordada, según se comunicó a AGBA dos meses después, el 28 de noviembre de 2001. Este nivel de información también sugiere que el Tribunal no recibió los detalles, si es que existen, de la transferencia de las acciones de Dycasa acordada y, en particular, las 2,099,952 acciones clasificadas ya sea como intransferibles o sujetas a autorización, representativas del 4.66656% del capital de AGBA. Otros documentos brindan aclaraciones al respecto.

<sup>160</sup> TR-E, Día 2, págs. 221/18-224/14, 225/1-226/7, 234/9-20, 258/14-267/6, 289/12-290/4.

<sup>161</sup> TR-E, Día 2, págs. 233/7-9, 235/2-8.

<sup>162</sup> TR-E, Día 2, págs. 278/20-279/20, 280/17-281/1.

273. En la carta dirigida al Directorio de AGBA de fecha 28 de noviembre de 2001, los accionistas señalaron que lo siguiente era la interpretación de los suscriptores:

“que deberá contarse con la previa autorización de la autoridad competente del Contrato de Concesión a cargo de AGBA (el "Contrato de Concesión") exclusivamente para la transferencia de la siguientes participaciones accionarias objeto de las Transferencias, sujetas a las limitaciones establecidas por el artículo 4.7. del Estatuto y el Numeral 2.3. del Contrato de Concesión,... : (i) respecto de la Transferencia de DYCASA a URBASER: el 4.666560%;...” [Las partes omitidas se refieren a la transferencia de acciones de Impregilo].

Por lo tanto, los autores de la notificación, incluso Dycasa S.A. y URBASER, interpretaron que la transferencia de las 2,099,952 acciones pertenecientes a Dycasa estaba sujeta a autorización, dentro de las limitaciones establecidas en el Numeral 2.3 del Contrato de Concesión y el artículo 4.7 del Estatuto. Estos hechos también establecen que el contrato del 28 de septiembre de 2001 no puede por si mismo operar la transferencia de estas acciones, bajo la suposición de que se refiere a ello. Según el Prof. Manóvil, dicha autorización constituía una condición para ejecutar lo pactado en el acuerdo, es decir, para efectivamente transmitir la titularidad de las acciones y la eficacia de la transmisión frente a la sociedad<sup>163</sup>.

274. Esta fue también la interpretación del Ing. Biancuzzo, Vicepresidente Ejecutivo de AGBA, cuando envió una carta el 30 de Septiembre de 2002 al Organismo Regulador (ORAB) para informar acerca de la transferencia de acciones entre Dycasa y URBASER. Al respecto, en su carta efectuó una distinción, señaló que Dycasa S.A. “(1) ha transferido ... 2.641.877,2 acciones nominativas, no endosables, ... pertenecientes a la clase D ...” y “(2) tiene intención de transferir ... 2.099.952,1 acciones nominativas, no endosables, ...”, “sobre las que pesa el compromiso de mantener una participación intransferible en AGBA”<sup>164</sup>. Al describir los detalles de la operación, la carta explica que Dycasa transmitió a URBASER la totalidad de sus acciones libremente transferibles, mientras que URBASER “tiene la intención de adquirir la participación intransferible de DYCASA”, que representa 2,099,952.1 acciones. Asimismo, la carta afirma que la transferencia accionaria operada entre Dycasa y URBASER no alteró la composición accionaria de AGBA, porque se efectuó en el marco de una reestructuración interna del mismo grupo económico al que pertenecían ambas sociedades. El autor de la carta

<sup>163</sup> TR-E, Día 2, págs. 233/7-9, 235/4-8.

<sup>164</sup> La distinción entre una determinada cantidad de acciones transferibles e intransferibles de Dycasa S.A. no fue cuestionada ante este Tribunal. Conforme al Pliego de bases y condiciones, las acciones intransferibles debían constituir el 51 % del capital social con derecho a voto (sección 3.2) y los detalles de la participación accionaria de cada integrante se debían determinar sobre la base del acuerdo de vinculación entre los integrantes, el cual debía presentarse con la oferta de precalificación (sección 4.2.1[h]) y enumerado en el anexo 5 (sección 3.2). Y las respectivas porciones de las acciones intransferibles fueron identificadas en los Estatutos de AGBA (sección 4.5). Dycasa S.A. asumió una participación intransferible cuando se constituyó como accionista de AGBA por medio de la adquisición de la participación accionaria de Sideco Americana S.A., mediante Decreto N.º 757 de fecha 27 de marzo de 2002 (cf., también, Informe del Prof. Manóvil, párrs. 4.8 y 4.15).

concluye que, según él, la transmisión de la participación intransferible no es más que el corolario de la transacción mencionada anteriormente y acordada por el Oferente. Asimismo, agrega que considera que se debería prescindir de la autorización posterior en virtud del Contrato de Concesión. No obstante, el representante de AGBA no consideró que la transferencia haya sido autorizada y, por lo tanto, concluida. Afirmó que AGBA informó la cuestión al ORAB para su consideración, o la del órgano competente facultado a tal fin.

275. En su réplica de fecha 21 de octubre de 2002, el ORAB expuso que la autorización previa y expresa para transferir las acciones intransferibles debía provenir del Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires y no del ORAB. Las Demandantes citan diferentes declaraciones oficiales con respecto a este tema que respaldan, más o menos claro, el otorgamiento de esta autorización. Sin embargo, ninguna de ellas realmente emitió dicha autorización o declaró oficialmente que se podía prescindir de ella. El certificado suministrado por AGBA que confirmaba que Dycasa y URBASER integraban el mismo grupo económico, tampoco produjo este efecto ni tampoco prevaleció esta sugerencia, según lo afirmó el Prof. Bianchi<sup>165</sup>, que no existió una restricción a la transferencia de acciones cuando se efectuó entre quienes ya eran accionistas de AGBA.

276. Los documentos presentados ante el Tribunal ofrecen pruebas suficientes de que, por medio de la carta de fecha "noviembre de 2002", Dycasa S.A. informó a AGBA que había efectuado una transferencia de 2,641,878 acciones clase "D" a favor de URBASER, y que solicitó el registro de dicha transferencia en el Libro de Registro de Acciones. En virtud de las decisiones adoptadas por el Directorio de AGBA y lo registrado en las Actas de Directorio, esto se efectuó el 4 de diciembre de 2003, cuando se emitió el título accionario N° 12 a favor de URBASER, representativo de 2,641,878 acciones clase "D", mientras que el título accionario N° 11 se emitió a favor de Dycasa S.A., representativo de las 2,099,951 acciones restantes. Conforme a ello se procedió a la cancelación del título accionario N° 6, representativo de las 4,741,829 acciones de titularidad inicial de a Dycasa.

277. Por lo tanto, en 2003 Dycasa S.A. conservó la titularidad de 2,099,951 acciones intransferibles, es decir, sujetas a autorización. El informe del Tribunal carecía de pruebas que demostrasen el cambio de titularidad de las acciones de AGBA hasta 2006. La Nota de las Demandantes descriptiva de las sucesivas transferencias de acciones de AGBA no registra ningún movimiento entre 2004 y 2005. Aclara los hechos ocurridos en 2006, respaldados por los documentos presentados al Tribunal. Por medio de la carta de fecha 13 de febrero de 2006, Dycasa S.A. informó a AGBA que había efectuado una transferencia de 2,099,952 acciones clase "D" a favor de URBASER, y que solicitó el registro de dicha transferencia en el Libro de Registro de Acciones. De conformidad con

---

<sup>165</sup> Segundo Informe, párrs. 29 a 39, TR-E, Día 2, págs. 323/14-324/14.

las instrucciones del Directorio del 14 de marzo de 2006, se canceló el título accionario N° 11 y se emitió el título accionario N° 13 a favor de URBASER representativo de la misma cantidad de acciones. AGBA informó al ORAB mediante una carta de fecha 27 de marzo de 2006 al respecto y aclaró que, vencido el plazo de seis años establecido en el Contrato de Concesión, estas 2.099.952 acciones eran libremente transferibles, por lo que la participación de URBASER en el capital social de AGBA alcanzaba 26.34%. Asimismo, el Prof. Manóvil observó que en el registro de acciones de la sociedad no se inscribió la transmisión de las acciones que requerían autorización antes de haber transcurrido el plazo de seis años, por lo que no se configuró una violación de una norma legal<sup>166</sup>.

278. La conclusión a la que se arribó a raíz de estos hechos es que la transferencia de estas 2,099,952 acciones de Dycasa a favor de URBASER recién se efectivizó el 14 de marzo de 2006. En la medida en que esta transferencia implicó un incremento en la inversión de URBASER en AGBA, no tuvo efecto alguno antes de esa fecha. Por consiguiente, no se violó el artículo 2.3.3 del Contrato de Concesión ni las disposiciones respectivas de los otros instrumentos relacionados con la Concesión, dado que el período de 6 años había transcurrido cuando se efectivizó la transferencia de estas acciones. El Tribunal también considera que estas disposiciones únicamente se aplicaron a la transferencia de acciones. Bajo ningún punto de vista prohibieron o declararon ilegal un compromiso contractual asumido con anterioridad en virtud de dicha transferencia para que tenga efectos cuando sea posible con posterioridad.

279. En virtud de estos elementos fácticos vinculados a la transferencia de acciones y a las operaciones de los accionistas involucrados, el Tribunal considera que la excepción de la Demandada sobre la base de un supuesto abuso o fraude no puede prosperar. Las transferencias de las acciones intransferibles de Dycasa, según fueron informadas y contempladas, se efectuaron con total transparencia y eran conocidas por AGBA y el Organismo Regulador en los años 2001/02. Ninguna de las Partes en nombre propio o por representación planteó una objeción por fraude o una circunstancia similar. El Concedente tenía derecho a invocar sus derechos contemplados por el Numeral 14.1.3(o) del Contrato de Concesión para rescindir el Contrato en caso de que se produjera una transmisión de acciones sin la pertinente autorización. Si no procedió de esta manera se podría asumir que su omisión estaba justificada porque no había fundamento alguno para efectuar dicha rescisión y ciertamente tampoco había una razón para sospechar que los accionistas de AGBA habían cometido fraude.

280. En su Nota descriptiva de las sucesivas transferencias de acciones de AGBA, las Demandantes admiten que, con respecto a la transferencia de acciones acordadas el 28 de septiembre de 2001, "lo cierto es que solo pudo instrumentarse formalmente la transferencia de 2.641.878 acciones (correspondientes a las de libre transferencia) y Dycasa debió "en las formas" mantener la titularidad de las restantes 2.099.952 acciones

---

<sup>166</sup> TR-E, Día 2, págs. 245/16-246/2.

intransferibles hasta el cese de la restricción, hecho esto que ocurrió en febrero de 2006”. Agregaron que este “acuerdo privado” “no era oponible a terceros (Concedente, ORAB, etc.) respecto a la tenencia de las acciones intransferibles, Dycasa siguió figurando como accionista meramente a los efectos formales societarios. Así se asentó en el contrato de compraventa de acciones acompañado oportunamente”. La misma Nota agrega, como una interpretación jurídica que no ha sido desarrollada en las alegaciones de las Demandantes, que, no obstante, URBASER había adquirido la participación total de Dycasa en AGBA el 28 de septiembre de 2001, instrumentada mediante un contrato regulado por el artículo 35 de la Ley de Sociedades Comerciales por medio de la cual Dycasa D.A. incorpora a un tercero en calidad de socio con respecto a la participación en la sociedad de titularidad de este accionista. Según las Demandantes, este concepto jurídico de "socio del socio" permite sostener que URBASER reviste el carácter de inversor en los términos del artículo I(2) del TBI, ya que dicha norma define como inversión las “acciones y otras formas de participación en sociedades”. En la misma línea de ésta argumentación, el Prof. Manóvil se refirió al concepto de socio del socio<sup>167</sup> y a un tipo de sociedad de interés interna, la “sociedad accidental o en participación”<sup>168</sup>, con el efecto de que la transferencia de acciones se efectuó entre las Partes, mientras que, con respecto a AGBA, requerían autorización, que sea puesta en conocimiento de la sociedad y registrada oportunamente en el Libro de Registro de Acciones para que surta efecto<sup>169</sup>.

281. El Tribunal no comparte esta visión. En la misma Nota se admite que, la transferencia de las 2,099,952 acciones no era oponible a terceros y, por lo tanto, no podía constituir una inversión en relación con la República Argentina como Estado receptor en virtud del TBI, hasta que la transferencia no fuera legalmente válida y efectiva. La transferencia se consolidará con la inscripción en el Libro de Registro de Acciones<sup>170</sup>. Incluso si se califica a URBASER como "socio" de Dycasa S.A., cuando esta sociedad aún era titular de su segunda porción de acciones, dicha sociedad de interés se relacionaría exclusivamente con las relaciones internas entre estas dos sociedades, pero no crea ninguna “forma de participación” en AGBA por lo que dicho contrato resultaría, sobre la base de la propia admisión de las Demandantes, inoponible. Además, la interpretación jurídica de la Nota mencionada anteriormente necesariamente respalda la errónea conclusión de que sería posible que un mismo grupo de acciones pertenezca a dos inversores diferentes, uno de ellos titular de los bienes y el otro en carácter de su "socio". Esta situación no es la que pretende contemplar el artículo I(2) del TBI. No existe referencia alguna en el TBI que describa esta situación como un tipo de haber en los términos del artículo I(2), dicho haber debe ser adquirido por un posible accionista, no por un adquirente de las acciones de AGBA que aún no ha sido confirmado. Por lo tanto, URBASER S.A. no puede ser considerado un accionista en relación con las acciones en las que únicamente tenía un "interés económico", siempre y cuando su transferencia

<sup>167</sup> Informe, párrs. 5.26 a 5.32; TR-E, Día 2, págs. 272/22-273/2.

<sup>168</sup> TR-E, Día 2, pág. 294/18-297/12.

<sup>169</sup> Informe, párrs. 5.15-5.21, TR-E, Día 2, págs. 267/12-268/17, 271/6-272/21, 298/11-20, 366/1-367/20.

<sup>170</sup> Cf. Prof. Manóvil y Nissen, TR-E, Día 2, págs. 366/7-368/9.



no se haya efectuado de manera legal y efectiva. Como indicó el Prof. Nissen al Tribunal, no existe diferencia entre los derechos no revelados de un accionista y el accionista formal en el derecho societario argentino<sup>171</sup>. En todo caso, el argumento de las Demandantes en esta línea de razonamiento es irrelevante, porque el contrato de compraventa de acciones que constituiría un fundamento jurídico para la transferencia de un "interés económico" no ha sido sometido al Tribunal.

282. Por lo tanto, el Tribunal llega a dos conclusiones. Primero, la adquisición de las acciones de Dycasa S.A. por parte de URBASER se efectuó de manera legal. No se cometió ningún acto ilegal con respecto a la transferencia de las 2,099,952 acciones inicialmente intransferibles, porque dicha transferencia se consolidó en marzo de 2006, una vez transcurrido el plazo de seis años durante el cual se requería una autorización. De conformidad con lo antedicho, se debe desestimar la excepción de la Demandada.

283. Segundo, el hecho de que la transferencia únicamente se efectivizó en marzo de 2006 también significa que el incremento de la inversión de URBASER, que estaba representado por estas 2,099,952 acciones, se consolidó con posterioridad al 24 de enero de 2006, cuando URBASER presentó la comunicación de la controversia ante el Gobierno de la República Argentina, pero, igualmente, más de un año antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje en julio de 2007. El Tribunal considera que la fecha de presentación de la Solicitud de Arbitraje es la fecha relevante para la determinación de los haberes que integran la inversión. El hecho de que URBASER haya optado por comprometerse contractualmente con un tercero para realizar dicha inversión no produce efecto alguno sobre este punto, ya que lo que importa es la fecha en la cual realmente se efectuó la inversión a los fines del artículo X del TBI. Esto significa que las 2,099,952 acciones transferidas a URBASER en marzo de 2006 forman parte de su inversión y, por lo tanto, están incluidas dentro del marco de la competencia del Tribunal. La existencia de supuestas violaciones posteriores del TBI que hayan tenido un efecto real sobre el valor de estas acciones, como se registraron en marzo de 2006, y hayan causado un daño a URBASER, y, de haber existido, la extensión de dichas violaciones, deberá determinarse en la fase correspondiente a las cuestiones de fondo de esta controversia.

C. La participación accionaria de CABB en AGBA y sus Contratos de Cuentas en Participación con terceros.

1. *La posición de la Demandada*

284. La Demandada señala que CABB era el Operador Técnico de la Concesión otorgada a AGBA. La persona del Operador Técnico era sumamente significativa porque ocupaba un puesto esencial en la operación de la Concesión. En la misma línea, el

---

<sup>171</sup> TR-E, Día 2, pág. 192/5-17.

Operador Técnico debía ser el titular de una participación accionaria nominativa mínima del 20% sobre el capital y los votos, la que será absolutamente intransferible, sin posibilidad de autorización alguna. La participación accionaria del Operador está contemplada por el artículo 2.3.2 del Contrato de Concesión que establece lo siguiente:

“El Operador deberá ser titular de una participación accionaria nominativa mínima del veinte por ciento (20 %) sobre el capital y los votos del Concesionario, la que será intransferible durante los primeros seis (6) años de la Concesión. Luego de ese lapso, el Operador podrá reducir dicho porcentaje previa autorización del Concedente, siempre que mantenga por lo menos el diez por ciento (10 %) del capital y los votos del Concesionario, constituido por acciones nominativas. Transcurridos los primeros doce (12) años de la Concesión, el Operador podrá disponer libremente de su participación accionaria. Las restricciones referidas regirán también en los casos de aumento del capital del Concesionario”.

Según la Demandada, la importancia de la persona del Operador Técnico *intuitio personae* no puede ser lo suficientemente destacada. En virtud de la relevancia que tiene el Operador Técnico éste debía mantener una participación accionaria de por lo menos el 20 %, la cual es absolutamente intransferible durante los primeros 6 años de vigencia de la Concesión.

285. Por este motivo, la Demandada se sorprendió cuando tomó conocimiento de que CABB transfirió su participación a Urbaser, Aguas de Bilbao SA, Consorcio Bilbao Bizkaia (BBK) y la Sociedad para la Promoción y Reconversión Industrial (SPRI) por medio de Contratos de Cuentas en Participación. Según la Demandada, CABB actuó con flagrante mala fe al realizar Contratos de Cuentas en Participación con otras entidades de desconocida capacidad técnica a espaldas del Concedente y del Ente Regulador. Según la información que ha podido recolectar recientemente la Demandada, esta considera que se encuentra en condiciones de aseverar que CABB incumplió el marco jurídico aplicable a la Concesión. La Demandada también señala que CABB ocultó dichos contratos. Según la Demandada, los documentos que aún deben presentar las Demandantes confirmarán estas transferencias ilegales.

286. La Demandada se enteró que estos contratos fueron suscritos por medio de una publicación en el diario *El País*, fechada el 9 de enero de 2006, en la que BBK y SPRI fueron mencionadas como socias de AGBA. A la luz de lo publicado por el diario El País, la Demandada concluyó que CABB, al transferir su responsabilidad a fondos de pensión, violó flagrantemente todos los compromisos asumidos.

287. La Demandada logró acceder al “Informe de Fiscalización” del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas del Consorcio de Aguas Bilbao-Bizkaia 2001 del 17 de marzo de 2003, por medio del cual descubrió que los presupuestos del Consorcio no han contemplado consignación presupuestaria alguna para hacer frente a la citada toma de participación:

“... los presupuestos del Consorcio no han contemplado consignación presupuestaria alguna para hacer frente a la citada toma de participación” (página 55).

Por lo tanto, tras más de dos años de otorgada la Concesión, CABB no había asignado partida presupuestaria alguna para hacer frente a su participación accionaria. Además, esta cuestión se refleja en el acta de la Asamblea General del CABB del 22 de febrero de 1999, en la que decidió que en ningún caso se aportará capital procedente del Consorcio en caso de resultar adjudicataria:

“indica el Presidente que, tal como se acordó por la Asamblea, en ningún caso se aportará capital procedente del Consorcio en la sociedad a constituir en caso de resultar adjudicatarios”.

Según el citado Informe de Fiscalización, CABB firmó 10 Contratos de Cuentas en Participación con varias entidades por un importe de 3,735 millones de pesetas. La Demandada alega que estas transacciones no fueron comunicadas a la Provincia de Buenos Aires, información que tampoco fue autorizada por la Asamblea General del CABB (como se debería haber efectuado conforme los Estatutos de CABB). Asimismo, la Demandada explica que del citado Informe de Fiscalización se desprende que el capital social suscrito por el CABB ascendía al 22.2%, participación que, violando el marco jurídico aplicable a la Concesión, fue íntegramente cedida a terceros como URBASER, Aguas de Bilbao S.A., BBK y SPRI, de manera tal que la participación efectiva directa del CABB fue cero.

288. La Demandada explica que el Informe demuestra que CABB jamás pagó por su participación en AGBA. CABB explicó al Tribunal de Cuentas que la toma de participación fue realizada mediante la figura de los Contratos en Cuentas de Participación, sin que se aportase cantidad económica alguna de las partidas presupuestarias del Consorcio. Dichas participaciones eran formales, con cesión de todos los derechos y obligaciones a otras Entidades de reconocida solvencia. CABB reconoció voluntariamente ante el ente supremo de fiscalización del País Vasco que no hizo aporte alguno para su toma de participación accionaria en AGBA que además denomina a sus participaciones accionarias como meramente formales, en tanto la participación accionaria real estaba en control de "otras entidades". La Demandada ha advertido que esta situación configura una violación del artículo 2.3.1 y el artículo 2.3.2 del Contrato de Concesión. CABB también incurrió en significativas irregularidades legales. La autoridad fiscalizadora del Gobierno vasco también recalcó que las actuaciones del CABB en la Argentina carecieron de los informes jurídicos y económicos obligatorios, que los Contratos de Cuentas en Participación no contaron con la autorización de la Asamblea del Consorcio y que, además, CABB se encontraba incapacitado para licitar en la presente Concesión dado que solo podía actuar dentro del ámbito propio de los Municipios que lo integraban.

289. La Demandada alega que CABB ocultó deliberadamente a la República Argentina y a éste Tribunal la existencia de acuerdos laterales con Urbaser, Aguas de Bilbao S.A., BBK, y SPRI. CABB no hubiera tenido su participación del 20% que había asignado a terceros, sin informar a las autoridades de la Argentina. La falta de presentación por parte de las Demandantes de remitir la documentación solicitada el 27 de julio de 2011 demuestra su intención deliberada de ocultar estos Contratos de Cuentas en Participación y demuestra su mala fe. CABB violó ostensiblemente el régimen jurídico aplicable a la Concesión defraudando así dolosamente al Concedente. Si las violaciones de CABB hubieran sido advertidas por el Concedente, habría sido causa de rescisión contractual con culpa de la Concesionaria (artículo 14.1.3 del Contrato de Concesión).

290. La Demandada concluye que CABB procedió intencionalmente en violación de la legislación de la República Argentina y las disposiciones del Contrato de Concesión. Por lo tanto, la Demandada objeta la presunta legitimación de CABB como inversor amparado por el TBI.

## 2. *La posición de las Demandantes*

291. Las Demandantes rechazan la excepción de la Demandada afirmando que es absolutamente falso que CABB haya transferido su participación en AGBA. La pretensión de la Demandada falla por su base dado que los Contratos de Cuentas en Participación, que son una figura regulada por el Derecho español, no suponen transmisión de las acciones, permaneciendo las mismas bajo la titularidad del cuentapartícipe gestor, quien es el único que mantiene una relación jurídica con los demás accionistas y la Concesionaria. Los Contratos de Cuentas en Participación constituyen una fórmula más de financiación que pertenece al fuero interno de CABB. La operación efectuada en virtud de dichos contratos fue declarada legalmente válida y no acarrió la transferencia de las acciones de CABB en AGBA a ningún tercero. Por lo tanto, la excepción de la Demandada es completamente inadmisibles.

292. Las Demandantes explican que los Contratos de Cuentas en Participación constituyen una fórmula de financiación, expresamente reconocida y regulada por el Derecho español, reconocida por los tribunales españoles y perfectamente integrada en el tráfico mercantil. Dicho contrato se suscribe entre una entidad gestora y una entidad no gestora, recibiendo la primera aportación de capital por parte de la segunda, con el fin de dedicarlas al negocio o actividad económica. En el Contrato de Cuentas en Participación intervienen al menos dos sujetos, el gestor o la entidad gestora y el partícipe. De conformidad con los Artículos 239 a 243 del Código de Comercio español, las características más relevantes de la expresada figura son las siguientes: (i) las aportaciones de fondos que pasan a propiedad del gestor, (ii) sin ningún tipo de publicidad formal o material, (iii) la titularidad del negocio permanece en manos del

gestor, (iv) el derecho del partícipe a las ganancias en la proporción que se establezca. La existencia de un único gestor al que corresponde la titularidad del negocio es fundamental. Por lo tanto, este contrato no concede al partícipe facultades de gestión ni le otorga condición alguna de socio. No puede intervenir en la toma de decisiones de la sociedad en ningún nivel. El partícipe tiene la misma relación con la compañía que la que tendría un banco que concediera un crédito a uno de los socios. Es decir, ninguna.

293. Las Demandantes han presentado un Contrato de Cuentas en Participación suscrito por CABB y URBASER el 23 de mayo de 2000 y no se aportaron los demás contratos en los que participan terceros ajenos a este arbitraje (aparentemente Aguas de Bilbao SA, BBK y SPRI). Alegan que este contrato es suficiente para acreditar que no es sino la fórmula utilizada para financiar su participación.

294. Al mencionar las alegaciones de la Demandada, que conducen a la idea de que el efecto de dicho contrato es mantener la titularidad formal de una participación, cuando se ha transferido la titularidad real, las Demandantes señalan que por el contrario, el Contrato de Cuentas en Participación entre CABB y URBASER específicamente establece que la gestión de la participación deberá ser exclusivamente asignada a CABB. Queda vedado a los partícipes (como URBASER) su injerencia en la gestión del negocio. Podrán tener una participación en el resultado de su negocio, pero no en el negocio mismo. No genera transmisión de la titularidad de las participaciones ni alteración de la identidad del socio. El partícipe no puede intervenir en la toma de decisiones de la sociedad. El negocio continúa perteneciendo privativamente al gestor-propietario.

295. Las Demandantes señalan que CABB siempre mantuvo la titularidad de su participación en AGBA. El mismo Contrato suscrito por CABB y URBASER S.A. da cuenta de la participación de CABB en AGBA y dice en su Expositivo 2 que la participación real y material de CABB en AGBA es del 22.22% (20% si se excluye el porcentaje referente al PPAP). CABB efectuó directamente las aportaciones al capital de AGBA con cargo a sus cuentas bancarias. CABB participó de forma activa en la mencionada empresa Concesionaria, formando parte de su Directorio y en lo relativo a su intervención como Operador. Las Demandantes señalan que desde el año 2000, las Cuentas Anuales de CABB dan cuenta de esta participación accionaria (sección 6.3, 6.4).

296. Las Demandantes observan que la excepción de la Demandada se basa en el Informe de Fiscalización del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas suscrito el 17 de marzo de 2003, que debía confeccionarse de conformidad con el Derecho español. El TBI solo requiere que la inversión se efectúe de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión. Por lo tanto, la Demandada no tiene derecho a ir más allá de los requisitos de dicha legislación. Las irregularidades que señaló la Demandada no fueron consideradas relevantes. En el Informe de 2008 se estableció que se ha producido una reducción significativa de los incumplimientos y deficiencias detectadas. Asimismo, los auditores

de CABB en ningún momento plantearon objeciones sobre la inversión y su registro en las cuentas de CABB.

297. Las Demandantes también señalan que la Asamblea General del CABB, en Sesión Extraordinaria celebrada el 24 de febrero de 1999, se aprobó la participación de CABB en la Licitación Pública. La adquisición de las acciones de AGBA fue autorizada por la Asamblea General de CABB.

298. Cuando la Demandada hace hincapié en que en la citada Asamblea de febrero de 1999 se habría acordado que en ningún caso se aportará capital procedente del Consorcio en la Sociedad, se refirió a una afirmación del Presidente que quiso decir que CABB financiaría con fondos externos su aportación al capital de AGBA. Por esto, no se iba a extraer esa aportación de los presupuestos de CABB. Hasta el 31 de diciembre de 2001, fueron contabilizadas en cuentas extrapresupuestarias. Pero indicaron que, a partir del año 2002, también se contabilizaron en la contabilidad presupuestaria.

### 3. *Las conclusiones del Tribunal*

299. La segunda parte de la tercera objeción de la Demandada comprende la calificación de CABB como accionista de AGBA, que es, entre otras cosas (según la Demandada) un requisito previo para su legitimación activa en este procedimiento. Tanto las autoridades de la Argentina como AGBA reconocen que CABB operó desde el comienzo de su participación como uno de los accionistas de AGBA y, más aún, en calidad de Operador Técnico. La controversia tiene relación con la conclusión a la que llegó la Demandada de los Contratos de Cuentas en Participación que genera, según la Demandada, la transmisión de la participación accionaria perteneciente a CABB a los beneficiarios de estos contratos que también asumían la carga de financiar la participación de CABB en AGBA. Con respecto al pago efectivo de las participaciones accionarias de CABB a favor de AGBA, la Demandada de ninguna manera ha refutado el argumento de las Demandantes y las pruebas de que CABB efectuó las aportaciones al capital de AGBA con cargo a sus propias cuentas bancarias.

300. Si bien la Demandada mencionó diez contratos, el Tribunal reconoce solo dos de ellos y lamenta que las Demandantes no hayan presentado más de un ejemplar. La existencia de esos diez contratos se extrajo del Informe de Fiscalización de 2001 del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas de fecha 17 de marzo de 2003. Ese Informe mencionó todas las actuaciones de CABB en virtud de dichos contratos y también dio cuenta de las participaciones vinculadas con inversiones de CABB en Uruguay. La sección de la lista que se refiere a AGBA indica solo dos de esos Contratos de Cuentas en Participación, uno suscripto con URBASER, presentado ante este Tribunal, y el otro suscripto con Aguas de Bilbao S.A., una sociedad en la que CABB es titular del 51 % de la participación accionaria. En virtud de la presentación de estos Contratos de Cuentas en

Participación, que pueden encontrarse en otros expedientes similares, el Tribunal considera que ciertamente incluyen ciertas características financieras y jurídicas y que conforman los dos contratos que contemplan la actuación de CABB en AGBA. Se puede interpretar que el contrato suscripto con URBASER ofrece suficientes pruebas acerca de su contenido y se complementa con la información de los estados contables de CABB.

301. La sorpresa que declara la Demandada no parece lo suficientemente real, dado que tiene relación con el simple hecho de que la financiación de CABB con respecto a su participación accionaria provenía de terceras personas. De hecho, esta tercerización de la participación de CABB en AGBA estaba expresamente indicada en las Actas de la Asamblea general de CABB de fecha 24 de febrero de 1999, que son de registro público. Esta Asamblea fue mencionada en los considerandos del Estatuto de AGBA, confeccionado el 2 de diciembre de 1999, en el que se aclaró que en esta Asamblea se decidió la participación de CABB en AGBA. El Directorio de AGBA, el Organismo Regulador de AGBA y el Concedente tenían la facultad de solicitar el acceso a dichas Actas para efectuar consultas.

302. No podría haber sorpresa alguna por la existencia de los acuerdos jurídicos asumidos por CABB con respecto a estas terceras partes. Al someter el Contrato de Cuentas en Participación suscripto con URBASER a una inspección estricta, parece claro que los compromisos acordados se vinculan principalmente con los recursos financieros de URBASER S.A. como Cuentapartícipe, lo que incluye tanto la disposición de fondos como la distribución de beneficios correspondiente a un 11.11% de la participación de CABB (cláusula primera y segunda). Esta participación incluye la participación en las pérdidas en proporción al importe de su participación (cláusula 6.3). CABB no podrá gravar su participación en la sociedad sin la autorización de URBASER S.A. CABB tenía la obligación de depositar las acciones en URBASER S.A. Si tal depósito en garantía no era posible, las mencionadas acciones debían ser depositadas en una Entidad financiera elegida por URBASER S.A. (cláusula 4.2).

303. En oposición a los argumentos de la Demandada, este acuerdo no tiene ninguna disposición que contemple una transferencia completa o parcial de las acciones de AGBA a URBASER S.A. como partícipe fundador. Las alegaciones de la Demandada no incluyen ningún análisis de este contrato. Asimismo, la Demandada no ha indicado al Tribunal ninguna disposición específica que pueda crear un conflicto con la calidad de inversor y Operador de CABB.

304. En particular, la afirmación de la Demandada de que todos los derechos y obligaciones de CABB han sido cedidos a terceros, que las acciones estaban en manos de "otras Entidades" y que, por lo tanto, configuraba una violación de los artículos 2.3.1 y 2.3.2 del Contrato de Concesión, no encuentra respaldo alguno en el Contrato de Cuentas en Participación. En efecto, la Demandada no indica disposición alguna al Tribunal que

pudiera haber producido dicho efecto. Tampoco se ha indicado que CABB, en este punto, incurriera en ocultamiento o reticencia de la información, que le daría derecho al Concedente a rescindir el Contrato de Concesión (artículo 14.1.3[i]), tal como lo señaló el Prof. Mata<sup>172</sup>. Este Experto no mencionó dicha disposición, ni que CABB no era Parte del Contrato de Concesión.

305. Asimismo, el contrato establece expresamente que la gestión de la actividad correspondía en forma exclusiva a CABB (cláusula 5.1). Según los Estatutos de AGBA, la gestión de la actividad, en particular en lo que corresponde al puesto de Operador Técnico, exigía que CABB sea titular de una participación accionaria de al menos 20% del capital de AGBA. CABB nunca cedió ninguna parte de dicha participación en AGBA y la Demandada no va más allá de alegar en su excepción que CABB había cedido su "participación accionaria real" a terceras personas. Asimismo, incluso si se asumiera que existía un tercero oculto que regulaba la participación de CABB en AGBA, conforme a lo que parece ser la interpretación de la Demandada, este Tribunal no ha encontrado ninguna justificación fáctica que respalde dicho argumento: El argumento de la Demandada es aún más inverosímil porque cualquier actividad en AGBA estaba expresamente definida como responsabilidad de CABB<sup>173</sup>. Por lo tanto, no existe comparación posible con el caso presentado al Tribunal del caso *Inceysa* en el que el inversor llevó a cabo una conducta dolosa<sup>174</sup>. Asimismo, se puede establecer una diferencia significativa entre esta controversia y los hechos sometidos al Tribunal del caso *Fraport*. Los casos son distinguibles y, por ende, carecen de pertinencia. En dicho procedimiento el inversor acordó en secreto la gestión y el control de la inversión y esta conducta se consideró atroz y en violación de la legislación del Estado receptor<sup>175</sup>.

306. Por estos motivos, la excepción de la Demandada de que CABB había acordado transferencias de sus acciones a terceras personas por medio de Contratos de Cuentas en Participación no puede prosperar. Dado que dicha transferencia de acciones no se efectuó, sea *de facto* o *de jure*, el argumento de la Demandada de que CABB ha violado los artículos 2.3.1 y 2.3.2 del Contrato de Concesión tampoco puede prosperar. Si bien afirma que CABB actuó en violación de la legislación de la República Argentina, la Demandada no menciona disposición alguna, más que las reglas del Contrato de Concesión que regulan las transferencias de acciones. En efecto, este Contrato, los Estatutos de AGBA y el Pliego de bases y condiciones no contemplan disposición alguna que impida la suscripción de los contratos con los accionistas para acordar la financiación y la distribución de los beneficios y las pérdidas resultantes de las respectivas acciones.

---

<sup>172</sup> TR-E, Día 1, pág. 86/3-17.

<sup>173</sup> Debe señalarse que la determinación de la persona del Operador Técnico "intuitu personae" no está tan fuertemente vinculado a CABB, según lo alegó la Demandada al mencionar las disposiciones del numeral 3.3.4 del Pliego de bases y condiciones que permite que el Operador cumpla con los requisitos por medio de otras sociedades integrantes de su mismo grupo económico.

<sup>174</sup> *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo del 2 de agosto de 2006, párrs. 240-244.

<sup>175</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/03/25, Laudo del 16 de agosto de 2007, párrs. 394-404. Este Laudo, señaló la Demandada, fue anulado el 23 de diciembre de 2010.



Por consiguiente, se desestima la excepción de la Demandada que contempla una supuesta transferencia oculta de acciones efectuada por CABB a favor de terceras personas.

307. Con respecto a la financiación del capital que conforma las participaciones accionarias de CABB, se puede agregar que ni el TBI ni el Convenio CIADI incluyen restricción alguna que requiera la determinación del origen de los fondos. El artículo I(2) del TBI contempla "todo tipo de haberes", sin importar si esos haberes provienen de una tercerización. El Convenio CIADI no determina que una "inversión" se financie con capital de algún tipo de origen en particular.

D. Legitimación activa de CABB como organismo público sin la autorización del Reino de España.

1. *La posición de la Demandada*

308. La Demandada afirma que CABB constituye una subdivisión política u organismo público del Reino de España. Agrega que, en virtud del artículo 25(1) y del artículo 25(3) del Convenio CIADI, España como Estado Contratante debía manifestar su consentimiento para someter la presente controversia a arbitraje, si dicho Estado Contratante no notificó al Centro que tal consentimiento previo no era necesario. Ambos requisitos de designación y aprobación por parte del Estado deben cumplirse en el caso de que una subdivisión política u organismo público esté actuando como demandante o demandado en un arbitraje del CIADI. En el caso de un organismo que obre con una personalidad legal separada a quien se le confía funciones gubernamentales, lo importante es si el organismo realiza funciones públicas en representación del Estado Contratante o de una de sus subdivisiones políticas.

309. La Demandada alega que CABB está claramente incluido dentro de estos conceptos y encuadra en los términos del artículo 25(3) del Convenio CIADI. CABB debería haber sido designado por el Reino de España a tal fin y debe contar con su aprobación. Dado que no se cumplió con ninguna condición, el reclamo de CABB se encuentra comprometido.

310. La Demandada también explica que en la especial organización territorial del Estado español, los Municipios gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses y poseen capacidad jurídica plena. La autonomía de los Municipios está garantizada. Los Municipios son administraciones públicas, más que solo subdivisiones geopolíticas. Por lo tanto, ellas están investidas con un carácter público que es autónomo o quasi autónomo. En lo que concierne al artículo 25.2.1 de la Ley 7/1985, su competencia incluye el suministro de agua, alcantarillado y saneamiento de aguas residuales. El artículo 85 de la Ley 7/1985 dispone que los Municipios pueden adoptar

diferentes formas de organización. En este caso se escogió la modalidad de consorcio (artículo 87 de la Ley 7/1985).

311. La Norma Foral 3/1995 de Bizkaia regula la naturaleza de los consorcios como organismos públicos, cuya finalidad consiste en la consecución del interés público mediante el cumplimiento de funciones públicas (artículo 2.1). Los Consorcios tendrán personalidad y capacidad jurídica (artículo 2) y potestades administrativas (artículo 4). En 1967 se constituyó CABB entre una serie de Municipios del territorio de Bizkaia para la instalación y gestión de los servicios de interés local. En el año 1972, sus fines fueron ampliados. En última instancia, los Estatutos estaban regulados por la Norma Foral 3/1995. Los Estatutos establecen que el consorcio está integrado por una serie de Municipios y que mantendrá el carácter de entidad local que ha venido ostentando desde su constitución (artículo 1). Los Estatutos recogen un amplio catálogo de facultades administrativas (artículo 4) y su régimen económico está sujeto a la normativa de las entidades locales (artículo 31).

312. La Demandada agrega que a los Municipios se les atribuye la obligación de prestar servicios públicos de abastecimiento y saneamiento en su ámbito territorial. Para llevar a la práctica la prestación de tales servicios los Municipios pueden hacerlo por sí mismos o creando una serie de entidades previstas en el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local. En la presente controversia, se optó por formar un consorcio, como mecanismo de cooperación administrativa para aunar esfuerzos de cara a reducir costes que no habrían podido ser asumidos por Municipios de pequeño tamaño. El consorcio adoptó la forma jurídica recogida en el artículo 87 de la Ley 7/1985, desarrollada por el Real Decreto Legislativo 781/1986 en su artículo 110 y concretada territorialmente en Bizkaia a través de la Norma Foral 3/1995. Dichas normas subrayan su naturaleza de ente público local con fines de organización territorial y administrativa que se traduce en una agrupación de Municipios y, consecuentemente, se halla integrado en la organización del Estado español.

313. CABB es una entidad pública local creada con fines de cooperación interadministrativa entre una serie de Municipios e integrada en la estructura de organización territorial del Estado. No es una entidad particular guiada por fines empresariales o mercantiles y, desde luego, no guiada por la finalidad de lucro. Por lo tanto, la Demandada concluye que las Demandantes no están legitimadas para someter la presente controversia al arbitraje del CIADI sin la autorización previa del Reino de España. La falta de autorización es prácticamente incuestionable. Tampoco se discute el carácter normativo como condición precedente. Necesariamente se debe concluir que, ante la falta de dicha autorización, CABB carece de legitimación activa jurídica en el presente arbitraje.

## 2. *La posición de las Demandantes*

314. Las Demandantes explican que la participación de CABB en el arbitraje no puede ser enmarcada dentro del concepto o la caracterización de una subdivisión política o un organismo público conforme a los términos del Artículo 25(1) y Artículo 25(3) del Convenio CIADI, como alega la Demandada. Las subdivisiones políticas u organismos públicos que están sujetos a las disposiciones del Artículo 25(1) y Artículo 25(3) son aquellas del Estado receptor. El Artículo 25(1) expresamente establece que esta disposición se extiende a cualquier subdivisión/organismo de un Estado Contratante. Se refieren a las subdivisiones u organismos del Estado receptor, en oposición a aquellos del Estado Contratante inversor. El “nacional de otro Estado Contratante” es el inversor. El hecho de que la misma disposición se aplique tanto para demandantes como para demandados no significa que se aplique de la misma manera cuando una subdivisión política o un organismo público es parte en una controversia en calidad de inversor. Los casos que requieren autorización previa del Estado son aquellos en los que las subdivisiones/organismos tienen la intención de impulsar un procedimiento contra un inversor.

315. Las Demandantes señalan que las excepciones de la Demandada se basan en otras consideraciones acerca de CABB que no son correctas. CABB es un organismo público como se establece en la Solicitud de Arbitraje. Así como también en sus Estatutos. Hasta que presentó su Réplica, luego de cinco años, la naturaleza pública de CABB nunca había perturbado a la Demandada. La naturaleza pública de CABB no es obstáculo a su participación como Demandante en el presente procedimiento arbitral, dado que actuó como sujeto sometido al Derecho privado. No es cierto que CABB sea una entidad integrada en la estructura organizativa territorial de España. Los Municipios sí son parte de la estructura, pero los Consorcios no lo son. CABB no intervino como un agente del Estado español, sino en régimen de igualdad con cualquier otra persona física o jurídica privada. Dicha legitimación fue analizada y confirmada en los Informes emitidos sobre la inversión de CABB en Uruguay. El Informe del Prof. Dr. Tomás Ramón Fernández en esta controversia también confirma la naturaleza de la actividad de CABB. De hecho, CABB se enrola en una actividad privada sujeta al mismo Derecho aplicable a los demás sujetos privados con los que puedan entrar en competencia. CABB actuó bajo la esfera de Derecho privado y, en ningún caso, ejerciendo funciones públicas, ni actuando como agente del Estado español.

316. Las Demandantes señalan que, para decidir la legitimación del inversor, lo determinante no es su naturaleza pública o privada, sino la condición con que actúa. CABB está plenamente legitimado para acudir al presente procedimiento arbitral. CABB tiene personalidad jurídica propia y diferenciada de la personalidad jurídica correspondiente a sus integrantes, los Municipios y el Gobierno vasco. Su actividad es coincidente con la de una entidad privada. El hecho de que la actividad de la

Concesionaria satisfaga un interés público, no impide que la prestación corra a cargo de una entidad privada. Asimismo, la adjudicación de la concesión no le asigna actividades de naturaleza pública. Lo relevante son las actuaciones concretas que han dado lugar al presente arbitraje. Es más, la capacidad de CABB para realizar este tipo de actuaciones fuera del ámbito territorial de los Municipios consorciados está condicionada por su actuación en régimen de Derecho privado. Hasta tal punto es idéntica la actuación de CABB en Argentina a la de cualquier inversor privado. En definitiva, CABB acude al presente arbitraje con los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro inversor privado.

317. Las Demandantes explican la regularidad y legalidad de las inversiones de CABB en el extranjero. Señalan que con ocasión de la participación de CABB en una licitación en Uruguay también se había presentado la misma situación, ya que se puso en duda la capacidad de CABB para operar fuera de su ámbito territorial. CABB solicitó opinión de expertos legales que vinieron a confirmar la capacidad del CABB para concurrir a este tipo de licitaciones en Argentina. En todo caso, la participación de CABB nunca fue puesta en duda por la República Argentina ni por la Provincia. Un Informe reciente presentado por las Demandantes ante este Tribunal y emitido por el Prof. Tomás Ramón Fernández confirma esta posición.

318. Las Demandantes también confirman la regularidad del acuerdo de CABB de someter la cuestión a arbitraje. En su escrito de 27 de julio de 2011, la Demandada solicitaba la presentación de ciertos documentos sobre esta cuestión, a saber, del Acta de su Asamblea General donde conste su decisión de iniciar el presente arbitraje y la decisión de apoderar al letrado que suscribe la Dúplica de las Demandantes. Las Demandantes cuestionan que la República Argentina planteó esta cuestión cuando ya habían transcurrido más de cuatro años desde que fuera presentada la Solicitud de Arbitraje. El documento solicitado se presentó como Documento 2 de la Solicitud de Arbitraje. Los Estatutos de CABB fueron aportados al arbitraje junto con el Memorial de Demanda. Otros Acuerdos que confirman la decisión firme de someter la controversia a arbitraje se advierten en el Acta de la Sesión del Comité Directivo de CABB celebrada el 20 de diciembre de 2005, el Acta de la Sesión Ordinaria de la Asamblea General celebrada el 30 de octubre de 2006 y la Protocolización notarial del Decreto de 5 de diciembre de 2006. La Memoria correspondiente a las cuentas del ejercicio 2006 figura una referencia expresa al arbitraje. La Demandada reafirma que tanto la Asamblea, como el Comité Directivo de CABB son conocedores de la sustanciación de este procedimiento arbitral.

### 3. *Las conclusiones del Tribunal*

319. Las excepciones de la Demandada asignan una gran importancia a su interpretación de la naturaleza pública del objeto social y las actividades de CABB, es

decir, la instalación y gestión de los servicios de interés local en el territorio de Bizkaia. Las Partes admiten que la personalidad jurídica y la capacidad de obrar de CABB están reguladas por las reglas de derecho internacional privado de la República Argentina y del Derecho español. Las funciones de CABB como accionista y Operador Técnico de AGBA estuvieron sujetas a la legislación de la República Argentina. No obstante, estos hechos apenas dan cuenta de la situación completa. En efecto, para comprender la personalidad jurídica en la República Argentina, se deben reconocer los actos realizados en relación con los actos llevados a cabo bajo el reconocimiento de la personalidad jurídica de CABB en ese país. En primer lugar, el Tribunal menciona los Estatutos de AGBA incluidos en el acta notarial del 2 de diciembre de 1999<sup>176</sup>, donde se reconoció ampliamente la capacidad del representante de CABB y su facultad para constituir a AGBA como el vehículo de la inversión local. Ni la validez de este documento jurídico ni su contenido con respecto a CABB han sido cuestionados o incluidos en un procedimiento de anulación: no se incluye en la excepción de la Demandada sobre la legitimación de CABB para ser Parte en este arbitraje. Segundo, el Tribunal señala el certificado notarial del 26 de mayo de 1999, el cual reconoce la personalidad jurídica de CABB habilitada para registrarse de conformidad con el artículo 123 de la Ley 19.550 en la Provincia de Buenos Aires. El Tribunal no tiene motivos para dudar de la autenticidad de este documento. Si este documento fuera ilegal o, de alguna manera, careciera de efectos jurídicos, parecería que debería conformar el objeto de un procedimiento para decidir su anulación. Mantiene su personalidad jurídica a menos que una autoridad competente decreta lo contrario. El Tribunal no ha sido informado acerca de dicho procedimiento o que, de alguna manera, forme parte del presente procedimiento arbitral. Asimismo, la Demandada no objetó ni la existencia ni la validez de este documento. Por lo tanto, estos dos documentos jurídicos, ambos redactados como instrumentos auténticos, gestionados por notarios facultados para obrar de conformidad con la legislación de la República Argentina, ofrecen confirmación jurídica sobre la base del Derecho argentino de que CABB poseía capacidad jurídica para obrar, y aún la posee, de acuerdo con la legislación argentina y, en particular, como accionista de AGBA y, en todo momento esencial para este procedimiento, como Operador Técnico de la sociedad.

320. Asimismo, el Tribunal observa que la Demandada nunca planteó excepción alguna a la capacidad de CABB para intervenir dentro del territorio nacional de la República Argentina y, en particular, como accionista y Operador Técnico de AGBA. Cuando CABB obró en calidad de oferente, solo lo pudo hacer con plena capacidad jurídica para obligarse en los términos del Pliego de Bases y Condiciones (numeral 3.1.1) y para contratar con la Provincia de Buenos Aires (numeral 3.4.2): La documentación de la Oferta deberá incluir una copia certificada del estatuto o del contrato social actualizado (numeral 4.2.1, inciso i), así como también, pruebas de las decisiones tomadas por los representantes competentes de la sociedad para participar en la licitación en virtud del

---

<sup>176</sup> Se puede suponer que los Estatutos de AGBA están inscriptos en un registro público y, por lo tanto, son de libre acceso para todo el mundo, dado que es el procedimiento establecido conforme al derecho argentino para todos los estatutos societarios (cf. Prof. Nissen, TR-E, Día 2, págs. 211/18-212/3).

estatuto (numeral 4.2.1, inciso k). Cada uno de los requisitos debe incluirse “en forma separada e independiente” (numeral 4.2.1, introducción) para cada miembro de un grupo de oferentes que presenten una solicitud conjunta. Asimismo, en caso de que los integrantes del Adjudicatario sean sociedades o entidades extranjeras, se requirió que acrediten el cumplimiento de la inscripción prevista en el artículo 123 de la Ley 19.550 (numeral 7.2.2, inciso a) y numeral 8.1). Este era el objeto del certificado notarial que reconocía a CABB como una persona jurídica cuya inscripción había sido autorizada, como se mencionó anteriormente. Por lo tanto, incluso en esas oportunidades, la Demandada tuvo la oportunidad de recibir documentación completa para asegurarse de que CABB estaba actuando dentro de su propio marco normativo. La oferta de CABB para formar parte del Licenciatario y ejercer sus funciones de Operador Técnico fue aceptada. Esta aceptación no podría haber tenido lugar si la Autoridad Concedente no hubiera recibido todas las confirmaciones y validaciones requeridas. La selección de CABB fue posteriormente confirmada por el Decreto 2907 del 22 de octubre de 1999, emitido por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, el cual decidió la adjudicación conjunta de la Región B del área concesionada núm. 2 a CABB y otras tres sociedades.

321. En virtud de estas pruebas aplastantes, no existe duda alguna de que, desde el punto de vista del Derecho argentino, CABB obró “ultra vires” e ilegalmente a tal punto que llevó a cabo actividades más allá del territorio de los Municipios consorciados. La capacidad jurídica de CABB de realizar esto estaba totalmente contemplada en el territorio de la República Argentina y era completamente válida. Si ha sido cuestionada, solo fue a los fines de este procedimiento de arbitraje.

322. En todo caso, el Tribunal observa que incluso si, al comienzo, las actividades de CABB se pudieran haber centrado totalmente en el suministro de servicios a sus Municipios consorciados, no existía disposición alguna que prescriba a CABB emprender actividades más allá de dicho ámbito territorial. La Demandada cuestiona el nivel general de la naturaleza pública del objeto social y la actividad principal de CABB y le confiere una función estrictamente territorial e integrada al Estado en lo que respecta al suministro de agua. Pero la Demandada no demuestra que el Estado español estuviera involucrado en esta actividad como miembro de CABB, y si lo hiciera no establece de que manera<sup>177</sup>. Además, no establece ni afirma que, como cuestión de derecho internacional, CABB se presenta, desde un punto de vista tanto estructural como funcional, como una sociedad bajo el control y la gestión del Reino de España<sup>178</sup>.

---

<sup>177</sup> Una participación que fue terminantemente negada por el Prof. Fernández, cf. TR-E, Día 2, págs. 389/8-390/11.

<sup>178</sup> En este punto, cf. *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción del 9 de noviembre de 2004, párrs. 30-35; *Emilio Augustín Maffezini c. El Reino de España*, caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción del 25 de enero de 2000, párrs. 71-89.

323. Incluso una mirada superficial a los estatutos de CABB muestran una situación diferente. Por lo tanto, mientras el apartado 1 del artículo 6 de los Estatutos califica como "misión primordial" a la explotación de aguas y saneamiento de los Municipios consorciados, el mismo apartado incluye que también puede efectuar esta misión para la realización de "otros servicios públicos" (apartado 2). También afirma que CABB tiene la posibilidad de realizar además cuantas actividades complementarias o derivadas refuerzan la eficacia en el cumplimiento de sus fines generales (apartado 3) y que está sujeta a la aprobación de la Asamblea General (apartado 15 del artículo 19). El artículo 8 incluye en la enumeración de las "competencias" la gestión de los servicios en aquellos Municipios no consorciados (apartado 10) y "la prestación de servicios de asesoramiento y asistencia, la realización, ejecución y explotación de instalaciones, así como la redacción de informes o actuaciones de similar naturaleza, en materia de abastecimiento de agua y saneamiento, a petición de cualquier Entidad pública o privada y en las condiciones que se señalen por el Comité Directivo" (apartado 11)<sup>179</sup>. Si bien se puede reiterar, como lo hace la Demandada, el enfoque en la escala de operación local de CABB en beneficio de los Municipios consorciados, no constituye una prohibición para la provisión de servicios por encima de ese límite, incluso aquellos prestados en el extranjero, como se realizó en Uruguay y en Argentina. El dictamen de los expertos abogados Ana-María Fernández Rico y José Manuel Gómez Piñeda presentado por la demandada, establece "con total respeto y consideración hacia cualesquiera otros criterios divergentes" y no ofrece una propuesta diferente. Los autores reiteran la naturaleza pública de CABB y afirman que CABB está "integrado en la organización del estado español", pero lo hacen meramente mencionando el hecho de que los Municipios que conforman la entidad forman parte del territorio de España. No mencionan ni discuten los artículos 6 y 8 de los estatutos, que señalan la legitimación de la entidad para proveer servicios fuera del ámbito de actividad principal<sup>180</sup>. Estas disposiciones son examinadas en el Dictamen del Prof. Tomás Ramón Fernández, presentado por las Demandantes.

324. Este Dictamen incluye distintos aspectos que fueron omitidos por la Demandada y sus Expertos. De hecho, incluso cuando se admite, *arguendo*, que los representantes de CABB hubieran obrado excediendo el rango de actividades establecidas por los estatutos, su conducta no demuestra que CABB careciera de capacidad jurídica para suscribir compromisos jurídicos con respecto a actividades más allá de sus competencias determinadas en los estatutos. La personalidad jurídica y capacidad jurídica y de obrar de CABB, contemplada en el artículo 3 de los Estatutos, en virtud del Derecho español, no se encuentra limitada a las actividades y los contratos contemplados por los fines

---

<sup>179</sup> Conforme a la explicación del Prof. Fernández en la audiencia, "este tipo de actividades se entiende que son complementarias y/o derivadas de la misión principal" (TR-E, Día 2, pág. 386/13-15).

<sup>180</sup> Las explicaciones del Prof. Mata incluidas en su Informe no van más allá de lo que se señaló en la Opinión de estos dos abogados españoles (cf. párrs. 132-135). El Prof. confirmó en la audiencia que no es un experto en derecho español en lo que respecta a las cuestiones alegadas (cf. TR-E, Día 1, págs. 112/19-113/7). No obstante, testificó oralmente que no tenía duda de que los entes públicos pueden actuar sujetos al derecho privado (TR-E, Día 1, pág. 115/7-10), pero que, al hacerlo, su carácter de organismos público permanece (TR-E, Día 1, pág. 130/16 s.).

definidos en sus Estatutos. El artículo 3.2 de la Norma Foral 3/1995 de Bizkaia, a la que se refiere el artículo 3 de los estatutos de CABB, no incluye dicha restricción. Si sus representantes actúan más allá del marco legítimo de CABB, podrían tener que asumir la responsabilidad dentro del ente, pero no afectaría la validez de los compromisos adoptados con terceras personas. No se precisa extender más la cuestión, la Demandada no la mencionó ni afirmó que alegaba preocupaciones acerca de la validez de los compromisos de CABB. En todo caso, como se mencionó anteriormente, la personalidad y capacidad jurídica de CABB para celebrar contratos en relación con la configuración de sus accionistas y la operación técnica de la Concesión ha sido completamente reconocida por la República Argentina. Esto es todo lo que importa.

325. Cuando se interpreta en detalle la excepción de la Demandada a la legitimación activa de CABB, como un cuestionamiento de la capacidad de CABB para participar y ser representada en este procedimiento, según las estipulaciones del Convenio CIADI, se deben evaluar las reglas relacionadas con dicho procedimiento.

326. En este punto, la excepción de la Demandada comprende una lectura particular del Artículo 25(3) del Convenio CIADI, que se basa estrictamente en la interpretación literal de los términos “subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante”, los cuales, si son tomados aislados, se pueden referir a dicha subdivisión u organismo sin tomar en consideración si pertenecen al Estado receptor o al Estado del inversor. No obstante, tal como también establece la disposición, se aplica al “consentimiento” de dicha subdivisión u organismo. La regla básica con respecto a la jurisdicción del CIADI es el Artículo 25(1), en el que la expresión “subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante” se refiere exclusivamente al Estado receptor. En relación con el Estado Contratante del inversor, la regla no utiliza estas palabras, sino que meramente utiliza el término “el nacional”. Se puede deducir claramente de la lectura de ambas disposiciones que el requisito de la aprobación establecido en el Artículo 25(3) meramente se relaciona con las subdivisiones y organismos de un Estado Contratante involucrado en un arbitraje del CIADI como Estado receptor de la inversión. Si se requiere dicha aprobación, es porque la subdivisión u el organismo en cuestión serán parte del procedimiento, además del Estado Contratante al que pertenece o en lugar de dicho Estado. Esta situación no tiene comparación con la del inversor.

327. Por lo tanto, este Tribunal considera que el requisito de aprobación previo establecido en el Artículo 25(3) no se aplica a la situación de CABB. Esta interpretación debería haber sido la posición de la Demandada cuando recibió la Comunicación de la controversia y no alegó que no contenía mención alguna de la aprobación contemplada por el Artículo 25(3) tal como lo habría sido exigido por la Regla 2(1)(c) de las Reglas de Iniciación si la interpretación más reciente de la Demandada hubiera sido correcta.



328. Esto no significa que la legitimación de CABB, en general, sea tal que no precise una aprobación para participar en un arbitraje del CIADI. No está claro si la excepción de la Demandada se refiere a la omisión intencionada de CABB de solicitar una aprobación para someter un reclamo ante el CIADI y también contempla este aspecto en la cuestión acerca de la legitimación activa de CABB. Si es así, sería privado de cualquier fundamento, en virtud del acto contemplado por el Notario Público de Bilbao al registrar la decisión del Directorio de someter la controversia que involucraba a CABB al arbitraje de conformidad con el Convenio CIADI y de otorgar el poder necesario. Este documento fue presentado por el Secretario General del CIADI junto con la Solicitud de Arbitraje. Tenía como objetivo el cumplimiento de la Regla 2(1)(f) y la Regla 2(2) de las Reglas de Iniciación, que establecen que, si la Parte solicitante es una persona jurídica, que ha tomado todas las acciones internas necesarias para autorizar la solicitud y entregar la documentación de soporte junto con la Solicitud. El acuerdo adoptado por el Directorio el 24 de abril de 2007 se adjuntó a los documentos notariales presentados junto con la Solicitud de Arbitraje. Ni en ese momento, ni con posterioridad, este documento fue objetado, ya sea por parte del Secretario General conforme a su revisión del registro de la Solicitud, ni por parte de la Demandada. Por lo tanto, la excepción de la Demandada no puede prosperar en este punto.

329. Por consiguiente, el Tribunal concluye que CABB posee legitimación activa en este procedimiento del CIADI y que la tercera excepción de la Demandada deberá ser desestimada.

**V. Decisión**

330. En consecuencia, por las razones expuestas, el Tribunal decide:

1. Rechazar todas las excepciones de la Demandada y declarar que el Centro posee jurisdicción y el Tribunal posee competencia para entender en la presente controversia.
2. Reservar la determinación y la atribución de las costas relacionadas con esta Decisión para una decisión pronunciada por este Tribunal en una etapa posterior del procedimiento.

*[Firmado]*

---

Profesor Campbell McLachlan QC  
Árbitro

*[Firmado]*

---

Profesor Pedro J. Martinez-Fraga  
Árbitro

*[Firmado]*

---

Profesor Andreas Bucher  
Presidente del Tribunal