

Fecha de envío a las partes: 14 de julio de 2006

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES
WASHINGTON, D.C.

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

AZURIX CORP.
(DEMANDANTE)

Y

LA REPÚBLICA ARGENTINA
(DEMANDADA)

CASO CIADI No. ARB/01/12

LAUDO

Miembros del Tribunal

Dr. Andrés Rigo Sureda, Presidente
Honorable Marc Lalonde P.C., O.C., Q.C., Árbitro
Dr. Daniel Hugo Martins, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Claudia Frutos-Peterson

Indice

I	INTRODUCCIÓN	1
II	PROCEDIMIENTO.....	2
III	ANTECEDENTES DE LA DIFERENCIA	11
IV	OBSERVACIONES PRELIMINARES	14
	1. Responsabilidad de la Demandada por las acciones y omisiones de la Provincia... 14	
	(a) Posiciones de las partes.....	14
	(b) Consideraciones del Tribunal.....	16
	2. Alcance de la competencia del Tribunal.....	16
	3. Relación con ENRON.....	19
	4. Corrupción.....	19
	5. Crisis económica de Argentina.....	20
V	EL DERECHO APLICABLE	20
	1. Posiciones de las partes	20
	2. Consideraciones del Tribunal.....	23
VI	LOS HECHOS	24
	1. La toma de posesión de la Concesión	24
	(a) Posiciones de las partes.....	24
	(b) Consideraciones del Tribunal.....	27
	2. Medidas relacionadas con el régimen tarifario.....	28
	(a) Coeficientes de homogenización.....	28
	<i>(i) Posiciones de las partes.....</i>	<i>28</i>
	<i>(ii) Consideraciones del Tribunal</i>	<i>32</i>
	(b) Variaciones constructivas: Resolución 7/00.....	33
	<i>(i) Antecedentes</i>	<i>33</i>
	<i>(ii) Consideraciones del Tribunal</i>	<i>35</i>
	(c) Valuaciones 2000.....	36
	<i>(i) Posiciones de las partes.....</i>	<i>37</i>
	<i>(ii) Consideraciones del Tribunal</i>	<i>38</i>
	(d) La cuestión del RPI	38
	<i>(i) Antecedentes</i>	<i>38</i>
	<i>(ii) Posiciones de las partes.....</i>	<i>40</i>
	<i>(iii) Consideraciones del Tribunal</i>	<i>41</i>

3.	Las obras comprendidas en la Circular 31(A)	44
	(a) Bahía Blanca: obras de remoción de algas.....	44
	<i>(i) Posiciones de las partes</i>	44
	<i>(ii) Consideraciones del Tribunal</i>	51
	(b) Moctezuma	54
	<i>(i) Posiciones de las partes</i>	54
	<i>(ii) Consideraciones del Tribunal</i>	57
	(c) Polo Petroquímico (el “Polo”)	57
	<i>(i) Posiciones de las partes</i>	57
	<i>(ii) Consideraciones del Tribunal</i>	59
	(d) Florencio Varela	59
	<i>(i) Posiciones de las partes</i>	59
	<i>(ii) Consideraciones del Tribunal</i>	61
4.	Denegación de financiación por parte de Overseas Private Investment Corporation (“OPIC”).....	62
	(a) Posiciones de las partes.....	62
	(b) Consideraciones del Tribunal	64
5.	El Protocolo de Entendimiento (MOU)	65
	(a) Posiciones de las partes.....	65
	(b) Consideraciones del Tribunal	68
6.	El Programa de Optimización y Expansión del Servicio (POES)	69
	(a) Posiciones de las partes.....	69
	(b) Consideraciones del Tribunal	75
7.	La Circular 52(A) y la recuperación del Canon	75
	(a) Introducción	75
	(b) Posiciones de las partes.....	75
	(c) Consideraciones del Tribunal	85
	<i>(i) Circular 52(A): El Canon como inversión</i>	87
	<i>(ii) La inserción del Artículo 12.1.1</i>	88
	<i>(iii) Régimen de la Concesión</i>	89
	<i>(iv) Artículo 7.8</i>	93
8.	Rescisión.....	96
	(a) Introducción	96
	(b) <i>Posiciones de las partes</i>	97
	(c) Consideraciones del Tribunal	100
9.	Conducta de la Provincia después de la transferencia del servicio	103
	(a) Posiciones de las partes.....	103

	(b) Consideraciones del Tribunal.....	108
VII	INCUMPLIMIENTO DEL TBI.....	108
1.	Expropiación sin indemnización.....	108
	(a) Posiciones de las Partes.....	108
	(b) Consideraciones del Tribunal.....	122
	<i>(i) Interpretación del TBI.....</i>	<i>122</i>
	<i>(ii) Efectos, intención y duración de las medidas de expropiación.....</i>	<i>123</i>
	<i>(iii) Incumplimiento contractual y expropiación.....</i>	<i>126</i>
	<i>(iv) Expectativas legítimas.....</i>	<i>127</i>
2.	Trato justo y equitativo.....	131
	(a) Posiciones de las partes.....	131
	(b) Consideraciones del Tribunal.....	145
3.	Incumplimiento de las obligaciones.....	153
	(a) Posiciones de las partes.....	153
	(b) Consideraciones del Tribunal.....	155
4.	Medidas arbitrarias.....	156
	(a) Posiciones de las partes.....	156
	(b) Consideraciones del Tribunal.....	158
5.	Protección y seguridad plenas.....	160
	(a) Posiciones de las partes.....	160
	(b) Consideraciones del Tribunal.....	164
VIII	INDEMNIZACIÓN.....	165
1.	Posiciones de las Partes.....	165
2.	Consideraciones del Tribunal.....	168
IX	INTERESES.....	177
X	COSTAS.....	177
XI	DECISIÓN.....	178

LAUDO

I Introducción

1. La Demandante, Azurix Corp., es una sociedad constituida en el estado de Delaware, Estados Unidos de América (en lo sucesivo, “Azurix” o “la Demandante”). Está representada en este procedimiento por:

Sr. Doak Bishop
King & Spalding
1100 Louisiana, Suite 4000
Houston, TX 77002
Estados Unidos de América

Sr. Guido Santiago Tawil
M&M Bomchil
Suipacha 268, Piso 12
C1008AAF Buenos Aires
Argentina

2. La Demandada es la República Argentina (en lo sucesivo, “Argentina” o “la Demandada”), representada en este procedimiento por:

Sr. Osvaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación
Procuración del Tesoro de la Nación Argentina
Posadas 1641
CP 1112 Buenos Aires
Argentina

II Procedimiento

3. El 19 de septiembre de 2001, Azurix presentó ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“el Centro”) una solicitud de arbitraje contra la República Argentina. Azurix sostiene que Argentina violó, respecto de Azurix, sus obligaciones bajo el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991 (“TBI”), el derecho internacional y la legislación argentina en relación con las inversiones de Azurix en una sociedad de servicios públicos que distribuía agua potable y realizaba el tratamiento y la eliminación de aguas en la provincia argentina de Buenos Aires. Azurix sostiene que Argentina incurrió en los referidos incumplimientos por omisión propia y a través de los actos y omisiones de sus subdivisiones y dependencias políticas.

4. El 23 de octubre de 2001, el Secretario General del Centro registró la solicitud de arbitraje de Azurix, de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“el Convenio”).

5. El 12 de noviembre de 2001, las partes acordaron que el Tribunal estaría formado por tres árbitros, uno nombrado por cada parte y el tercer árbitro y Presidente del Tribunal nombrado por el Presidente del Consejo Administrativo del Centro. En consecuencia, la Demandante designó al profesor Elihu Lauterpacht, C.B.E. Q.C., ciudadano británico, y la Demandada, al Dr. Daniel H. Martins, ciudadano uruguayo. El Dr. Andrés Rigo Sureda, español, fue nombrado Presidente tras consultarse a las partes.

6. El 8 de abril de 2002, se consideró constituido el Tribunal y se dio por iniciado el procedimiento. En la misma fecha se notificó a las partes que la Sra. Claudia Frutos-Peterson, consejera jurídica del CIADI, actuaría como Secretaria del Tribunal de Arbitraje.

7. De conformidad con la Regla de Arbitraje 13, el Tribunal celebró su primera sesión con las partes en la ciudad de Washington el 16 de mayo de 2002. En la

primera sesión, el Sr. R. Doak Bishop, de King & Spalding, representó a la Demandante y el Sr. Hernán Cruchaga y la Sra. Andrea G. Gualde, de la Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, siguiendo instrucciones del entonces Procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Rubén Miguel Citara, representaron a la Demandada.

8. En la primera sesión, las partes acordaron que el Tribunal estaba debidamente constituido y no formularon objeción alguna contra ninguno de sus miembros; se señaló que los procedimientos se regirían por las Reglas de Arbitraje del CIADI, en vigencia desde el 26 de septiembre de 1984 (en lo sucesivo, “las Reglas de Arbitraje”). Con respecto a los alegatos que debían presentar las partes, así como su número, secuencia y oportunidad, tras realizar consultas con las partes se anunció que la Demandante presentaría su Memorial dentro de un plazo de 150 días contados a partir de la fecha de la primera sesión, que la Demandada presentaría su Memorial de Contestación dentro de un plazo de 150 días contados a partir de la fecha de recepción del Memorial, que la Réplica de la Demandante debía presentarse dentro de un plazo de 60 días a partir de la fecha de recepción del Memorial de Contestación, y que la Dúplica de la Demandada debía presentarse dentro de los 60 días siguientes a la fecha de recepción de la Réplica. El Tribunal señaló también que, conforme a las Reglas de Arbitraje, la Demandada tenía derecho a formular excepciones a la jurisdicción dentro del plazo señalado para la presentación de su Memorial de Contestación. Se acordó que si la Demandada formulara dichas objeciones y el Tribunal las rechazara, el cronograma antes mencionado se reiniciaría tras la reanudación de las actuaciones que se realizaren sobre el fondo del asunto.

9. Conforme al cronograma decidido en la primera sesión, el 15 de octubre de 2002 Azurix presentó su Memorial sobre el fondo del asunto, donde alegaba que Argentina había incumplido el TBI al expropiar la inversión de Azurix mediante la aplicación de medidas que equivalen a una expropiación, sin otorgarle una compensación pronta, adecuada y efectiva (Artículo IV(1)); al no dispensarle un trato justo y equitativo, no otorgarle plena protección y seguridad, ni concederle el trato exigido por el derecho internacional (Artículo II(2)(a)); al adoptar medidas arbitrarias que menoscabaron el uso y goce de la inversión por parte de Azurix (Artículo II(2)(b));

al no cumplir las obligaciones que Argentina había contraído en relación con la inversión de Azurix (Artículo II(2)(c)); y al no actuar con transparencia respecto de los reglamentos, las prácticas y los procedimientos administrativos, y las sentencias que afectan a la inversión de Azurix (Artículo II(7)). Además, Azurix solicitó que se ordenara el pago de una indemnización por todos los daños y perjuicios sufridos, y que Argentina adoptara todas las medidas necesarias para evitar futuros perjuicios para su inversión. Se reservó expresamente el derecho de solicitar una decisión de medidas provisionales conforme al Artículo 47 del Convenio del CIADI y la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje.

10. El 7 de marzo de 2003, Argentina presentó un Memorial sobre Jurisdicción, en el que formulaba dos excepciones con respecto a la competencia del Tribunal. En primer lugar, Azurix había accedido a presentar la controversia de autos ante los tribunales de la ciudad de La Plata renunciando a toda otra jurisdicción o fuero; en segundo lugar, Azurix ya había optado por un fuero conforme al Artículo VII del TBI al presentar la controversia ante tribunales argentinos. El 12 de marzo de 2002, conforme a lo dispuesto en la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal suspendió las actuaciones sobre el fondo del asunto y fijó fechas para la presentación de argumentos referidos a la jurisdicción. Por lo tanto, Azurix presentó un Memorial de Contestación sobre Jurisdicción el 13 de mayo de 2003.

11. El 15 de julio de 2003, Azurix presentó una solicitud de medidas provisionales (de fecha 14 de julio de 2003), complementada ulteriormente por dos cartas fechadas el 21 y el 28 de julio de 2003. En dicha solicitud se promovía la adopción de una medida provisional en la que se recomendaba que Argentina se abstuviera de incurrir, por sí misma o a través de cualquiera de sus subdivisiones políticas, en cualquier acto u omisión que pudiera agravar o ampliar la controversia, teniendo especialmente en cuenta la reorganización de la subsidiaria argentina de Azurix, Azurix Buenos Aires S.A. ("ABA"), o cualquier otra medida que tuviera idénticos efectos.

12. A pedido del Tribunal, el 24 de julio de 2003 Argentina presentó observaciones a la solicitud de medidas provisionales interpuesta por Azurix, promoviendo su rechazo con condena en costas y solicitando al Tribunal que intimara a la Demandante a presentar un testimonio de la sentencia de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires.

13. El Tribunal, por decisión del 6 de agosto de 2003, rechazó la solicitud de medidas provisionales presentada por Azurix, por considerar que, dadas las circunstancias del caso y la etapa en que se encontraban las actuaciones, no estaba en condiciones de recomendar la medida solicitada ni de proponer otras con el mismo objetivo. No obstante, el Tribunal invitó a las partes a abstenerse de adoptar medidas de cualquier género que pudieran agravar o ampliar la controversia sometida a arbitraje, y tomó nota de las declaraciones formuladas por Argentina, según las cuales la Provincia de Buenos Aires (“la Provincia”) admite que las sumas pagaderas por servicios prestados antes del 7 de marzo de 2002 pertenecen a ABA, y que las cobradas o las que hubieren de cobrarse en el futuro han sido o serán depositadas en una cuenta bancaria especial, y que la situación descrita en la solicitud de Azurix no afectaría el reconocimiento o ejecución del laudo que se emitiera sobre el fondo del asunto. El Tribunal postergó su decisión sobre las costas relativas a la solicitud de medidas provisionales y consideró innecesario intimar a la Demandante a proporcionar al Tribunal la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones.

14. Argentina presentó su Réplica sobre Jurisdicción el 4 de agosto de 2003.

15. Azurix presentó su Dúplica sobre Jurisdicción el 29 de agosto de 2003.

16. La audiencia sobre jurisdicción se celebró en Londres los días 9 y 10 de septiembre de 2003. Las partes estuvieron representadas por los señores R. Doak Bishop, Guido Santiago Tawil, Ignacio Minorini Lima y Craig S. Miles, en nombre de la Demandante; los señores Carlos Ignacio Suárez Anzorena y Jorge Barraguirre, y la Sra. Beatriz Pallarés, de la Procuración del Tesoro de la Nación, y el Sr. Osvaldo Siseles, de la Secretaría Legal y Administrativa del Ministerio de Economía y Producción, representaron a Demandada. El 8 de diciembre de 2003, el Tribunal

pronunció su Decisión sobre Jurisdicción, que forma parte del presente laudo, en la que declaraba que la controversia se encontraba dentro de la jurisdicción del Centro y de la competencia del Tribunal.

17. Durante la audiencia sobre jurisdicción, la Demandada había solicitado una prórroga de 90 días para la presentación del Memorial de Contestación sobre el fondo del asunto, si el Tribunal se declaraba competente. El 8 de diciembre de 2003, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 1, donde se establecía el calendario de las actuaciones sobre el fondo. De acuerdo con ese calendario, se otorgó a la Demandada una prórroga de 50 días, de modo que debía presentar su Memorial de Contestación sobre el fondo dentro de los 60 días contados a partir de la fecha de esa resolución procesal; el Escrito de Réplica de la Demandante debía presentarse dentro de un plazo de 60 días a partir de la fecha de recepción del Memorial de Contestación, y la Dúplica de la Demandada debía presentarse dentro de los 60 días siguientes a la fecha de recepción de la Réplica de la Demandante.

18. El 9 de febrero de 2004, la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre el fondo, solicitando al Tribunal que ordenara a la Demandante la presentación de todos los informes, análisis y otra documentación relacionados con la participación de la Demandante en la privatización de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento de la Provincia y la oferta pública de acciones de la Demandante. También solicitó al Tribunal que, si lo consideraba apropiado, solicitara al Congreso de los Estados Unidos que proporcionara los informes relacionados con el escándalo de ENRON y la relación de Azurix con ese hecho.

19. El 20 de febrero de 2004 se acordó que la audiencia sobre el fondo del asunto tendría lugar en París del 4 y al 8 de octubre de 2004, y también los días 11 y 12 de octubre, si fuera necesario.

20. El 8 de marzo de 2004, el Tribunal invitó a Azurix a formular comentarios sobre la solicitud de pruebas formulada por Argentina en el Memorial de Contestación. Azurix se opuso mediante un escrito del 15 de marzo de 2004 y solicitó al Tribunal que, en caso de que accediera a la solicitud de Argentina, invitara a su vez a Argentina a

presentar toda la documentación relacionada con los servicios de AGOSBA, su privatización, las tarifas originalmente fijadas, todos los documentos de la Comisión de Privatización, el ORAB, y los expedientes relacionados con ABA, AGOSBA y ABSA. La Demandada formuló comentarios a la objeción de Azurix el 29 de marzo de 2004, y manifestó que estaba dispuesta a solicitar a la Provincia que presentara las pruebas que el Tribunal considerara pertinentes conforme a la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje.

21. El 29 de marzo de 2004, las partes acordaron ampliar por tres semanas los plazos para la presentación de la Réplica y la Dúplica.

22. El 19 de abril de 2004, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 2, por la que invitó a la Demandada a solicitar a la Provincia que proporcionara la documentación que le hubiera sido presentada para participar en el proceso de licitación (Sobre No. 1 —oferta técnica— y Sobre No. 2 —oferta económica—) (“Sobres No. 1 y No. 2”), y pospuso la consideración de la presentación del resto de las pruebas solicitadas hasta que el Tribunal tuviera la oportunidad de examinar la Réplica, cuyo plazo de presentación expiraba el 7 de mayo de 2004.

23. La Demandada presentó la documentación solicitada conforme a la Resolución Procesal No. 2 el 17 de mayo de 2004. Al mismo tiempo solicitó al Tribunal que no la distribuyera hasta que Azurix hubiera proporcionado sus propias copias de los Sobres No. 1 y No. 2. Asimismo, la Demandada alegó ciertas irregularidades de las Circulares 51(b) y 52(a), e hizo referencia a modificaciones del Contrato de Concesión que no formaban parte del borrador del contrato incluido en los documentos de la licitación.

24. El 24 de mayo de 2004, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 3, por la que solicitó a Azurix que proporcionara al Tribunal sus propias copias de los Sobres No. 1 y No. 2 y retuvo la documentación recibida de la Demandada.

25. Azurix, en lugar de presentar sus propias copias de los Sobres No. 1 y No. 2, solicitó directamente copias a la Provincia, alegando razones de conveniencia. El

31 de mayo de 2004, la Demandada objetó que al tratar de obtener los documentos de la Provincia, Azurix había incumplido la Resolución Procesal No. 3, retiró su solicitud referente a la presentación de los Sobres No. 1 y No. 2, puso en conocimiento del Tribunal las irregularidades que había detectado en el Sobre No. 2 y solicitó al Tribunal que condenara a la Demandante a pagar las costas relacionadas con este incidente procesal.

26. El 24 de julio de 2004, la Demandada solicitó una prórroga de 10 días para presentar su Dúplica. La prórroga se concedió el 10 de agosto de 2004.

27. El 29 de julio de 2004, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 4, por la que rechazó la solicitud de presentación de pruebas formulada por la Demandada en su comunicación del 22 de julio de 2004, dado su tenor general y por no haberse invocado fundamento alguno.

28. El 3 de agosto de 2004, el Secretariado notificó a las partes que el profesor Lauterpacht había renunciado como árbitro por motivos de salud y suspendió el procedimiento, conforme a lo dispuesto en la Regla 10(2) de las Reglas de Arbitraje. En la misma fecha, el Secretariado notificó a las partes que el Tribunal había aceptado la renuncia del profesor Lauterpacht, de conformidad con la Regla 8(2) de las Reglas de Arbitraje. El 4 de agosto de 2004, el Sr. Marc Lalonde, ciudadano de Canadá, fue designado árbitro por la Demandante en reemplazo del profesor Lauterpacht. El 10 de agosto de 2004 se constituyó nuevamente el Tribunal y se reanudó el procedimiento.

29. El 16 de agosto de 2004, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 5, por la que se rechazó una solicitud adicional de presentación de pruebas formulada por la Demandada, de fecha 2 de agosto de 2004, considerándola desprovista de fundamentos suficientes, pese a ser más precisa que la del 22 de julio de 2004. En la misma fecha, Argentina notificó la designación del Sr. Osvaldo César Guglielmino como Procurador del Tesoro de la Nación, Argentina.

30. El 17 de agosto de 2004 la Demandada presentó su Dúplica sobre el fondo.

31. El 23 de agosto de 2004, la Demandada solicitó al Tribunal que reconsiderara la Resolución Procesal No. 5. La Demandante reiteró sus objeciones a la solicitud formulada por la Demandada el 26 de agosto de 2004. El Tribunal, tras considerar nuevamente la solicitud formulada por la Demandada, y habiendo tenido la oportunidad de examinar la Dúplica, dictó la Resolución Procesal No. 6, por la que intimó a la Demandante a presentar, a más tardar el 17 de septiembre de 2004, el estudio preparado por Hytsa Estudios y Proyectos, S.A. (“Hytsa”) al que se hacía referencia en el párrafo 35 de la Dúplica, y a la Demandada a presentar, dentro del mismo plazo, los informes de evaluación de las ofertas relacionadas con cada una de las etapas de la licitación de la Concesión.

32. Como se había decidido previamente, la audiencia sobre el fondo se celebró del 4 al 13 de octubre de 2004 en la sede del Banco Mundial en París. Estuvieron presentes en la audiencia:

Miembros del Tribunal

Dr. Andrés Rigo Sureda, presidente

El Hon. Marc Lalonde, P.C, O.C., Q.C., árbitro

Dr. Daniel H. Martins, árbitro

Secretariado del CIADI

Sra. Claudia Frutos-Peterson, Secretaria del Tribunal

En nombre de la Demandante

Sr. R. Doak Bishop (King & Spalding, Houston, Texas)

Sr. John P. Crespo (King & Spalding, Houston, Texas)

Sr. Craig S. Miles (King & Spalding, Houston, Texas)

Sra. Zhennia Silverman (King & Spalding, Houston, Texas)

Sra. Carol Tamez (King & Spalding, Houston, Texas)

Sr. Guido Santiago Tawil (M & M Bomchil, Buenos Aires, Argentina)

Sr. Francisco Gutiérrez (M & M Bomchil, Buenos Aires, Argentina)

Sr. Federico Campolieti (M & M Bomchil, Buenos Aires, Argentina)

También estuvieron presentes en nombre de la Demandante

Sr. Steve Dowd (Azurix Corp.)

Sr. Lou Stoler (Azurix Corp.)

En nombre de la Demandada

Sr. Osvaldo César Guglielmino (Procurador, Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, Argentina)

Sr. Raúl Vinuesa (Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, Argentina)

Sr. Gabriel Bottini (Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, Argentina)

Sr. Juan José Galeano (Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, Argentina)

Sr. Ignacio Pérez Cortés (Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, Argentina)

Sra. María Soledad Vallejos Meana (Procuración del Tesoro de la Nación, Buenos Aires, Argentina)

También estuvieron presentes en nombre de la Demandada

Sra. Guillermina Cinti (Provincia de Buenos Aires)

Sr. Roberto Salaberren (Provincia de Buenos Aires)

Sr. Juan Carlos Schefer (Provincia de Buenos Aires)

33. El 29 de noviembre de 2004, la Demandada presentó una solicitud de recusación del Presidente del Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el Artículo 57 del

Convenio del CIADI. De conformidad con la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje, se suspendió el procedimiento. Conforme al Artículo 58 del Convenio, los dos co-árbitros pronunciaron una decisión de fecha 25 de febrero de 2005 sobre la recusación del Presidente del Tribunal, mediante la cual desestimaban la propuesta de recusación presentada por la Demandada; tal decisión se notificó a las partes el 11 de marzo de 2005.

34. El 14 de marzo de 2005 se reanudó el procedimiento conforme a lo dispuesto en la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje.

35. El 15 de marzo de 2005, el Centro transmitió al Tribunal los escritos posteriores a la audiencia presentados por las partes el 29 de noviembre de 2004.

36. El Tribunal se reunió en Washington, D.C., del 7 y al 9 de septiembre de 2005 para analizar un borrador del presente laudo, y decidió solicitar a Azurix que explicara, a más tardar el 28 de septiembre de 2005, determinadas discrepancias entre los montos de los estados financieros de ABA correspondientes a los ejercicios financieros de 2000 y 2001. Azurix presentó su explicación el 27 de septiembre de 2005, y el Tribunal invitó a la Demandada a formular comentarios sobre su contenido a más tardar el 17 de octubre de 2005. La Demandada remitió sus comentarios el 14 de octubre de 2005.

37. El 17 de abril de 2006, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento de conformidad con la Regla 38 de las Reglas de Arbitraje. Por carta del 13 de junio de 2006, el Tribunal extendió por 30 días el plazo en el cual el laudo debería formularse, de conformidad con la Regla 46 de las Reglas de Arbitraje.

III Antecedentes de la diferencia

38. En 1996, la Provincia inició el proceso de privatización de los servicios de la Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires (“AGOSBA”), la sociedad de propiedad de la Provincia y operada por ella que prestaba servicios de agua potable y saneamiento en la Provincia. La Provincia promulgó la Ley 11.820 (“la Ley”), por la que creó el marco regulatorio para la privatización de los

servicios de AGOSBA. Se otorgaría al futuro operador de los servicios de agua una concesión, que sería supervisada y regulada por una nueva autoridad reguladora establecida a esos efectos, el Organismo Regulador de Aguas Bonaerense ("ORAB"). El concesionario debía ser una sociedad constituida en Argentina. La Provincia contrató a Schroeders Argentina S.A. ("Schroeders") como asesora para la privatización de AGOSBA y pidió a Schroeders que distribuyera un documento informativo entre posibles inversores. Schroeders envió el documento a ENRON Corporation ("ENRON") invitándolo a participar en la licitación. ENRON pidió a la empresa consultora Hytsa Estudios y Proyectos ("Hytsa"), un informe preliminar sobre la información suministrada por la Provincia en la Sala de información (*Data Room*) sobre AGOSBA y sus operaciones.

39. El proceso de privatización estuvo a cargo de la Comisión Privatizadora, que ofertó la concesión en el mercado internacional basándose en la Ley y en un conjunto de documentos contractuales preparados conforme a ella por el ORAB, entre ellos el Pliego de Bases y Condiciones de la licitación ("el Pliego de Bases y Condiciones") y un borrador del Contrato de Concesión.

40. Una propuesta fue presentada por dos sociedades del grupo de sociedades de Azurix constituidas con ese fin específico: Azurix AGOSBA S.R.L. ("AAS") y Operadora de Buenos Aires S.R.L. ("OBA"). AAS y OBA son compañías subsidiarias indirectas de Azurix. AAS está registrada en Argentina y pertenece en un 0,1% a Azurix y en un 99,9% a Azurix Argentina Holdings Inc. (sociedad constituida en Delaware), que a su vez es de propiedad plena de Azurix. OBA, también registrada en Argentina, es de propiedad plena de Azurix Agosba Holdings Limited, registrada en las Islas Caimán. Azurix es propietaria del 100% de las acciones de Azurix Agosba Holdings Limited.

41. Una vez que les fue adjudicada la oferta, AAS y OBA constituyeron Azurix Buenos Aires S.A. ("ABA") en Argentina para que actuara como concesionaria. El 30 de junio de 1999, ABA (denominada también "la Concesionaria") pagó a la Provincia un "canon" de 438.555.554 pesos argentinos ("el Canon"). Con el pago del Canon, ABA,

AGOSBA y la Provincia ejecutaron el Contrato de Concesión, que confería a ABA una concesión por 30 años para la distribución de agua potable y el tratamiento y la eliminación de aguas residuales en la Provincia (“la Concesión”). El traspaso del servicio tuvo lugar el 1 de julio de 1999.

42. Azurix declaró conocer y aceptar las condiciones de la licitación y se comprometió a adoptar todas las medidas que garantizaran que OBA cumpliera las obligaciones estipuladas en dicha licitación y el Contrato de Concesión como operador de la Concesión durante los primeros 12 años de operación. Del mismo modo, Azurix aceptó ser solidariamente responsable de las obligaciones de AAS y no introducir cambios en el control de AAS durante los primeros seis años de la Concesión.

43. La Demandante sostiene que su inversión en Argentina ha sido expropiada a través de medidas adoptadas por la Demandada que equivalen a una expropiación y que, además, la Demandada ha violado sus obligaciones bajo el TBI de aplicar un trato justo y equitativo, no discriminar y otorgar protección y seguridad plenas a la inversión; que dichas medidas son acciones u omisiones de la Provincia o sus instituciones que resultaron en la no aplicación del régimen tarifario de la Concesión por razones políticas; que la Provincia no terminó ciertas obras que habrían puesto remedio a problemas históricos y que debían ser transferidas a la Concesionaria una vez terminadas; que la falta de apoyo al régimen de la Concesión impidió que ABA obtuviera financiamiento para su Plan Quinquenal; que en 2001, la Provincia negó que el Canon fuese recuperable a través de las tarifas, y que “los intereses políticos siempre prevalecían sobre la integridad financiera de la Concesión”¹, y “sin esperanzas de recuperar sus inversiones en el esquema regulatorio politizado, ABA notificó la rescisión de la Concesión y se vio forzada a presentarse en concurso de quiebra”².

44. La Demandada ha rebatido las afirmaciones de la Demandante. Para la Demandada, la controversia es de carácter contractual y las dificultades con que tropezó la Concesionaria en la Provincia son de su propia creación. En particular, la Demandada ha alegado que el caso presentado por la Demandante está íntimamente

¹ Memorial, pág.7.

² Ibid.

ligado a las prácticas comerciales de ENRON y a la quiebra de esa empresa; que el precio pagado por la Concesión era excesivo y oportunista y guardaba relación con la oferta pública de acciones que Azurix iba a hacer en el momento de presentarse a la licitación de la Concesión a través de AAS y OBA; y que la Concesionaria no cumplió con el Contrato de Concesión, en particular sus obligaciones de inversión, y las acciones de la Provincia, entre ellas la rescisión del Contrato de Concesión, estaban justificadas.

45. Antes de proceder a examinar los hechos y las alegaciones de las partes, el Tribunal hará las siguientes observaciones preliminares relativas a la responsabilidad de la Demandada por las acciones u omisiones de la Provincia, el alcance de la competencia del Tribunal, la relación de la Demandante con ENRON, las alegaciones sobre corrupción, la crisis económica argentina y el derecho aplicable al fondo de la controversia.

IV Observaciones preliminares

1. Responsabilidad de la Demandada por las acciones y omisiones de la Provincia

(a) Posiciones de las partes

46. La Demandante alega que Argentina es responsable por las acciones de la Provincia con arreglo al TBI y al derecho internacional consuetudinario. En efecto, la definición de inversión abarca las inversiones realizadas en el territorio de las partes en el TBI, y en el preámbulo, al referirse al alcance del TBI, se hace referencia al territorio de cada una de las partes. Además, en el Artículo XIII se estipula expresamente que el TBI es aplicable a las subdivisiones políticas de las partes. La Demandante se refiere también a la responsabilidad del Estado por las acciones de sus órganos en virtud del derecho internacional consuetudinario y cita, como mejor prueba de ello, los Artículos 4 y 7 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (“el Proyecto de Artículos”).

47. La Demandante señala, además, la decisión sobre el fondo en *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (en adelante, “Vivendi”), en la que el Tribunal declaró que: “Bajo el derecho internacional, y para los efectos de la jurisdicción de este Tribunal, es una regla bien establecida que las acciones de una subdivisión política de un estado federal, tal como es la Provincia de Tucumán dentro del estado federal de la República Argentina, son atribuibles al gobierno central”³. La Comisión de Anulación confirmó esa declaración: “en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales”.⁴

48. La Demandada no objeta a que el TBI se aplique a la Provincia, ni a la responsabilidad del Estado central por los actos de las autoridades provinciales de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. La Demandada basa su alegación en el hecho de que las alegaciones de la Demandante se fundan en todas las instancias en el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Provincia. Por consiguiente, según la Demandada, no es necesario que el Tribunal determine si el TBI impone una responsabilidad absoluta al gobierno central por las acciones de una subdivisión política, porque la Demandante no ha alegado hechos que puedan atribuirse a la República Argentina en virtud del TBI.

49. La Demandada considera que la Demandante da por sentado el argumento altamente discutible de que el incumplimiento contractual resulta en una violación del TBI. La Demandada, se remite, entre otras cosas, a las afirmaciones contenidas en la decisión de anulación emitida en la causa *Vivendi II* en el sentido de que: “En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente con el incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente”, y de que “[u]n estado puede violar

³ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal c. Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/97/3), Laudo de Tribunal de 21 noviembre 2000, párr. 49.

⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal c. Argentine Republic*, (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión Sobre la Anulación de 3 de julio 2002, párr. 96

un tratado sin violar un contrato y vice versa... Puede ser que un 'mero' incumplimiento de contrato, que no esté acompañado de mala fe u otras circunstancias agravantes, raramente constituya un incumplimiento de la norma de trato justo y equitativo...". De esas aseveraciones, la Demandada concluye que "quien demanda en casos similares no puede invocar como causas o hechos que generan responsabilidad internacional, los mismos hechos que constituyen violación al Contrato... las normas internacionales son 'normas independientes'. Por lo tanto, no puede fundarse la responsabilidad internacional de un Estado disfrazando meras violaciones contractuales". Para concluir, la Demandada recuerda que para solucionar las controversias de carácter contractual suscitadas por la Demandante, tanto ABA como Azurix han renunciado a su derecho a someterlas a cualquier otra jurisdicción que no sean los tribunales administrativos de la ciudad de La Plata⁵.

(b) Consideraciones del Tribunal

50. La responsabilidad de los Estados por los actos de sus órganos y subdivisiones políticas está aceptada en el derecho internacional. El Proyecto de artículos, como lo señala la Demandante, es la mejor prueba de esa aceptación y ha sido citado con frecuencia en ese sentido por los tribunales arbitrales internacionales en casos de arbitraje entre inversores y el Estado. Además, el Artículo XIII del TBI establece claramente: "El presente Tratado se aplicará a las subdivisiones políticas de las Partes". Este no es un punto controvertido entre las partes. Se trata de dilucidar si los actos en los que Azurix ha basado su demanda pueden atribuirse a la Demandada. Esta sostiene que tal atribución no es factible porque todos los actos constituyen incumplimientos contractuales por parte de la Provincia. Esta es una cuestión diferente que el Tribunal pasará a examinar a continuación.

2. Alcance de la competencia del Tribunal

51. El Tribunal recuerda que su decisión sobre jurisdicción se basó en la conclusión de que la Demandante había demostrado, *prima facie*, que tenía derecho a reclamar contra la Demandada por incumplimiento de las obligaciones que Argentina

⁵ Memorial de Contestación, párr. 932-937.

había contraído respecto de la Demandante en virtud del TBI. En esa decisión, el Tribunal observó que:

“La diferencia sobre la inversión que la Demandante ha presentado a este Tribunal invoca las obligaciones de la Demandada para con la Demandante conforme a lo dispuesto en el APPRI y es una pretensión distinta de la reclamación con arreglo a los documentos contractuales. Aunque la diferencia, tal como la presenta la Demandante, pueda requerir que se interpreten o analicen hechos relacionados con la ejecución del Contrato de Concesión, el Tribunal considera que, en la medida en que esas cuestiones sean relevantes, el incumplimiento de las obligaciones de la Demandada de conformidad con el APPRI, no pueden per se, transformar la diferencia en virtud de lo dispuesto en el APPRI en una diferencia contractual”⁶.

52. El Tribunal recuerda también que Azurix y la Demandada no tienen una relación contractual. El Contrato de Concesión es un contrato entre la Provincia y ABA, y Azurix adquirió ciertos compromisos y dio ciertas garantías a la Provincia en el momento de la licitación y la firma del Contrato de Concesión. Ninguna de las alegaciones presentadas por la Demandante se refiere a infracciones de la Provincia en relación con Azurix. Las obligaciones contraídas por la Provincia en el Contrato de Concesión se contrajeron a favor de ABA, no de Azurix. Como la propia Demandada ha afirmado, Argentina no es parte en el Contrato de Concesión, y ABA no es parte en este procedimiento arbitral. Por consiguiente, la premisa en que se basa el Artículo II(2c) del TBI, a saber, que una de las partes en el TBI ha contraído una obligación con respecto a una inversión, es inexistente. Ni la Demandada ni la Provincia, en su carácter de subdivisión política de la Demandada, han concluido una relación contractual con Azurix propiamente dicha.

53. El Tribunal, al evaluar los hechos y las alegaciones de las partes, es consciente de que su tarea consiste en determinar si las presuntas acciones u omisiones de la Demandada, y de la Provincia en su carácter de subdivisión política de

⁶ Decisión sobre Jurisdicción, párr. 76.

aquella, constituyen una violación del TBI. A ese efecto, y dado que las alegaciones de la Demandante se basan en diferencias relacionadas con el Contrato de Concesión, el Tribunal deberá determinar la medida en que la Provincia actuó en ejercicio de su autoridad soberana, como subdivisión política de la Demandada, o como parte en un contrato. Según lo declarado por el tribunal en la causa *Consortium FRCC c. Royaume du Maroc*, un Estado puede cumplir un contrato en forma insatisfactoria, pero sin que ello resulte en una violación de las disposiciones de un tratado, “a menos que se demuestre que el estado o sus órganos se han extralimitado en su papel de mera parte en el contrato y han ejercido funciones propias de una entidad soberana”⁷. Cabe señalar, no obstante, que no se trataba de un contrato ordinario entre dos partes del sector privado, sino de un contrato de concesión que contenía el régimen tarifario de la Concesión, y que las medidas en cuestión fueron adoptadas por la Provincia en su carácter de autoridad pública y mediante el dictado de resoluciones a través de su entidad reguladora y de decretos, medidas que difícilmente podrían definirse como las que toma una “mera parte en el contrato”.

54. Como se señaló anteriormente, Argentina ha cuestionado la capacidad de un demandante de invocar como eventos o hechos que dan origen a responsabilidad internacional los mismos hechos que constituyen un incumplimiento contractual. El Tribunal no duda de que los mismos eventos puedan dar origen a demandas en relación con un contrato o un tratado, ya que “aun si las dos demandas coincidieran, seguirían siendo distintas desde el punto de vista analítico, y necesariamente exigirían investigaciones diferentes”⁸. Como lo expresó el Comité de Anulación en el caso *Vivendi II*, el Tribunal se encuentra ante una demanda que “La reclamación no era simplemente reducible a un número dado de reclamaciones bajo el derecho civil o administrativo relativas a un número correspondiente de actos individuales que se alegan violar el Contrato de Concesión o el derecho administrativo argentino”, sino ante una reclamación de que “estos actos tomados en su conjunto, o algunos de ellos,

⁷ *Consortium FRCC c. Royaume du Maroc* (Caso CIADI. No. ARB/00/6), Laudo arbitral, párr. 65. Véase también *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (Caso CIADI No. ARB/03/3 del CIADI), Decisión sobre Jurisdicción (*Impregilo*), párr. 260.

⁸ *Ibid.*, párr. 258.

implicaron un incumplimiento de los Artículos 3 y/o 5 del TBI⁹. Esta es la naturaleza de la reclamación sobre la cual el Tribunal sostuvo que tenía competencia y que está obligado a considerar y decidir.

3. Relación con ENRON

55. Argentina ha hecho considerable hincapié en el hecho de que Azurix era subsidiaria de ENRON y ha alegado que Azurix aplicó las agresivas y dudosas prácticas de ENRON en su oferta para la Concesión y la posterior operación de esta última. A los efectos de la diferencia sometida a la consideración de este Tribunal y basándose en la documentación presentada por las partes, el Tribunal considera que nada se ha demostrado que vincule el caso que tiene ante sí con el caso de ENRON. Se ha demostrado que la Provincia invitó a ENRON a presentarse a la licitación de la Concesión y que en 2001 ENRON se negó a garantizar un préstamo del Banco de la Nación Argentina a ABA en el marco del programa del Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento (“ENOHSA”) financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (“BID”).

4. Corrupción

56. En 2002, cuando preparaba la Dúplica sobre Jurisdicción, Argentina advirtió que la Sección 12.1.1 del Contrato de Concesión había sido añadida después de adjudicada la Concesión, al igual que la cláusula por la cual se eximía a ABA, durante los primeros seis meses de la Concesión, de las sanciones que le fueran aplicables por incumplimiento de las normas de la Concesión. Argentina informó al Tribunal que la oficina del Procurador del Tesoro había iniciado una investigación sobre ese tema. Durante la audiencia sobre el fondo y como reacción a insinuaciones de corrupción formuladas por Argentina en el transcurso del interrogatorio de un testigo que ella había presentado, el abogado de la Demandante preguntó al testigo si había tenido conocimiento de que se hubieran producido actos de corrupción relacionados con la adjudicación de la Concesión. El testigo respondió que no tenía conocimiento de ninguna conducta indebida, y el Procurador General, presente en la audiencia, confirmó

⁹ Decisión del Comité de Anulación, párr. 112.

que la investigación seguía su curso, pero que, hasta ese momento, no habían surgido pruebas de conducta indebida. El Tribunal no ha recibido ninguna otra información al respecto.

5. Crisis económica de Argentina

57. Argentina ha alegado que la crisis institucional, social y económica que atravesó en el período 1998-2002 fue la peor de su historia¹⁰. Por otra parte, la Demandante ha sostenido que la Demandada confunde deliberadamente la recesión económica iniciada en 1998 con la crisis económica y política que comenzó en 2001. De acuerdo con la Demandante, la recesión y la crisis económica se produjeron una vez rescindido el Contrato de Concesión, no son pertinentes a los efectos de este arbitraje y no pueden justificar las violaciones del Contrato de Concesión cometidas por la Provincia. La Demandante observa además que Argentina no funda ninguna pretensión en la recesión, y sólo la menciona como información de carácter general¹¹. El Tribunal señala que las partes no han aducido que las acciones de la Provincia, ABA o Azurix se hubieran visto influenciadas por la crisis económica. La crisis económica puede constituir el telón de fondo de la diferencia, pero ninguna de las partes ha alegado que fuera la causa de las acciones de la Provincia, ABA o Azurix.

V El derecho aplicable

1. Posiciones de las partes

58. La Demandante ha sostenido que el Artículo 42 del Convenio, en su primera oración, estipula que el Tribunal debe atenerse en primer lugar a las normas de derecho acordadas por las partes. Como las partes no han convenido en el derecho que regirá la controversia, el Tribunal debería aplicar el TBI como *lex specialis* entre las partes, y las normas del derecho internacional. El TBI dispone expresamente que Argentina debe cumplir las normas de derecho internacional, y el TBI y el derecho internacional han sido incorporados por Argentina en su derecho interno¹².

¹⁰ Memorial de Contestación, párr. 851, págs. 243-245.

¹¹ Réplica, págs. 193-194.

¹² Memorial, pág. 149.

59. La Demandante se remite, entre otras cosas, a la opinión del profesor Weil de que “la existencia de un tratado bilateral de inversiones eleva la cuestión del cumplimiento de los derechos y obligaciones en él contenidos al nivel de cuestión de derecho internacional, con respecto no sólo a las relaciones entre los Estados partes en el tratado *sino también a las relaciones entre el Estado anfitrión y el inversionista*”. Según la Demandante, el TBI exige que “Argentina dispense a los inversionistas como Azurix un trato no menos favorable que aquél exigido por el derecho internacional, tanto respecto de las inversiones en general, como respecto a las expropiaciones u otras medidas equivalentes a la expropiación de una inversión en particular”.

60. La Demandante se basa también en lo declarado por el Comité de Anulación en el caso *Vivendi II* sobre el derecho aplicable a la determinación de si ha habido una violación del TBI: “En un tal caso, el examen que el tribunal del CIADI está obligado a efectuar es uno regido por el Convenio del CIADI, por el TBI y por el derecho internacional. Dicho examen no se determina en principio, ni se precluye, por una cuestión de derecho interno, incluyendo cualquier acuerdo de las partes bajo el derecho interno”¹³.

61. La Demandante agrega que el derecho internacional se aplica también en virtud de lo estipulado en la segunda oración del Artículo 42(1) del Convenio. También en este caso se remite a la autoridad del profesor Weil:

“no importa la forma en que se combine el derecho interno y el derecho internacional, en virtud de la segunda proposición del Artículo 42(1), el derecho internacional siempre obtiene la prioridad y prevalece en forma indirecta a través de la aplicación del derecho interno cuando este es considerado coherente con el derecho internacional o cuando lo incorpora. De esta forma, en virtud de la segunda proposición del Artículo 42(1), el derecho internacional tiene la última palabra en todos los casos: “el derecho internacional es en un todo aplicable y clasificar su función como ‘únicamente’ ‘complementaria y correctiva’ parece ser una distinción sin mayor diferencia”¹⁴.

¹³ Ibid., pág. 151.

¹⁴ Ibid., págs. 155-156.

62. La Demandada extrae una conclusión diferente del hecho de que las partes no hayan convenido en el derecho aplicable. En ese caso, el Tribunal aplicará “la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables” (Artículo 42(1) del Convenio). De conformidad con este artículo, la controversia se rige básicamente por la ley argentina, que también es aplicable a los asuntos contractuales y de derecho administrativo provincial en que se basa la reclamación. Sin embargo, la Demandada reconoce que el TBI “es el punto de referencia para merituar las obligaciones de la República Argentina con relación a la inversión de Azurix. El derecho internacional de fuente no convencional es relevante en la medida que está referenciado en el Tratado, o que resulta relevante para la interpretación de tal instrumento, o que está incorporado en el derecho de la República Argentina”¹⁵.

63. En su Réplica, la Demandante está de acuerdo en que el TBI es el punto de referencia para juzgar el fondo de las obligaciones y reafirma que el TBI es la *lex specialis* entre las partes. La Demandante no está segura de lo que significa “derecho internacional no convencional” y afirma que todo el derecho internacional pertinente puede ser aplicable. Agrega que el derecho internacional consuetudinario establece un límite o una norma mínima para el trato de la inversión extranjera mientras que los términos del TBI pueden fijar un límite más alto¹⁶.

64. En la Dúplica, la Demandada reafirma las consideraciones formuladas en su Memorial de Contestación según las cuales, con arreglo al Artículo 42 del Convenio, “la disputa está gobernada por el derecho argentino, el que resulta ser el derecho aplicable a las cuestiones contractuales y de derecho administrativo provincial que subyacen al reclamo de Azurix”¹⁷.

¹⁵ Memorial de Contestación, pág. 47.

¹⁶ Réplica, párr. 18-20.

¹⁷ Dúplica, párr. 21.

2. Consideraciones del Tribunal

65. El Tribunal destaca en primer lugar que las partes están de acuerdo con la afirmación de que el TBI es el punto de referencia para juzgar el fondo de la reclamación de Azurix. El Tribunal señala además que, de conformidad con la Constitución argentina, la Constitución y los tratados celebrados con otros Estados son la ley suprema de la nación, y los tratados tienen jerarquía superior a las leyes¹⁸.

66. El inciso 1) del Artículo 42 ha sido objeto de controversia en cuanto a la función que desempeñan, respectivamente, el derecho interno y el derecho internacional. De la segunda oración del inciso 1) del Artículo 42 se desprende claramente que ambos órdenes jurídicos tienen una función que desempeñar, la que dependerá de la naturaleza de la controversia y puede variar según cuál de los elementos de ésta se examine. El Comité de Anulación en el caso *Wena v. Egypt* consideró que “[l]a legislación del Estado anfitrión puede en efecto aplicarse conjuntamente con el derecho internacional si tal cosa se justifica. Así también puede aplicarse el derecho internacional por sí solo si se encuentra la norma apropiada en este otro ámbito”¹⁹.

67. La reclamación de Azurix ha sido presentada con arreglo al TBI, y como lo señaló el Comité de Anulación en el caso *Vivendi II*, la consulta al Tribunal se rige por el Convenio CIADI, por el BIT y por el derecho internacional aplicable. Si bien la indagación del Tribunal se guiará por esta afirmación, ello no implica que el derecho argentino deba desconocerse. Por el contrario, el derecho de Argentina debería ayudar al Tribunal a llevar adelante la indagación sobre las presuntas violaciones del Contrato de Concesión al que tal derecho se aplica, aunque sólo se trate de un elemento de la indagación consulta, dado que los reclamos sometidos a consideración del Tribunal se fundan en un tratado.

¹⁸ Artículos 31 y 75 (22).

¹⁹ *Wena Hotels Limited c. Arab Republic of Egypt*, (Caso CIADI No. ARB/98/4). Decisión del Comité *ad hoc* sobre la solicitud de anulación, de fecha 5 de febrero de 2002, 41 ILM (2002), pág. 941. Traducción del Tribunal.

68. Antes de examinar el significado de cada uno de los estándares presuntamente infringidos por la Demandada, y puesto que este análisis está estrechamente relacionado con las opiniones encontradas de las partes sobre los hechos objeto de la controversia y sus consecuencias, el Tribunal procederá ahora a examinar con detenimiento los hechos y luego cada uno de los niveles de trato que supuestamente la Demandada no observó. Al considerar las alegaciones de las partes correspondientes a cada una de las situaciones de hecho, el Tribunal evaluará en qué medida los hechos comprobados ponen de manifiesto actos de la Provincia realizados en ejercicio de su autoridad pública o como parte de un contrato. El Tribunal seguirá el orden en el que se describieron los hechos en los escritos, tomando en cuenta las declaraciones de los testigos, la documentación presentada, los dictámenes periciales y los argumentos escritos y orales de las partes.

VI Los hechos

1. La toma de posesión de la Concesión

(a) Posiciones de las partes

69. La Demandante ha afirmado que el 1 de julio de 1999, día de la transferencia de la Concesión, no estaba presente ningún representante de la Provincia ni de AGOSBA para garantizar una transferencia ordenada y segura. Según la Demandante, fueron quemados documentos de suma importancia en el edificio de la Plaza San Martín, y en casi todas las sucursales faltaban las herramientas y el equipo necesarios para la operación de la Concesión. La Demandante alega además que detectó algunas anomalías en la base de datos de los usuarios; por ejemplo, faltaban los archivos correspondientes a los grandes clientes, y también faltaban la metodología para calcular los importes del IVA, los intereses, información sobre si una propiedad era o no un terreno baldío, la fecha de vencimiento de los plazos, etcétera. Según la Demandante, ABA comunicó las deficiencias específicas de la base de datos al MOSP y al ORAB en octubre de 1999, después de que hubo recibido una respuesta

insuficiente de parte de AGOSBA, y tampoco recibió una “respuesta efectiva” de ninguna de las dos entidades²⁰.

70. La Demandada ha señalado que la Demandante no alegó en la solicitud de arbitraje, ni en los fundamentos que adujo para la rescisión del Contrato de Concesión, como así tampoco en las discusiones sobre el Protocolo de Entendimiento, que hubiera habido dificultades en la toma de posesión de la Concesión. Según la Demandada, la ejecución del Contrato de Concesión tuvo lugar en presencia de todas las autoridades provinciales pertinentes; la zona abarcada por la Concesión es muy extensa y no era posible que hubiera funcionarios físicamente presentes en todas las localidades, y en el Artículo 15.1.3 del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación se establecía un recurso para una situación así. ABA jamás notificó a la Provincia de ningún conflicto o negligencia de la Provincia en relación con la toma de posesión.

71. La Demandada afirma que se facilitó a los licitantes toda la información necesaria como parte de la documentación relacionada con la privatización, que el 2 de julio de 1999 se pusieron a disposición de ABA dibujos y mapas, y que, de conformidad con la Sección 2.4 del Pliego, Azurix reconoció tener pleno acceso a toda la información y renunció a cualquier reclamación por insuficiencia de información o falta de entrega de esta. La Demandada señala asimismo que jamás se presentó reclamación alguna en relación con equipos o instrumentos defectuosos y considera que las afirmaciones de la Demandante referidas a la base de datos son inadmisibles. Al respecto, la Demandada se remite a una comunicación de ABA a AGOSBA redactada en términos que revelan deferencia y gratitud más bien que ofensa por falta de cooperación. Según la Demandada, aunque es posible que la base de datos haya tenido errores y defectos, éstos eran conocidos por todos los licitantes. La Demandada concluye afirmando que la toma de posesión tuvo lugar en un “clima de mutua colaboración”²¹.

72. En su Réplica, la Demandante alega que la Demandada se basa en formalismos y refuta el significado que ésta atribuye a la Sección 15.1.1, ya que esta

²⁰ Memorial, págs. 25-29.

²¹ Memorial de Contestación, párr. 167-194.

sección sólo podría invocarse si el traspaso “legal” no se hubiera realizado. Igualmente, la Demandante considera equivocada la referencia a la Sección 2.4, puesto que esa sección presume la buena fe de la Provincia en el desempeño de sus funciones y no se la puede invocar si no se recibió información suficiente debido a la obstrucción y el sabotaje de los funcionarios provinciales²². La Demandante refuta la afirmación de que nunca se formularon quejas, pues en realidad se presentaron numerosas reclamaciones ante la Comisión Privatizadora, el ORAB, el Gobernador de la Provincia y funcionarios federales de Argentina²³.

73. La Demandante reconoce en su Réplica que el 2 de julio de 1999 se recibieron 12.700 mapas, pero dice que éstos se hallaban en un estado de total desorganización y que ABA se vio obligada a contratar los servicios de Halcrow para digitalizar y organizar la documentación. Los mapas eran viejos, no estaban al día y no describían el estado de la Concesión en ese momento. En contraposición a eso, ex funcionarios de AGOSBA se pusieron en contacto con empleados de ABA para ofrecerles mapas digitalizados y actualizados de la Concesión, que, a su juicio, podrían reducir sustancialmente el número de obras de expansión de las redes requerido por el Contrato de Concesión²⁴.

74. En su Dúplica, la Demandada reafirma su interpretación de la Sección 15.1.3 del Pliego y rechaza la afirmación de que sólo se aplica al traspaso “legal”. La toma de posesión era un término definido en el Contrato de Concesión: “El acto mediante el cual el Concesionario asume la prestación del Servicio, conforme a lo establecido en el capítulo 15”²⁵. La Demandada confirma que se proporcionó a la Concesionaria toda la documentación, incluso los planos, los mapas y la base de datos de los usuarios. Con arreglo al Contrato de Concesión, ABA tenía la obligación de digitalizar los mapas, y si la Concesionaria contrató los servicios de Halcrow para ese propósito, fue para cumplir una obligación y no porque la Provincia no hubiera cumplido

²² Réplica, párr. 76-77.

²³ Ibid., párr. 68.

²⁴ Ibid., párr. 70-72.

²⁵ Dúplica, párr. 148-152.

con proporcionar la información pertinente²⁶. La Demandada llega a la conclusión de que ninguna de las pruebas presentadas por la Demandante demuestra que ABA haya expresado queja alguna durante los seis meses que siguieron a la toma de posesión. ABA ni siquiera mencionó el asunto en el momento de presentar su primer proyecto de Plan Quinquenal²⁷.

75. Para concluir, la Demandada afirma que las pruebas demuestran que el conflicto identificado como “toma de posesión” fue creado por Azurix para el presente arbitraje, y que ABA y Azurix plantearon a las autoridades provinciales y federales sus reservas acerca de los hechos relacionados con la toma de posesión cuando se advirtió a sus altos funcionarios acerca de la posibilidad de que se entablara un juicio arbitral internacional²⁸.

(b) Consideraciones del Tribunal

76. El Tribunal considera que la Demandante no ha probado que las irregularidades que pudieron haber ocurrido hayan tenido las graves consecuencias que ha alegado y que puedan atribuirse a la Provincia. El punto con consecuencias más serias parecería ser la destrucción y eliminación de documentación, en particular de los mapas de la Concesión. Como se reconoce en la Réplica, esos mapas fueron proporcionados por AGOSBA a ABA, y ABA tenía la obligación de digitalizarlos. Al parecer los mapas que los ex empleados habían digitalizado estaban más actualizados que los proporcionados a ABA por la Provincia, pero no se ha proporcionado al Tribunal prueba alguna de que los supuestos mapas actualizados ofrecidos por ex empleados de AGOSBA hubieran sido actualizados por ellos en la época en que prestaban servicios a esa compañía y retirados después de la entrega de la Concesión, ni tampoco siquiera que hubieran estado en posesión o bajo el control de la Provincia.

²⁶ Ibid., párr. 170.

²⁷ Ibid., párr. 185.

²⁸ Ibid., párr. 186.

2. Medidas relacionadas con el régimen tarifario

77. Las medidas que abarca esta sección están relacionadas con la eliminación de los coeficientes de homogenización, la valuación aplicable a los consumidores con servicio no medido cuya propiedad ha experimentado cambios en la construcción, las denominadas Valuaciones 2000, y el RPI. El Tribunal las examinará en ese orden.

(a) Coeficientes de homogenización

(i) Posiciones de las partes

78. El 9 de abril de 1999, la Comisión Privatizadora emitió el Comunicado de Información No. 12 sobre los coeficientes de homogenización. Se adjuntaba al comunicado una lista de coeficientes “que se aplican para corregir las valuaciones fiscales inmobiliarias y que permiten determinar los rangos de facturación por Tasa Sanitaria en cada partido donde AGOSBA presta servicio, de acuerdo a lo normado por el artículo 7 de la ley 10.474”. El Comunicado agregaba: “Se deja constancia que el régimen tarifario que regirá a la concesión será el contenido en el Anexo Ñ, el que no contempla coeficientes de homogenización”.

79. En el Comunicado No. 12 se hizo la siguiente pregunta a la Comisión Privatizadora:

“Pregunta No. 160: Anexo Ñ Contrato de Concesión. El Comunicado de Información No. 12 deja en claro que el sistema tarifario, que se aplicará a la concesión, será el que se incluye en el Anexo Ñ, que no contempla coeficientes de homogenización. ¿Es correcto asumir que la nueva facturación podría superar la que se determinó en la facturación anterior a la toma de posesión debido a que se vio afectada por dicho ajuste?”

80. El 23 de abril de 1999, la Comisión Privatizadora respondió:

“Aclárase que respecto del sistema tarifario, se encuentra regido por lo establecido en el Anexo Ñ del Contrato de Concesión y las tarifas establecidas no sólo para el sistema del servicio medido sino para el sistema del servicio no

medido en el Artículo 4 de dicho Anexo deberían ser tomadas en consideración en forma especial”.

81. De este intercambio la Demandante concluye que se reafirmó que el Anexo Ñ regiría la aplicación del régimen tarifario para el servicio no medido y que las facturas por el abastecimiento de agua aumentarían para las personas que anteriormente se beneficiaban de la aplicación de los coeficientes de homogenización²⁹.

82. De conformidad con la Circular 59(A) de 25 de junio de 1999, AGOSBA asumió la emisión del primer ciclo de facturación después del traspaso de la Concesión de modo que el nuevo Concesionario tuviera tiempo suficiente para preparar el nuevo sistema. Cuando ABA envió las facturas correspondientes a su primer ciclo de facturación (el segundo ciclo después del traspaso) sin aplicar los coeficientes de homogenización, los usuarios reaccionaron negativamente ante el aumento de precios resultante. Esto sucedió durante la campaña presidencial en la que el gobernador de la Provincia, Sr. Duhalde, era candidato a la presidencia del país.

83. El 4 de agosto de 1999, el ORAB dictó la Resolución 1/99, en la cual se impedía a ABA facturar montos superiores a los facturados por AGOSBA por servicios no medidos con anterioridad al otorgamiento de la Concesión, y se ordenaba a ABA a acreditar los montos que excedieran de la factura final de AGOSBA por servicios no medidos durante el mes de agosto. El ORAB basó la Resolución 1/99 en el Artículo 4a-1 del Título II del Anexo Ñ, que dice así: “La tarifa resultante de la aplicación de la citada escala no podrá exceder la determinada en la última facturación previa a la Toma de Posesión, para igual inmueble, entendiéndose como tal aquél que no hubiere registrado variaciones constructivas”.

84. ABA interpuso un recurso de apelación administrativo contra la Resolución 1/99. ABA adujo que la Resolución 1/99 equiparaba los términos “tarifa” y “factura”, que un aumento de la factura no equivale necesariamente a un aumento de la tarifa, y que ABA no modificó la tarifa, sino que simplemente eliminó el coeficiente de

²⁹ Memorial, pág. 33.

homogenización y, si bien las facturas eran más altas, la tarifa no había cambiado. El ORAB rechazó la apelación por Resolución 2/00 del 19 de enero de 2000 y desestimó la interpretación de ABA del Anexo Ñ por considerarla incompatible con el marco regulatorio promulgado por la Ley.

85. La Demandante afirma que las medidas tomadas por el ORAB obedecían a motivos políticos y habían sido adoptadas bajo presión del gobierno de la Provincia, que temía que el alza de los precios del agua perjudicara las posibilidades del Sr. Duhalde en la carrera presidencial. Según la Demandante, la prensa dio a conocer declaraciones del Ministro de Obras Públicas en el sentido de que las facturas emitidas por ABA eran incorrectas y que los consumidores no debían pagarlas hasta tanto se aclarara el “problema” (testimonio del Sr. Castillo citado en el Memorial, pág. 33). La Demandante afirma además que el Ministro de Obras Públicas “quería apaciguar la atmósfera y posponer la adopción de una solución de cualquier manera” hasta después de las elecciones presidenciales³⁰.

86. La Demandante sostiene que las medidas adoptadas por ABA eran correctas y estaban permitidas en virtud del Contrato de Concesión. La Demandante se fundamenta en la interpretación de la Circular 27(A), y en los diferentes significados de los términos “factura” y “tarifa”. Una tarifa es “un documento público que incluye una descripción de los servicios de la empresa, las tasas y los cargos, como así también las reglas aplicables, su regulación y práctica en relación con dichos servicios”³¹. Es inapropiado utilizar el término “tarifa” como sinónimo de “tasas” o “precios”; “la tarifa no es otra cosa que una lista de precios o tasas”³². Según la Demandante, el ORAB contravino la Ley al no proporcionar una decisión bien fundamentada para rechazar la apelación de ABA conforme al Artículo 13-II del Capítulo III de la Ley.

87. La Demandada sostiene que la posición de la Demandante carece de fundamento en el Contrato o en el Comunicado o en la Circular. Recuerda, en primer

³⁰ Testimonio del Sr. Guaragna citado en el Memorial, pág. 34.

³¹ L. Goodman, *The Process of Ratemaking*, Virginia: Public Utilities Reports, Inc. (1999), pág. 45, citado en el Memorial, pág. 37.

³² Villegas Basavilbaso, *Derecho Administrativo*, vol. 3, pág. 178, citado por M. Marienhoff en *Tratado de Derecho Administrativo*, 1981, vol. II, pág. 133 (Anexo 33 del Memorial).

lugar, que el sistema de servicio no medido era un sistema provisional que debía haber sido reemplazado en un 100% por un sistema de servicio medido antes del quinto año de la Concesión, y que el Comunicado no forma parte de la documentación contractual de la Concesión. Al rechazar la interpretación dada por la Demandante al Comunicado y a la Circular, la Demandada explica que, de conformidad con el Artículo 4 del Anexo Ñ, la Concesionaria debía seguir dos criterios a los efectos de la facturación: primero, la factura debía ser el resultado de multiplicar el supuesto consumo por el precio por metro cúbico establecido sobre la base de la valuación de la propiedad de que se trataba, y, segundo, la cantidad facturada resultante no debía ser superior a la última cantidad facturada con anterioridad a la toma de posesión de la Concesión. De modo que, si la factura resultante de la aplicación de los valores que figuraban en el cuadro incluido en el Artículo 4 era superior a la factura emitida antes de la toma de posesión, en ese caso sólo debía cobrarse al consumidor lo que se le había cobrado en aquel momento. Sólo se harían excepciones para los nuevos clientes que, por definición, no habrían recibido una factura antes de la toma de posesión de la Concesión, y en el caso de variaciones constructivas que afectarían la valuación fiscal de la propiedad.

88. La Demandada manifiesta no comprender cómo la distinción que la Demandante hace entre “tarifas” y “facturas” puede justificar su postura. Está de acuerdo con la definición de tarifas y facturas proporcionada por la Demandante y asevera que la Provincia jamás sostuvo que esos conceptos eran lo mismo o que se utilizaban indistintamente³³. No entiende cómo puede aumentarse la facturación de un inmueble sujeto a un régimen no medido sin, al mismo tiempo, aumentar las tarifas³⁴.

89. La Demandada considera que siempre quedó claro que en el Anexo Ñ no se preveían coeficientes de homogenización y la aclaración del Comunicado No. 12 habría sido innecesaria. Esto no significa que se podían aumentar las facturas del primer mes de la Concesión; la función del Artículo 4 (a-1) consistía en evitar ese efecto³⁵. Igualmente irrelevante, a los efectos de la interpretación de la Demandante, es la Circular 27(A). En esta circular se respondió a la pregunta simplemente haciendo

³³ Memorial de Contestación, párr. 277.

³⁴ Ibid., párr. 280.

³⁵ Ibid., párr. 293.

referencia a las disposiciones del Anexo Ñ, en particular a lo dispuesto en el Artículo 4³⁶. De acuerdo con la Demandada, una vez que la apelación de la Resolución 1/99 fue rechazada, la decisión del ORAB pasó a ser un acto administrativo firme e irrefutable de conformidad con el derecho administrativo de la Provincia³⁷.

(ii) Consideraciones del Tribunal

90. Ambas partes están de acuerdo en que los coeficientes de homogenización no están incluidos en el Anexo Ñ. También están de acuerdo en el significado de los términos “tarifa”, “facturas” y “precios”. El Comunicado No. 12 fue emitido por la Comisión Privatizadora por propia iniciativa, de modo que ésta puede haber considerado necesario señalar que el Anexo Ñ no incluía los coeficientes de homogenización. Al ser aplicados a una factura, los coeficientes tenían el efecto de reducirla. De ahí la pregunta que se planteó posteriormente a la Comisión Privatizadora —la pregunta No. 160— para averiguar específicamente si “¿Es correcto asumir que la nueva facturación podría superar la que se determinó en la facturación anterior a la toma de posesión debido a que se vio afectada por dicho ajuste?” La Comisión respondió —punto No. 20 de la Circular 27(A)— remitiéndose en general al régimen de tarifas contenido en el Anexo Ñ y diciendo que “las tarifas establecidas no sólo para el sistema de servicio medido sino para el sistema de servicio no medido en el Artículo 4 de dicho Anexo deberían ser tomadas en consideración en forma especial”.

91. Esta respuesta evade la contestación a la pregunta planteada y deja amplio margen para que surgieran malentendidos. La interpretación dada al párrafo 4(a) por la Demandante se basa en la diferencia entre tarifas y facturas que está recogida en la terminología del Contrato de Concesión. El principal apartado del Artículo 4 dice que “la tarifa resultante de la aplicación de dicha escala no será superior a la determinada en la última facturación...”. El párrafo se refiere claramente a tarifas y facturas como conceptos diferentes; lo que no se debe superar es la tarifa aplicada en la última factura, no el importe de la factura. En ese caso, la interpretación dada por la Demandante al Contrato de Concesión y a la información proporcionada por la

³⁶ Ibid., párr. 297-298.

³⁷ Ibid., párr. 301-303.

Comisión Privatizadora parecería razonable. En efecto, si hay un subsidio resultante de la aplicación de un coeficiente de homogenización y dicho subsidio deja de ser aplicable, la factura será necesariamente más alta sin que aumente la tarifa en que se basa. Interpretar el Contrato de otra forma equivale a reconocer que el Comunicado de Información No. 12 era abiertamente engañoso y que la Circular 27(a) era, en el mejor de los casos, evasiva.

92. Para concluir, el ORAB dio una interpretación al Contrato de Concesión que no concordaba con los conceptos de tarifa, precios y facturas que le servían de fundamento, ni con la información proporcionada a los licitantes en el momento en que éstos preparaban sus propuestas. La decisión del ORAB denota, al parecer, más preocupación por las consecuencias políticas de la eliminación de los coeficientes que por cumplir los términos del Contrato de Concesión.

(b) Variaciones constructivas: Resolución 7/00

(i) Antecedentes

93. El Contrato de Concesión permitía a la Concesionaria re-categorizar a los usuarios de servicios no medidos cuyos inmuebles tenían una nueva valuación fiscal debido a mejoras en la construcción. El 17 de febrero de 1999, el 8 de marzo de 1999 y el 24 de marzo de 1999, la Demandante pidió a la Comisión Privatizadora los registros actualizados de las valuaciones de las propiedades realizados por la Dirección Provincial de Catastro Territorial (“DPCT”). El 5 de mayo de 1999, la Comisión emitió la Circular 44(A) en la que se decía que los registros no habían sido actualizados desde 1994, excepto por las actualizaciones individuales “que se originaban diariamente por la denuncia realizada por los usuarios particulares en las oficinas de la sucursal local”³⁸. Según se afirma, la Demandante siguió insistiendo en obtener los registros³⁹ y el 23 de junio de 1999 la Comisión emitió la Circular 58(A) acompañada de un CD que contenía las valuaciones de la DPCT.

³⁸ Memorial, pág. 42.

³⁹ Idem.

94. Sobre la base de esta información, ABA identificó alrededor de 60.000 usuarios de servicios no medidos cuyas valuaciones inmobiliarias reflejaban un incremento. En enero de 2000, ABA informó al ORAB que procedería a re-categorizar a esos clientes en una escala tarifaria más alta. El 8 de febrero de 2000, el ORAB emitió la Resolución 7/00 por la que ordenaba a ABA abstenerse de re-categorizar a esos clientes hasta que el ORAB hubiese verificado los cambios de valuación con la DPTC. Después de tres semanas, ABA apeló la Resolución 7/00.

95. El 17 de marzo de 2000, mediante la Resolución 15/00, el ORAB autorizó aumentos retroactivos por variaciones constructivas en terrenos que pagaban por el servicio de agua como terrenos baldíos y aparecían como lotes edificados en el CD adjunto a la Circular 58(A). En esos casos, era evidente que la diferencia de valuación obedecía a variaciones constructivas.

96. El 26 de junio de 2000, el ORAB emitió la Resolución 54/00 mediante la cual rechazaba el recurso de apelación administrativo interpuesto por ABA. En la Resolución 54/00 se recordaba que, en la exposición realizada por ABA, no era evidente que los cambios en la valuación fiscal se debieran a variaciones constructivas y, por consiguiente, el ORAB consideraba necesario realizar un estudio para determinar los fundamentos de las variaciones. En la Resolución 54/00 se afirmaba que en la Resolución 7/00 sólo se pedía a la Concesionaria que se abstuviera de re-categorizar las propiedades y no se alteraba el procedimiento establecido en el Contrato de Concesión para la aplicación de las valuaciones suministradas por el Catastro⁴⁰.

97. El estudio realizado por el ORAB reveló que el 76% de las variaciones presentadas por la Concesionaria se debían a las obras realizadas en las propiedades de que se trataba⁴¹. El 22 de noviembre de 2001, después de que ABA había rescindido la Concesión, el ORAB emitió la Resolución 62/01 en la que autorizaba la re-categorización de esas propiedades con sujeción a la aprobación de un plan comercial para mitigar los efectos en los usuarios. ABA presentó el plan comercial el 11 de diciembre de 2001. El ORAB pidió más información sobre el plan el 28 de diciembre de

⁴⁰ Memorial de Contestación, párr. 321-325.

⁴¹ Ibid., párr. 328.

2001, y ABA respondió el 29 de enero de 2002. Según la Demandada, la relación entre ABA, por un lado, y la Provincia y el ORAB, por el otro, estaba tan deteriorada y era tan deficiente la prestación del servicio por parte de ABA, que el ORAB solicitó al Subsecretario de Servicios Públicos de la Provincia que incluyese esta cuestión entre los temas a tratar entre la Provincia y ABA⁴². Posteriormente, el Subsecretario del MOSP recomendó por carta a ABA que no procediera a la re-categorización. Según Azurix, y de conformidad con los informes de prensa, la re-categorización tuvo lugar una vez que se hubo transferido la Concesión a Aguas Bonaerenses.

98. Los hechos descritos no han sido rebatidos por las partes.

(ii) Consideraciones del Tribunal

99. En la Resolución 7/00 no se hacía referencia a las razones por las que el ORAB estimaba necesario verificar las variaciones con la DPCT. Se ordenaba a ABA abstenerse de toda re-categorización hasta que el ORAB hubiese determinado si las variaciones eran realmente variaciones constructivas. El ORAB actuó guiado por un informe interno del 8 de febrero de 2003 en el que se le advertía que en el CD adjunto a la Circular 58(A) no se hacía una distinción entre las variaciones de la valuación fiscal debidas a obras y las variaciones por otros motivos. En la Resolución 7/00 no se hacía referencia a esta simple información de hecho.

100. Las variaciones constructivas habían sido objeto de varias preguntas durante el proceso de licitación, de modo que un concepto claro de lo que la expresión significaba parece haber sido importante desde el punto de vista de los licitantes. De conformidad con el Anexo Ñ, la valuación fiscal que se aplicaría a los bienes inmuebles sería la que determinara la DPTC. Cuando se proporcionó la información a los licitantes por medio de la Circular 58(A), no se hizo referencia a variaciones en la valuación fiscal. Cuando ABA identificó las variaciones, no tenía modo de saber si se debían a construcción o a otros motivos. Cuando el ORAB se dio cuenta del problema, lo lógico habría sido que basara su razonamiento en ese hecho, en lugar de referirse simplemente a la necesidad de verificar los cambios de valuación, que fue interpretado

⁴² Ibid., párr. 332.

por la Concesionaria como una táctica dilatoria. La justificación de la verificación sólo se hizo evidente después de que se hubo emitido la Resolución 15/00 y rechazado la apelación.

101. El ORAB procedió a la identificación de los terrenos anteriormente baldíos con relativa rapidez en comparación con lo que tardó en verificar los demás cambios en la valuación. La Resolución 15/00 fue emitida cinco semanas después de la Resolución 7/00. Por otra parte, la Resolución 62/01 fue emitida más de 21 meses después de la Resolución 7/00. Aún si el alza de las tarifas podía aplicarse retroactivamente y el número de variaciones por verificar era extenso, el proceso parece haberse prolongado excesivamente. La demora significaba además que la aplicación del nuevo nivel de tarifas resultaría en un aumento de los montos pagaderos retroactivamente, con la consiguiente impresión negativa desde el punto de vista de los usuarios. Cuando el ORAB autorizó la re-categorización, ABA debía presentar un plan para mitigar el impacto y, aún cuando las autoridades provinciales habían aprobado tal plan, el MOSP no autorizó la re-categorización por ABA.

102. Para concluir, no se dio a los licitantes información correcta acerca de las variaciones, y la Provincia parece haber seguido un prolongado proceso dilatorio; primero para la identificación de las variaciones constructivas y luego al retrasar la re-categorización. Como en el caso de los coeficientes de homogenización, las autoridades provinciales estaban más preocupadas por los efectos políticos que por la aplicación de los términos del Contrato de Concesión.

(c) Valuaciones 2000

103. El Contrato de Concesión disponía que la metodología Valuaciones 1958 o su equivalente sería aplicable para determinar los regímenes tarifarios apropiados para cada usuario del servicio no medido. La metodología Valuaciones 1958 fue abandonada por la DPCT a comienzos de 2000 mediante la Ley 12.397 de la Provincia.

(i) Posiciones de las partes

104. La Demandante sostiene que este cambio en la metodología de valuación fiscal causó un problema serio para ABA, porque imposibilitó aplicar con precisión los valores según las Valuaciones 2000 a la escala tarifaria existente para el servicio no medido⁴³. La nueva metodología impedía la aplicación del Régimen Tarifario a nuevas propiedades creadas dentro de la Concesión, y la actualización de las valuaciones respecto de propiedades existentes que hubieran experimentado variaciones constructivas⁴⁴. Como la Provincia no proporcionó una metodología equivalente como lo exigía el Contrato de Concesión, ABA, tomando la iniciativa, preparó una metodología y la presentó al ORAB el 22 de noviembre de 2000. Según la Demandante, el ORAB evitó dar una respuesta sobre la metodología equivalente propuesta pese a las persistentes comunicaciones de ABA, y nunca adoptó una decisión al respecto⁴⁵.

105. La Demandada sostiene que no era función de ABA preparar valuaciones equivalentes y que el Contrato de Concesión establecía claramente que la DPCT debía determinarlas. Además, el cambio introducido en Valuaciones 2000 produciría un mínimo de efectos para la Concesionaria, pues sólo afectaría a las variaciones constructivas en las propiedades existentes y las nuevas propiedades en la zona de la Concesión. En todo caso, en el Contrato de Concesión se preveía la forma de calcular las tarifas aplicables cuando la valuación de los bienes inmuebles fuese insuficiente. Según la Demandada, la metodología propuesta por ABA era un intento disimulado de aumentar las tarifas, cosa que la Demandante niega.

106. La Demandada señala que ABA en realidad hizo una propuesta para evaluar *ex officio* propiedades que no tenían valuación al 29 de febrero de 2000. La DPCT informó a ABA que no podía decidir sobre ese asunto porque el sistema en efecto no permitía el establecimiento de un sistema de valuación como el propuesto por ABA. Sin embargo, el ORAB, por Resolución 45/00 del 13 de junio de 2000, permitió a

⁴³ Memorial, pág. 50.

⁴⁴ Ibid., pág. 51.

⁴⁵ Réplica, párr. 173-190.

ABA y AGBA que llevaran a cabo valuaciones de oficio como lo había propuesto ABA⁴⁶.

(ii) Consideraciones del Tribunal

107. La Provincia cambió el sistema de valuación en el primer trimestre de 2000, poco después de adjudicada la Concesión. No se informó a los licitantes acerca del cambio que se realizaría próximamente. Cuando éste tuvo lugar, no se ofreció otra metodología como alternativa. La reclamación de Azurix se refiere más que nada a la falta de una respuesta satisfactoria de la Provincia. Incluso el mecanismo propuesto por ABA en febrero de 2000 fue formulado por iniciativa propia, si bien era responsabilidad de la Provincia proporcionar otras metodologías, como lo explicó la Demandada. Con independencia de los méritos de la propuesta de ABA y de si ésta significaba un alza de las tarifas aplicables a las propiedades afectadas por las valuaciones, esta diferencia sobre tarifas se podría haber evitado simplemente instruyendo a la Concesionaria sobre lo que debía hacer en el momento en que se promulgó la nueva ley y como parte de su aplicación. Aparentemente, el gobierno de la Provincia no puso gran empeño en buscar solución a un problema que la Provincia misma había creado.

(d) La cuestión del RPI

(i) Antecedentes

108. En el Contrato de Concesión se dispone la realización de revisiones extraordinarias de las tarifas por variación de los índices de costos, entre otros motivos. Conforme al Artículo 12.3.5.1, el concepto de tales revisiones es el siguiente: “Son las que corresponda realizar cuando el Concesionario o el Organismo Regulador invoquen un incremento o una disminución en los índices de costos de la Concesión, que supere en valor absoluto el tres por ciento (3%), según lo establecido en el artículo 12.3.5.2”. En el Artículo 12.3.5.2 se enuncia la fórmula del cálculo de la variación porcentual de los índices de costos. A tal fin, se utiliza como base un 50% de los cambios habidos en los precios al consumidor de los Estados Unidos y un 50% del cambio ocurrido en los precios de bienes industriales, también de los Estados Unidos.

⁴⁶ Memorial de Contestación, párr. 345-371.

109. El 20 de diciembre de 2000, ABA pidió que se iniciara el procedimiento de revisión de las tarifas previstos en el Artículo 12.3.5.3 del Contrato de Concesión, basándose en que el índice de costos RPI había aumentado en 6,659%. El 3 de enero de 2001, el departamento de asuntos jurídicos del ORAB envió una carta al Presidente del ORAB en la que manifestaba que, en su opinión, ABA había cumplido con los requerimientos formales dispuestos en ese artículo y en consecuencia estaba facultada para exigir una revisión por variación del RPI⁴⁷. El 30 de enero de 2001, el titular del departamento de regulación económica del ORAB, Sr. Pievani, envió un nuevo informe al Presidente del ORAB en el que le confirmaba el aumento del RPI en 6.659%, pero agregaba que consideraba improcedente la solicitud de revisión debido a las consecuencias que pudiera originar la modificación con respecto a la prestación del servicio y a los usuarios; en particular, hacía referencia al incidente de Bahía Blanca, que se examina más adelante en el presente laudo. El 8 de febrero de 2001, el Presidente del ORAB comunicó al Subsecretario del MOSP la solicitud de revisión presentada por ABA y recomendó que se declarara improcedente la revisión de las tarifas. El 27 de febrero de 2001, el MOSP dio instrucciones al ORAB de que solicitara a ABA un estudio de costos detallado que justificara el impacto de la variación de los índices inflacionarios sobre la estructura de costos de ABA, que realizara su propio estudio de costos, y que se condicionara la revisión y el envío de la solicitud de revisión de ABA al Poder Ejecutivo a la presentación del estudio de costos. El 9 de marzo de 2001, el ORAB le comunicó a ABA que debía presentar un estudio de costos.

110. ABA respondió a la solicitud de realización de un estudio de costos mediante una nota enviada al ORAB, de fecha 18 de marzo de 2001, en la que pedía que éste aclarara el marco procesal o contractual sobre el cual había fundado su decisión de exigir la realización de un estudio de costos⁴⁸. El 5 de abril de 2001, el ORAB reiteró su petición de que se realizara un estudio de costos en un plazo de cinco días. El 16 de abril de 2001, ABA respondió explicando “los principios económico-financieros en los cuales se basa el ajuste por variación del RPI como parte integral de la regulación bajo un régimen de precios máximos y de controles de precios, así como

⁴⁷ Anexo 70 del Memorial.

⁴⁸ Memorial, pág. 61.

la importancia que reviste la objetividad del regulador a fin de garantizar la transparencia del proceso regulatorio”⁴⁹. El 14 de mayo de 2001, ABA envió al ORAB un análisis más completo y detallado de los principios económico-financieros sobre los que descansaban los ajustes inflacionarios y un análisis de la naturaleza automática y objetiva del proceso de revisión inflacionaria⁵⁰.

111. El 30 de mayo de 2001, el ORAB envió una nota al Subsecretario del MOSP en la que le comunicaba la preocupación de ABA por el modo en que la Provincia estaba manejando la solicitud de revisión por variación del RPI, y solicitaba la intervención de los Organismos de Asesoramiento y Control provinciales (Asesoría General de Gobierno, Contaduría General y Fiscalía de Estado). Después de que esos órganos hubieron expresado su opinión, el ORAB emitió, el 24 de octubre de 2001 (cuando ABA ya había rescindido el Contrato de Concesión), la Resolución 53/01, emplazando a ABA a proporcionarle, en el plazo de 10 días, un estudio de costos que justificara la incidencia de éstos en las tarifas, a los efectos de verificar la procedencia de la revisión extraordinaria de tarifas, bajo apercibimiento de tener por desistida la solicitud de revisión en caso de no presentarlo. Como ABA no presentó el estudio de costos solicitado, el 26 de marzo de 2002 el ORAB emitió la Resolución 23/02 (cuando la Provincia ya se había hecho cargo de la Concesión), por la cual denegaba la solicitud.

(ii) Posiciones de las partes

112. La controversia sobre el RPI está relacionada con la cuestión de hasta qué punto la revisión tenía carácter automático bajo el Contrato de Concesión. La Demandante sostiene que dicha revisión era automática una vez que se hubiera verificado la corrección de los elementos en que se basaba el cálculo del porcentaje, que era un elemento esencial de la regulación por precios máximos, y que no había necesidad de presentar un estudio de costos. Éste sólo era necesario para la revisión extraordinaria de tarifas prevista en otra sección del Contrato de Concesión. La Demandante señala que la necesidad de efectuar un estudio de costos se le comunicó

⁴⁹ Ibid., pág. 62.

⁵⁰ Ibid., pág. 63.

casi tres meses después de haber presentado la solicitud de revisión por variación del RPI, cuando, según el contrato, el ORAB debía completar la revisión dentro de los 30 días, y que el estudio de costos fue encomendado por el Subsecretario del MOSP, pero no figuraba en la evaluación preliminar de la revisión realizada por el ORAB, como así tampoco en el informe del Sr. Pievani presentado por separado. La Demandante alega que el prolongado proceso descrito por el Grupo de Regulación del ORAB y la adición de un estudio de costos obedecían a motivos políticos sin ningún fundamento en el Contrato de Concesión. Además, en el caso de la revisión del RPI, las audiencias públicas no tienen la función que les atribuye la Demandada. El objetivo consiste en asegurar un proceso transparente de revisión de tarifas. De acuerdo con la Demandante, el último párrafo del Artículo 12.3.5.3 demuestra que, una vez que la revisión se considera procedente, el porcentaje de variación del RPI tenía que aplicarse a las tarifas establecidas en dólares de los Estados Unidos.

113. La Demandada ha aducido que el procedimiento de revisión extraordinaria de las tarifas era común a todas las revisiones y que no se producía un alza automática de las tarifas por el simple hecho de que se hubiera puesto en marcha una revisión debido a que se había alcanzado un determinado nivel de inflación. Las medidas necesarias para dicha revisión habían sido tomadas por el ORAB sin la cooperación debida por ABA con el organismo regulador de la Provincia y sin ninguna motivación política de parte de la Provincia, que en todo momento cumplió lo dispuesto en la Ley y en el Contrato de Concesión. La función de la audiencia pública va más allá de la que le atribuye la Demandante y es la misma para todas las revisiones de tarifas. La decisión de aprobar una solicitud de revisión de las tarifas corresponde en última instancia al Gobernador provincial.

(iii) Consideraciones del Tribunal

114. Como en las demás controversias que responden al título genérico de “conflicto tarifario”, las cuestiones debatidas se basan en gran parte en la interpretación del Contrato de Concesión, especialmente el Artículo 12. Este artículo tiene la siguiente estructura: Principios generales (12.3.1), Procedimiento (12.3.2), Supuestos de improcedencia automática de incremento en los valores y precios (12.3.3), Revisiones

quinquenales ordinarias (12.3.4), Revisiones extraordinarias por modificaciones en los índices de costos (12.3.5) y Revisiones extraordinarias generales (12.3.6).

115. Uno de los principios generales aplicable a todas las modificaciones es que las revisiones de las tarifas y los precios sólo pueden compensar los costos derivados de la prestación del servicio siempre que se cumpla con los términos del Contrato. El procedimiento que se debe seguir es el mismo para todas las revisiones e incluye, entre otros, los requisitos de que éstas se basen “en análisis previos y en informes técnicos, económicos, financieros y jurídicos, y en pruebas de los hechos y acciones que justifican la revisión”, y de que se haga una evaluación de las consecuencias que pueda tener la revisión para la prestación del servicio y para los usuarios. Además, las revisiones propuestas se deben debatir en audiencia pública antes de que el Ejecutivo las apruebe o rechace.

116. En el caso específico de las revisiones por motivo de variaciones de los índices de costos, el Artículo 12.3.5.3 titulado “Verificación de la procedencia de la revisión” dispone que, una vez establecido que la variación de los índices de costos es superior al porcentaje establecido en el Artículo 12.3.5.1, quedará habilitada la etapa de verificación, por parte del ORAB de la existencia de los elementos que hagan procedente la revisión de conformidad con los principios generales enunciados en el Artículo 12.3.1 y las disposiciones del Artículo 12.3.5. Una vez terminada la verificación, el ORAB determinará si la revisión se justifica y cuál será la modificación que se introducirá en las tarifas y precios existentes. Si el ORAB determina que la revisión se justifica, debe celebrarse una audiencia pública sobre la modificación propuesta. Las conclusiones del ORAB y las minutas de la audiencia se envían al Poder Ejecutivo, que decide si aprueba la revisión o si la rechaza.

117. De la lectura de las disposiciones contractuales resulta evidente que el Contrato de Concesión prevé el mismo procedimiento para todas las revisiones. Por consiguiente, la revisión debida a variaciones de los índices de costos no es más ni menos automática que una revisión quinquenal ordinaria. Los elementos que activan la revisión son objetivos, y la decisión sobre si una revisión debe o no tener lugar podría

considerarse automática una vez que se ha verificado la exactitud de los cálculos, pero éste es el primer paso del proceso. Después el ORAB debía decidir si una revisión era apropiada o no teniendo en cuenta los principios generales del Artículo 12.3.1, uno de los cuales es que las modificaciones sólo pueden compensar los costos reales de la prestación del servicio, y las consecuencias que la modificación pueda tener para la prestación del servicio y para los usuarios. El hecho de que la revisión fuera objeto de audiencia pública y de que el Poder Ejecutivo podía aprobarla o no, demuestra que, con arreglo a los términos del Contrato de Concesión, no estaba garantizado que una revisión por motivo de una variación de los índices de costos produciría como resultado la simple transferencia de la variación de los índices de costos a las tarifas y los precios.

118. Las partes han discutido también si era apropiado que el ORAB solicitara a ABA un estudio de costos. La Demandante ha hecho especial hincapié en la motivación política de la solicitud dado que ésta no figuraba en la evaluación inicial del ORAB. La solicitud no parece fuera de lugar bajo los términos del Contrato de Concesión, ya que el ORAB estaba obligado a evaluar si la modificación basada en la variación de los índices de costos se justificaba desde el punto de vista del principio general de que las modificaciones debían ser reflejo de los costos del servicio.

119. Al interpretar el Contrato de Concesión, y como lo han afirmado las partes y lo exige el propio Contrato, es necesario proceder a una lectura armonizada de todas las disposiciones pertinentes. Mientras que el último párrafo del Artículo 12 parecería indicar que una vez que la revisión se considera justificada el aumento del índice de precios se aplicará retroactivamente a las tarifas según lo calculado, no se puede interpretar esta disposición en forma contraria al principio general establecido en el Artículo 12.3.1. El Tribunal no está convencido de que la posición adoptada por la Provincia habría cambiado el equilibrio económico de la Concesión, como ha sostenido Azurix, siempre y cuando se hubiera respetado el principio de reflejar las variaciones reales de los costos debidas a la inflación. En todo caso, este punto es especulativo porque la revisión nunca se realizó.

3. Las obras comprendidas en la Circular 31(A)

120. El 23 de abril de 1999, la Comisión Privatizadora emitió la Circular 31(A) relativa a las obras en ejecución. En ella se enumeran las obras en construcción a los efectos del Artículo 15.3.1 del Contrato de Concesión y se explica que, una vez concluidas, se transferirán sin cargo a la Concesionaria. Respecto de cada obra se menciona la localidad en que está ubicada, una breve descripción, el monto del presupuesto y el porcentaje de avance. Es materia de controversia el que las obras se hubieran llegado a completar. ABA se negó a aceptarlas por considerarlas defectuosas o las aceptó provisionalmente, para evitar, según alegó, el colapso del sistema de abastecimiento de agua. Consideraremos cada una de esas obras en la secuencia presentada por la Demandante en su Memorial y las alegaciones de las partes al respecto.

(a) Bahía Blanca: obras de remoción de algas

121. Las llamadas “Obras de remoción de algas en el Dique Paso de las Piedras” en la Circular 31(A) consistían en la construcción de una planta de micro filtrado, el re-acondicionamiento de los filtros de la Planta Potabilizadora Patagonia (“Filtros de Patagonia”), la reparación del sistema que distribuye de manera equitativa el agua proveniente de los dos módulos de filtrado en la Planta Potabilizadora Patagonia (“Sistema de Equipartición”), la modificación de ciertos elementos del sistema de filtrado directo en la Planta Potabilizadora Patagonia (“Filtrado Directo”), y la construcción de un sistema de dosificación de dióxido de cloro (“Sistema de Dosificación de Dióxido de Cloro”). La Provincia mantuvo la responsabilidad de la operación del Embalse y de suministrar agua cruda a la Planta Potabilizadora Patagonia.

(i) Posiciones de las partes

122. La Demandante alega en el Memorial que las obras de remoción de algas tenían graves defectos de diseño y construcción. Por ejemplo, debido a su diseño, la Planta de Micro Filtrado permitía que el agua cruda no potabilizada evitara los microfiltros; el Sistema de Filtrado Directo se completó en forma parcial y los elementos

que efectivamente se instalaron nunca llegaron a conectarse; las reparaciones del Sistema de Equipartición se realizaron en forma parcial y no permitían la distribución uniforme del agua a los módulos de filtrado; las reparaciones y el re-acondicionamiento de los Filtros Patagonia también se llevaron a cabo en forma parcial; y el Sistema de Dosificación de Dióxido de Cloro presentaba defectos de diseño y construcción y representaba un peligro para la seguridad de operación.

123. El 24 de agosto de 1999, según explica la Demandante, ABA entregó al ORAB una lista de las acciones correctivas a corto plazo que debían completarse antes de que ABA tomara posesión de las Obras de Remoción de Algas. Destacó que el nivel de agua en el Embalse era más bajo que el habitual, la nueva Planta de Micro Filtrado se encontraba sobrecargada, los filtros de arena en la Planta Potabilizadora Patagonia eran obsoletos y estaban sobrecargados, y las reparaciones del Sistema de Equipartición no habían logrado distribuir el agua de manera equitativa en los filtros. Además, ABA recomendó la creación de un comité técnico para la operación del dique y del embalse, lo que permitiría definir un plan de contingencia para los períodos de sequía, así como la determinación de normas de calidad mínimas que debían cumplirse respecto del agua cruda suministrada por la Provincia⁵¹.

124. La Demandante alega que, debido a que no se terminaron las obras de remoción de algas, se produjo una extraordinaria floración de algas en el embalse los días 10 y 11 de abril de 2000, como resultado de lo cual el agua aparecía turbia y con un sabor y olor a tierra y moho. Según la Demandante, la prensa y los políticos se hicieron eco de las quejas de los consumidores y el incidente se transformó en un importante acontecimiento mediático y político. La Demandante sostiene que ninguno de los factores que causaron la floración de algas estaba bajo el control de ABA ni se habría podido prever la floración sobre la base de la información proporcionada por la Provincia. Sin embargo, según observa la Demandante, las autoridades provinciales hicieron declaraciones que causaron pánico entre la población y no son congruentes con los análisis realizados en el Laboratorio Central del Ministerio de Salud, en que se había determinado que “si bien el agua de red de Bahía Blanca no es potable desde el

⁵¹ Memorial, págs. 71-73.

punto de vista físico/químico, no se ha detectado ninguna contaminación de microbios que pudiera causar enfermedades infecciosas”⁵².

125. La Demandante señala que, como se informó en la prensa, el Gobernador invitó a los ciudadanos a que se abstuvieran de pagar las cuentas, y que el ORAB ordenó a ABA que aplicara un descuento a las facturas a partir del 12 abril hasta que se determinara que el agua cumplía los estándares de calidad. La Demandante alega que, al tomar esa medida, el ORAB había cedido a las presiones políticas, aún cuando su presidente había indicado a la prensa que no había fundamentos para la imposición de una sanción porque los parámetros de calidad estaban de acuerdo con los estándares definidos en los pliegos de bases y condiciones⁵³. El 28 de abril de 2000, el ORAB, mediante Resolución 24/00, impidió a ABA facturar cualquier importe hasta que se normalizara el servicio. La restricción fue levantada mediante Resolución 33/00, de fecha 8 de mayo de 2000. El 18 de mayo de 2000, a petición el MOSP, la Secretaría de Comercio de la Provincia prohibió a ABA facturar y cobrar por los servicios hasta que los usuarios consideraran que la calidad del agua era aceptable.

126. La Demandante señala además que esta medida se tomó de conformidad con la Ley de Defensa al Consumidor, que se aplica a las situaciones no previstas en un marco regulatorio específico y rechaza la autoridad de la Secretaría de Comercio para tomar este tipo de medidas, ya que el ORAB es el único con competencia sobre temas de facturación. La Demandante añade que la prensa informó que el Gobernador estaba estudiando la posibilidad de destituir a los funcionarios del ORAB debido a la decisión que tomaron de permitir que ABA recibiera el pago cuando el servicio aún no se encontraba en buenas condiciones y que se presentó una demanda contra esos funcionarios⁵⁴. Ante semejante presión, ABA se vio obligada a llegar a un acuerdo con el ORAB para prorrogar el descuento del servicio desde el 5 de mayo al 31 de mayo de 2000, pero dejó en claro que el acuerdo no implicaba la admisión de responsabilidad por los problemas de agua suscitados, y se reservaba el derecho a solicitar una indemnización a la Provincia por los daños y perjuicios ocasionados. En junio de 2000,

⁵² Ibid., Anexo 104.

⁵³ Ibid., pág. 82.

⁵⁴ Ibid., Anexo 127.

el ORAB dictó la Resolución 43/00 mediante la cual se ordenaba un descuento del 100% en las facturas por los servicios prestados en Bahía Blanca y Punta Alta desde el 12 de abril hasta el 31 de mayo de 2000⁵⁵.

127. La Comisión de Control de los Servicios Públicos y Empresas Privatizados y la Comisión de Defensa al Consumidor de la Legislatura Provincial celebraron audiencias sobre el incidente de las algas. Según la Demandante, ABA, el MOSP y el ORAB fueron citados a comparecer ante dichas comisiones. El MOSP y el ORAB solicitaron una audiencia a puerta cerrada. En esa reunión, el Ministro de Obras y Servicios Públicos declaró lo siguiente:

“Somos conscientes de que, junto con el ORAB, hemos forzado algunas decisiones que son de carácter político, en especial al solicitarle al ORAB que emitiera una resolución mediante la cual no se le permita al Concesionario recibir el pago correspondiente a cada uno de los días en los cuales la calidad del suministro de agua no cumpla con lo acordado; al hacer esto, hemos incurrido en un incumplimiento del contrato de concesión, y esto constituyó una decisión política. Hemos ido un paso más allá del espíritu del contrato”⁵⁶.

Según la Demandante, el Ministro de Obras y Servicios Públicos reconoció además que los problemas que ocurrían obedecían a causas de larga duración y el Intendente de Bahía Blanca los atribuía a la falta de inversiones durante muchos años⁵⁷.

128. En el Memorial de Contestación, la Demandada recuerda que conforme a la Circular 31(A) se había completado el 98% de las obras, porcentaje que reflejaba el hecho de que la Planta de Microtamizado del Dique Paso de las Piedras había quedado habilitada y puesta en servicio el 23 de junio de 1998, y que el 9 de diciembre de 1998 fueron puestos en servicio ocho filtros adicionales⁵⁸. La Demandada señala que Azurix conocía el estado de las obras cuando presentó su oferta para la

⁵⁵ Ibid., pág. 83.

⁵⁶ Ibid., pág. 84, cita tomada del acta de la sesión.

⁵⁷ Ibid., pág. 85.

⁵⁸ Memorial de Contestación, párr. 605-606.

Concesión, y que ABA se hizo cargo de la operación del servicio, incluido el tratamiento de las algas⁵⁹.

129. La Demandada explica que en virtud de lo dispuesto por el Contrato de Concesión, la Concesionaria era responsable de realizar todas las tareas encaminadas a garantizar un servicio eficiente a los usuarios, la protección de la salud pública y la utilización racional de los recursos, y era específicamente responsable por la calidad del agua cruda y la calidad y cantidad de agua potable. Señala asimismo que la Concesionaria era responsable también de la calidad del agua cruda y potable extraída del Dique Paso de las Piedras. La Demandada afirma, basándose en el Artículo 1 del Anexo O del Contrato de Concesión, que “aún cuando la operación y el mantenimiento del Dique Paso de las Piedras estaba a cargo de la Provincia, la responsabilidad de esta última se encontraba expresamente exceptuada por la ‘calidad y cantidad de agua entregada’ al Concesionario”⁶⁰.

130. La Demandada afirma que ABA infringió los parámetros biológicos preceptuados para el agua potable por el Contrato de Concesión. Señala que en el informe de auditoría dispuesto por el ORAB se establecía que todas las aguas provenientes de fuentes superficiales son susceptibles de ser potabilizadas para su consumo y que lo que varía es la intensidad del tratamiento requerido. En el mismo informe se señala que la Concesionaria manejó la crisis en forma improvisada e imprudente y que las medidas adoptadas por ABA no guardaron la idoneidad técnica necesaria para subsanar los problemas, por lo cual el ORAB le impuso una multa por incumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Concesión⁶¹.

131. La Demandada señala asimismo que toda crisis en la prestación del servicio de agua potable representa un hecho grave y alarmante para la comunidad, y que, si ABA se desprestigió ante los usuarios, se debió a la manera negligente en que abordó el problema⁶².

⁵⁹ Ibid., párr. 607 y sgs.

⁶⁰ Ibid., párr. 624.

⁶¹ Ibid., párr. 643 y sgs.

⁶² Ibid., párrs. 650-651.

132. En su Réplica, Azurix alega que la Provincia no dio a conocer a los oferentes información de la que disponía relacionada con la situación del embalse, y señala que Argentina no reconoce el hecho de que la floración de algas de abril de 2000 representó un acontecimiento extraordinario, que ABA no podía prever ni evitar basándose en la información o en los activos que se encontraban bajo su control⁶³.

133. Azurix cuestiona la aseveración de Argentina de que desde el comienzo ABA tenía a su cargo operaciones de tratamiento de algas. Recuerda que las Obras de Remoción de Algas eran de responsabilidad exclusiva de la Provincia, y que las obras referentes a la planta de Patagonia nunca se completaron. Además, ABA se vio obligada a operar esa planta en las condiciones en que se encontraba, dada su decisiva importancia. En ese contexto, Azurix explica que necesitaba la autorización previa del ORAB para poder realizar cualquier operación en relación con las Obras de Remoción de Algas y para obtener acceso a las instalaciones de la Planta de Microfiltrado. La Demandante señala que esta planta nunca se transfirió a ABA y que ABA participó en su operación durante la crisis de las algas para adoptar medidas de urgencia⁶⁴.

134. La Demandante cuestiona la interpretación dada por la Provincia al Contrato de Concesión y sostiene que el Artículo 3.6.1 sólo se aplicaba a las fuentes de agua cruda sujetas al control de ABA y considera absurda la extensión de la obligación de ABA a fuentes controladas y operadas exclusivamente por la Provincia. De hecho, según la Demandante, ninguna de las medidas que pudieron haber prevenido el incidente de las algas estaba bajo el control de ABA: la Provincia poseía control exclusivo del dique y del embalse, pudo controlar los escurrimientos agrícolas que ingresaban al embalse, no finalizó las Obras de Remoción de Algas y redujo el nivel de agua del embalse, que favoreció la floración de algas⁶⁵.

135. La Demandante explica que la multa impuesta por el ORAB en virtud del incidente de las algas se aplicó después que el servicio había sido transferido a la

⁶³ Réplica, párr. 318 y sgs.

⁶⁴ Ibid., párr. 326 y sgs.

⁶⁵ Ibid., párr. 335.

Provincia, más de dos años después del episodio de floración de algas y cuatro días antes del vencimiento del plazo para presentar peticiones en el procedimiento de concurso preventivo de ABA. Señala también que el monto de la multa superó las sumas permitidas por el Contrato de Concesión. Azurix cuestiona los fundamentos de la multa impuesta, sosteniendo que los valores de orientación establecidos en la Tabla IV del Anexo C del Contrato de Concesión son sólo valores de referencia que están en consonancia con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), y la Demandada los convierte en límites estrictos⁶⁶.

136. La Demandante afirma que ABA adoptó todas las medidas necesarias para corregir o mitigar la situación causada por la Provincia, y que en ningún momento existió riesgo para la salud pública; señala asimismo que la Demandada se basa exclusivamente en el informe de auditoría preparado por el ORAB para sostener que ABA manejó la crisis en forma negligente. Azurix señala asimismo que ese informe no es fiable, ya que el ORAB no goza de autonomía frente a la voluntad política de la Provincia⁶⁷.

137. La Demandante impugna la aseveración de la Demandada de que ABA otorgó voluntariamente un descuento a los usuarios, y afirma que el ORAB obligó a ABA a aplicar ese descuento a las facturas de agua⁶⁸. Además, a Azurix le resulta inaceptable que la Demandada describa declaraciones públicas de autoridades encaminadas a “sembrar el miedo, la incertidumbre e incluso la violencia contra ABA” como “libre ejercicio de los derechos en una sociedad democrática”⁶⁹.

138. En su Dúplica, Argentina reitera, en lo sustancial, sus alegaciones, principalmente que cuando se licitó la Concesión se había completado el 98% de las Obras de Remoción de Algas; que Azurix y ABA tenían conocimiento del estado de las obras y se sometieron a las disposiciones de la Sección 2.4 del Pliego de Bases y

⁶⁶ Ibid., párr. 339 y sgs.

⁶⁷ Ibid., párrs. 344-345.

⁶⁸ Ibid., párr. 346-347.

⁶⁹ Ibid., párr. 352.

Condiciones⁷⁰; que Azurix inspeccionó las obras antes de presentar su oferta; que desde el comienzo de la Concesión ABA era responsable, en la práctica, de la operación del Servicio y del tratamiento de las algas; que la Concesionaria era responsable de la cantidad y la calidad del agua cruda proveniente del Dique Paso de las Piedras, pese a que la operación y el mantenimiento estaban a cargo de la Provincia; que la Tabla IV del Anexo C al Contrato de Concesión establecía que el agua potable debía estar exenta de fitoplancton y zooplancton, y que en caso de incumplimiento de esos parámetros biológicos el ORAB tenía la obligación de imponer una multa⁷¹.

139. La Demandada alega que contrariamente a lo expresado por Azurix, la inquietud generada en la comunidad no obedeció a la intervención de autoridades provinciales, que, por el contrario, estaban atendiendo la preocupación de la población con respecto a los malos olores y al gusto desagradable del agua. La Demandada alega que Azurix lo ha admitido, al relatar que el problema que planteaban el olor y sabor del agua “gradualmente atrajo la atención tanto de políticos como de periodistas y se convirtió en un tema de gran repercusión mediática”⁷².

(ii) Consideraciones del Tribunal

140. Las alegaciones de las partes guardan relación con su interpretación del Contrato de Concesión, las causas del incidente de las algas y la reacción de las autoridades provinciales.

141. Es objeto de controversia entre las partes la cuestión de si la Concesionaria era responsable de la cantidad y la calidad del agua proveniente de una fuente que no estaba bajo su control. La controversia se refiere a la cuestión de si el Artículo 3.6.1 del Contrato de Concesión se aplica al agua cruda proveniente del embalse de Paso de las Piedras. El Tribunal observa que en ese artículo no se distingue entre diferentes fuentes de agua cruda, y que el Anexo O exime

⁷⁰ En esa sección se dispone, *inter alia*, que por el hecho de presentar una oferta, los oferentes reconocen haber tenido suficiente acceso a la información necesaria para prepararla correctamente y que la oferta se había basado exclusivamente en su propia investigación y evaluación.

⁷¹ Dúplica, párr. 630 y sgs.

⁷² *Ibid.*, párr. 636 y sgs. Cita tomada de la pág. 79 del Memorial.

específicamente de responsabilidad a la Provincia con respecto a la cantidad y la calidad del agua proveniente de dicho embalse.

142. También es objeto de controversia entre las partes la cuestión de si la Concesionaria incurrió en incumplimiento de los parámetros biológicos establecidos en el Anexo C del Contrato de Concesión. Al Tribunal le resulta difícil compartir la interpretación de la Demandante sobre el texto del Anexo C y las disposiciones concordantes del Contrato de Concesión. El Artículo 3.6.2 impone muy claramente al Concesionario la obligación de cumplir los parámetros establecidos en el Anexo C y especifica en forma igualmente clara que en todos los casos el incumplimiento de los parámetros técnicos se considerará un peligro potencial para la salud pública.

143. No obstante, el Contrato de Concesión se basó en determinados supuestos de hecho que no se cumplieron. No se cuestiona el hecho de que las Obras de Remoción de Algas no se completaron, pese a que a la fecha de la licitación de la Concesión se declaró que se habían completado en un 98% y que se preveía su culminación a más tardar en abril de 1999, no menos de dos meses antes del comienzo de la Concesión y todo un año antes de que se produjera la floración de algas extraordinaria. La Provincia mantuvo el embalse lleno tan sólo en un 25%, para poder completar las obras. A su vez, ese bajo nivel del agua contribuyó a que la floración de algas alcanzara proporciones extraordinarias. Las obras llevadas a cabo por la Provincia tenían como objetivo obtener agua tratada en la planta de Patagonia en que “la cantidad del pigmento fotosintético denominado clorofila A sea inferior a 1 mg/m³, cualesquiera sea la especie y el número de células, pH, etc. que definan el agua”. Este objetivo no se alcanzó. Los filtros instalados en la planta de microfiltrado eran inadecuados para filtrar algas, hecho reconocido por el ORAB y por los consultores de Azurix. En el Informe de Seguimiento del Suministro de Agua Potable de Bahía Blanca preparado por el ORAB se señalaba que no se habían encontrado precedentes nacionales o internacionales de utilización de esos sistemas de microfiltrado para la eliminación primaria de ese tipo de organismos planctónicos⁷³. Análogamente, en el informe preparado por la empresa de consultoría JVP, cuyos servicios contrató ABA, se

⁷³ Informe Halcrow, pág.32. Anexo 90 del Memorial.

concluyó que el sistema de filtrado directo establecido en Paso de las Piedras no era apropiado para el tratamiento de agua, dada la alta concentración de algas/clorofila A que llegaba a la planta de Patagonia debido a las propiedades del agua proveniente del embalse y a la capacidad de remoción del sistema de microtamizado⁷⁴. Desde agosto de 1999 ABA, repetida e infructuosamente, había puesto en conocimiento del ORAB las medidas necesarias para que ABA tomara posesión de las Obras de Remoción de Algas. Por ejemplo, en una carta dirigida al ORAB fechada el 24 de agosto de 1999 (menos de dos meses después del comienzo de la Concesión y ocho meses antes de los incidentes de abril de 2000) ABA alertó al ORAB acerca del empeoramiento del “problema de las algas” provocado por el nivel inusualmente bajo del agua del embalse⁷⁵. En el mismo orden de ideas, ECODYMA, la empresa contratista a la que AGOSBA encomendó las Obras de Remoción de Algas, escribió a la Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia, el 19 de julio de 1999, llamándole la atención acerca de que la calidad del agua del embalse no cumplía las normas tomadas como base para su oferta, dado el alto nivel de turbidez del agua y la floración de algas, con gran número y variedad de especímenes⁷⁶.

144. La reacción de las autoridades provinciales ante esta situación de hecho revela total despreocupación ante el hecho de que ellas mismas habían contribuido a provocar la crisis de las algas, y el propósito de imputar a la Concesionaria situaciones causadas por años de sin inversión y de utilizar el incidente con fines políticos, tal como lo admitió el Ministro de Obras y Servicios Públicos en audiencias celebradas por comisiones del parlamento provincial sobre el problema de las algas. Dicha reacción pone igualmente de manifiesto que las más altas autoridades provinciales, incluido el Gobernador, procuraron interferir, con fines políticos, en la operación de la Concesión, obligando a ABA a no remitir facturas a los usuarios o amenazando al personal del ORAB por haber levantado la interdicción de la facturación. Es evidente que la Provincia adoptó esas medidas en ejercicio de su autoridad pública y actuando más allá de los derechos contractuales que le confería su calidad de parte en el Contrato de

⁷⁴ Ibid., pág. 33.

⁷⁵ Anexo 94 del Memorial.

⁷⁶ Anexo 95 del Memorial.

Concesión. El Tribunal comprende que los gobiernos deben velar por la salud pública de sus ciudadanos, y protegerla, pero las declaraciones y actos de las autoridades provinciales contribuyeron a la crisis, en lugar de ayudar a resolverla.

(b) Moctezuma

(i) Posiciones de las partes

145. Como lo explicó la Demandante en su Memorial, las obras descritas en la Circular 31(A) constaban de dos elementos: “Obras de Construcción de Perforaciones” y “Construcción de Acueducto y Cañerías de Impulsión”. Esas obras se hallaban terminadas sólo en un 10% y un 25%, respectivamente, de conformidad con la Circular 31(A). Las Obras de Construcción de Perforaciones exigían la perforación de 16 pozos con capacidad para extraer un volumen de agua de 300m³/hora. En virtud del contrato de perforación, AGOSBA tenía derecho a rechazar las obras ejecutadas si el volumen de agua era inferior al 50% de la capacidad requerida o si el agua no cumplía las exigencias sanitarias. El objeto del acueducto era transportar agua desde Moctezuma hasta el depósito ubicado en Carlos Casares para su distribución en esa ciudad y en la ciudad de Pehuajó. Las obras debían estar terminadas en un plazo de 18 meses, para junio o comienzos de julio de 2000.

146. Según la Demandante, el 14 de marzo de 2000, AGOSBA informó al ORAB que habría un retraso de dos meses en las obras y que sólo quedarían concluidas en septiembre de 2000. La fecha fue aplazada nuevamente y la Demandante encuentra desconcertante que el ORAB, en lugar de insistirle a la Provincia que cumpliera sus obligaciones, informara a ABA de que “Azurix (sic) no puede alegar la finalización de las obras en Moctezuma como causal de incumplimiento de los parámetros de calidad en dichas localidades”⁷⁷. La conclusión de las obras se produjo casi 18 meses más tarde de la fecha fijada inicialmente y después de que ABA había rescindido la Concesión. La Demandante manifiesta que ABA estaba dispuesta a aceptar las obras provisoriamente con sujeción a una evaluación técnica y funcional, y la evaluación realizada el 3 de enero de 2002 demostró que las obras eran

⁷⁷ Ibid., págs. 89-90.

inadecuadas para el fin con que habían sido realizadas y no fueron aceptadas por ABA. En particular, los pozos sólo podían suministrar entre la tercera parte y la mitad del caudal de agua convenido⁷⁸.

147. En su Memorial de Contestación Argentina describe una situación distinta. Se remite al estudio presentado por ABA al ORAB en mayo de 2000, en el que se reconocía que los pozos habían sido perforados y que 13 kilómetros de acueducto estaban terminados. En el mismo estudio, ABA recomendó que se redujera en 50% la extracción de agua para preservar las reservas geológicas. Las obras quedaron terminadas y se notificó a ABA el 2 de octubre de 2001. El 10 de octubre, ABA aceptó provisionalmente las obras porque había rescindido la Concesión el 5 de octubre. Las obras civiles fueron concluidas a fines de agosto, pero no pudo instalarse la conexión de electricidad debido a los anegamientos ocurridos en la zona. En el informe de auditoría externa presentado por ABA al ORAB en septiembre de 2001 consta que no se pudo acceder a algunas de las perforaciones por encontrarse la zona inundada. Las obras no eran esenciales para cumplir las metas de calidad del servicio, debido a que en el Anexo F del Contrato se establecía una exención, por un plazo de tres años, relativa a los parámetros físico-químicos de la calidad del agua. Jamás se sancionó a ABA, y Azurix no ha solicitado indemnización de perjuicios al respecto.

148. En su Réplica, Azurix señala que Argentina no había mencionado que se esperaba que los pozos resolvieran el problema de la cantidad de agua y no sólo el problema de la calidad, y que la calidad del agua no cumplía con los parámetros inicialmente establecidos en las especificaciones de las obras⁷⁹. El hecho de que no se fijara un plazo en la Circular 31(A) no significa que esta circular se pueda considerar aisladamente de los contratos y las especificaciones relativas a las obras en cuestión. Las inundaciones se produjeron después del 15 de abril de 2001, más de ocho meses después de vencido el plazo y después de que las obras habían sido suspendidas por falta de pago al contratista⁸⁰. Azurix sostiene que ABA ni siquiera aceptó las obras de manera provisional, sino “sujeta a las condiciones mencionadas en la Nota GRP

⁷⁸ Ibid., págs. 90-91.

⁷⁹ Réplica, párr. 355.

⁸⁰ Ibid., párr. 365-366.

1882/01, en especial su finalización conforme al pliego y al contrato firmado para su ejecución...”⁸¹. Como se señaló anteriormente, el ORAB advirtió a ABA que no podía utilizar el hecho de que las Obras de Moctezuma no estuvieran finalizadas como excusa para no cumplir los parámetros aplicables a la calidad del agua. El ORAB determinó además que se produjo una disminución del nivel de presión en las ciudades de Pehuajó y Carlos Casares, y ordenó a ABA resolver esa situación. A ese efecto, ABA perforó cinco nuevos pozos, ejecutó un esquema de bombeo para optimizar la distribución de agua en Pehuajó e inició la construcción de una planta de tratamiento de arsénico debido a que el agua extraída de los pozos de Moctezuma no cumplía con los parámetros establecidos respecto de los niveles de arsénico aceptables⁸². Según la Demandante, lo más grave era el daño causado a la imagen de ABA entre los usuarios, ya que la Provincia había presentado las obras como la solución a los problemas de agua de los últimos 40 años y creado grandes expectativas entre las autoridades y la población local.

149. En su Dúplica, Argentina reitera que la aceptación provisional de las obras, el 10 de octubre de 2001, estaba vinculada a la terminación unilateral de la Concesión cinco días antes, y que las obras y estudios adicionales que supuestamente habían sido necesarios debido a que las obras de Moctezuma eran deficientes estaban ya incluidos en el Plan Quinquenal presentado por ABA al ORAB en noviembre de 1999. Nunca se impuso una multa a ABA en relación con las pretendidas consecuencias de las obras de Moctezuma para la prestación del servicio por parte de ABA. Las únicas multas se referían a la interrupción del servicio por las roturas del acueducto Nueve de Julio los días 2 de mayo y 29 de junio de 2000 a causa de su operación indebida. Las roturas se produjeron antes del vencimiento de las fechas originales de entrega de las obras⁸³.

⁸¹ Ibid., párr. 368.

⁸² Ibid., pág. 120, notas de pie de páginas 382 y 383.

⁸³ Dúplica, párr. 661.

(ii) Consideraciones del Tribunal

150. Es un hecho aceptado por las partes que las obras estaban atrasadas. De las pruebas presentadas se desprende claramente que las obras quedaron interrumpidas en primer lugar porque la Provincia no le pagó al contratista, y luego debido a las inundaciones. También ha quedado claro que la cantidad de agua que se podía extraer de los pozos era inferior a lo previsto. En opinión del Tribunal se trata de una simple cuestión contractual, que no implica el ejercicio de su autoridad pública por parte de la Provincia.

(c) Polo Petroquímico (el “Polo”)

(i) Posiciones de las partes

151. AGOSBA había concertado un acuerdo con Profértil y la Provincia para abastecer de agua industrial a una planta de fertilizantes en construcción. El contrato de abastecimiento de agua fue cedido a ABA como parte de su toma de posesión de la Concesión. Para satisfacer las necesidades de agua, la Provincia había iniciado la construcción de un acueducto que, según lo indicado en la Circular 31(A), presentaba un porcentaje de avance de 95%. Azurix alega que la Provincia nunca entregó el acueducto. En una carta de fecha 25 de agosto de 1999 dirigida a ABA y AGOSBA, Profértil hacía referencia a “fallas en la construcción y el diseño del Acueducto Industrial y calidad inferior del equipo y los materiales utilizados”. En enero de 2000, ABA informó a Profértil que el acueducto no cumplía los requisitos necesarios para prestar el servicio y que no sería posible abastecer a Profértil de agua en la cantidad y de la calidad convenida por la Provincia. Azurix recibió provisionalmente el acueducto industrial en marzo de 2000, “condicionando la aceptación final a los resultados satisfactorios en la evaluación técnica de rutina, y a que la Provincia asumiera plena responsabilidad por deficiencias en el servicio que no resultaran de actos de ABA”⁸⁴. En agosto de 2000, la Provincia, Profértil, PBB y Polisur (otras industrias del Polo) firmaron una carta de intención para la construcción de un nuevo acueducto. Azurix considera que este hecho es una admisión expresa de que el Acueducto Industrial “no

⁸⁴ Memorial, pág. 92.

era adecuado para los fines para los cuales había sido construido”. Azurix enumera una serie de medidas que tomó para minimizar las deficiencias del acueducto, entre ellas la construcción de una desviación entre el acueducto industrial y un acueducto existente, y el suministro de agua industrial a las empresas del Polo, además de asumir el costo del agua cruda pagado a la Provincia⁸⁵.

152. Argentina señala que, de conformidad con el Artículo 15.4.1 del Contrato de Concesión, los contratos celebrados por OSBA previstos en el Anexo N, serían transferidos al Concesionario. Según lo dispuesto en la Circular No. 39(B), en el punto 2 del Anexo O del Contrato se establecieron pautas para el abastecimiento de agua industrial a las empresas del Polo. En dicho anexo se estableció expresamente el precio que se pagaría a la Provincia y su responsabilidad por la cantidad de agua entregada. La calidad del agua debía ser la que tenía en su estado natural en el dique Paso de las Piedras, con su posterior tratamiento en la Planta de Microtamizado⁸⁶. El 28 de marzo de 2000, el Presidente del ORAB comunicó a ABA la transferencia del acueducto. En el “Inventario de Bienes de Uso” de ABA, el acueducto estaba registrado como un bien afectado a la Concesión, con "Fecha de Origen" 15 de abril de 2000, y su estado general estaba calificado de excelente⁸⁷. Argentina alega que ABA trató de crear conflictos con Profértil porque no le resultaban atractivas las obligaciones asumidas en el contrato, y con la Provincia para renegociar la Concesión⁸⁸.

153. En su Réplica, Azurix reafirma que la condición deficiente de las obras impidió que se prestara un servicio adecuado a las industrias del Polo. Además, la operación deficiente del dique afectó la calidad de agua a tal punto que ABA “se vio obligada a no facturar el agua suministrada y así evitar verse comprometida con una operación que no podía garantizar a través de las instalaciones de la Provincia”⁸⁹. Además, las negociaciones comerciales que ABA pudo haber realizado con las industrias del Polo no guardan relación con las cuestiones planteadas por Azurix. No

⁸⁵ Ibid., págs. 93-94.

⁸⁶ Memorial de Contestación, pág. 196.

⁸⁷ Ibid., párr. 698.

⁸⁸ Ibid., párr. 699-704.

⁸⁹ Réplica, párr. 384.

cabe duda de que los problemas experimentados por el acueducto crearon una imagen negativa de ABA ante las industrias situadas en el Polo⁹⁰.

154. En la Dúplica, Argentina reitera sus argumentos sobre la cesión del contrato y la aceptación del acueducto por ABA. Si ABA había hecho inversiones para asegurar la continuidad del servicio, era porque lo consideraba necesario para cumplir con sus obligaciones. Ellas no son responsabilidad ni de la Provincia ni de Argentina.

(ii) Consideraciones del Tribunal

155. El Tribunal considera que el hecho de que la Provincia conviniera en construir un nuevo acueducto demuestra que el entregado a la Concesionaria era inadecuado. Las pruebas realizadas por ABA, que no han sido impugnadas por Argentina, también demuestran el bajo nivel de la presión aceptada por el acueducto. La carta enviada por Profértil a AGOSBA y ABA en agosto de 1999 habla por sí misma y su contenido no ha sido rebatido por Argentina. No obstante, se trata de una cuestión de carácter contractual, que no escapa a los límites de la relación entre las partes del Contrato de Concesión mientras actúan como tales.

(d) Florencio Varela

(i) Posiciones de las partes

156. Este componente de las obras en ejecución del que se responsabilizó AGOSBA consistía en la perforación de cuatro pozos. De conformidad con el contrato de perforación, los pozos debían estar terminados en un plazo de 180 días contados desde la fecha del contrato, el 30 de diciembre de 1988. En la Circular 31(A) se decía que la construcción de los pozos estaba terminada en un 70%, cosa que Azurix refuta. Azurix alega que la Provincia no entregó los pozos y que, por lo tanto, era imposible hacer frente a la demanda de agua en el verano y que ese hecho causaba interrupciones del servicio. El 27 de diciembre de 1999, el ORAB ordenó a ABA “que restaurara el servicio a los niveles de servicio establecidos en el plazo de 24 horas”. Para cumplir la orden, ABA “se hizo cargo provisoriamente de los Pozos de Extracción

⁹⁰ Ibid., párr. 388.

de Florencio Varela para comenzar a prestar el servicio de agua a los residentes locales”⁹¹. El 28 de diciembre de 1999, ABA explicó al ORAB que debido al incumplimiento de la Provincia respecto de la finalización de los pozos le resultaba imposible cumplir con la obligación de suministrar servicios de agua. En su Primer Informe Anual, ABA observó que algunas perforaciones terminaban antes de llegar al acuífero “para evitar tener que realizar obras más complejas, de modo tal que esas obras no servían”⁹².

157. Según Argentina, los pozos se hallaban “prácticamente terminados” a fines de julio de 1999 y se había llevado a cabo la medición final. En el Estudio del Servicio de ABA se dice que los pozos eran utilizables para el servicio, y se incluyeron en el Inventario de Bienes el 15 de junio de 1999. Los pozos de explotación debían ser complementados con las respectivas cañerías de interconexión, cuya instalación era responsabilidad de la Concesionaria. Del Informe Anual de Avance del POES y de Niveles de Servicio presentado por ABA se desprende que al menos tres de los cuatro pozos fueron utilizados por ABA para la prestación efectiva del Servicio. En todo caso, ABA no sufrió daños ni el ORAB impuso sanciones⁹³.

158. En su Réplica, Azurix destaca que Argentina no ha mencionado las pruebas presentadas en el Memorial. Azurix señala que el ORAB tardó cinco meses en autorizar a ABA a hacerse cargo de la operación de los Pozos de Florencio Varela para realizar pruebas, adaptarlos y completarlos, a fin de poder satisfacer el aumento de la demanda de agua en la época veraniega⁹⁴. Azurix cuestiona la importancia de los informes citados y de la declaración sobre medición. A su juicio, el objetivo del Estudio del Servicio consistía en “evaluar el estado del sistema *en el momento de la toma de posesión de la Concesión por parte de ABA*”⁹⁵. En el Informe se observó que ninguno de los cuatro pozos se encontraba en funcionamiento y que faltaban los equipos. La fecha de origen que figura en el Inventario de Bienes de Uso no tiene la importancia que Argentina le atribuye. Esa fecha es simplemente un término técnico que no explica

⁹¹ Memorial, pág. 96.

⁹² Ibid., pág. 97.

⁹³ Memorial de Contestación, párr. 706-717.

⁹⁴ Réplica, párr. 390.

⁹⁵ Ibid., párr. 393. Énfasis en el original.

las razones del ORAB para no autorizar a ABA a tomar posesión material sino hasta el 27 de diciembre de 1999. La entrega previa de los pozos era esencial para la instalación de las cañerías de interconexión. Una vez que ABA obtuvo la autorización, procedió de inmediato a terminarlos, haciéndose cargo de los gastos y de conectarlos a la red. Sólo se pusieron en funcionamiento tres pozos; el cuarto no se pudo utilizar debido a problemas de construcción, fue abandonado y hubo que efectuar nuevas perforaciones corriendo ABA con los gastos⁹⁶.

159. En su Dúplica, Argentina sostiene que probó debidamente que las obras se habían terminado durante el primer mes de la Concesión. Señala que Azurix citó sólo parcialmente el Estudio del Servicio, en el que se decía que “[s]ólo está la perforación entubada. Falta todo el equipo, el cual se encuentra acopiado en la Sede Operativa Centro”⁹⁷. Contrariamente a lo alegado por Azurix, no era necesario equipar los pozos para interconectarlos. En todo caso, no se impuso multa alguna porque, de conformidad con el Contrato, durante los seis primeros meses de la Concesión no podía multarse a ABA⁹⁸.

(ii) Consideraciones del Tribunal

160. De las alegaciones de las partes se desprende que Argentina no niega que ABA estaba autorizada para utilizar los pozos el 27 de diciembre. El hecho de que en el Inventario de Bienes de Uso los pozos figuren como un bien agregado el 15 de junio de 1999 indica que se agregaron bienes antes de que las obras estuvieran terminadas o en servicio. El 15 de junio, el Contrato de Concesión no se había firmado aún, y no se discute que en esa fecha las obras no estaban terminadas. Argentina afirma que las obras se hallaban terminadas en julio y ABA afirma que nunca las aceptó. No es polémico que sólo tres de los cuatro pozos previstos inicialmente entraron en servicio y que producían un bajo caudal de agua. El certificado de medición emitido el 20 de julio de 1999 simplemente deja constancia del hecho de que la medición final había tenido lugar, y está firmado por OSBA y el Contratista. Hazen &

⁹⁶ Ibid., párrs. 394-395 y nota de pie de página 429.

⁹⁷ Dúplica, párr. 679.

⁹⁸ Ibid., párr. 686.

Sawyer (“H&S”) declaró: “La concesionaria debió hacerse cargo unilateralmente de las obras sin terminar de AGOSBA y hacerlas producir antes de que fueran transferidas formalmente según lo estipulado en el contrato de concesión de ABA”⁹⁹. Hay una diferencia de opinión entre la simple ejecución de las obras y su aceptación como obras terminadas satisfactoriamente conforme a lo dispuesto en el contrato de obras civiles correspondiente. ABA consideraba terminadas las obras cuando éstas se aceptaban según las condiciones del contrato, mientras que a la Provincia parece haberle interesado la terminación física de las obras aún cuando éstas no se ajustaran a dichas condiciones. A partir de esas consideraciones el Tribunal concluye que en este asunto la Provincia no ejerció su autoridad pública, sino que actuó como cualquier otra parte contratante.

4. Denegación de financiación por parte de Overseas Private Investment Corporation (“OPIC”)

(a) Posiciones de las partes

161. Azurix sostiene que, en la privatización de servicios públicos de agua, el inversor privado por lo general necesita compensar la desinversión en la infraestructura que tuvo lugar durante la administración estatal anterior¹⁰⁰. ABA estimó que necesitaría US\$311 millones para cumplir los objetivos del POES. En el otoño de 1999, ABA se puso en contacto con OPIC y con el Banco Interamericano de Desarrollo (“BID”) para obtener sendos préstamos de US\$100 millones y US\$150 millones respectivamente. En abril de 2000, las dos instituciones expresaron su interés en financiar la Concesión, y en mayo de 2000 Azurix presentó la solicitud formal de préstamo¹⁰¹. H&S fue contratada por OPIC y el BID para llevar a cabo una exhaustiva auditoría (*due diligence*) de la Concesión, y en agosto de 2000 funcionarios de H&S visitaron Argentina. Durante una segunda visita realizada en octubre de 2000, H&S se dedicó principalmente a determinar “cómo veían el desarrollo de la Concesión las autoridades Provinciales y qué papel jugaría la Provincia en promover la seguridad y la estabilidad

⁹⁹ Anexo 163 del Memorial, págs. 2-11.

¹⁰⁰ Memorial, pág. 98.

¹⁰¹ Ibid., pág. 101.

de la inversión durante el transcurso de la Concesión”¹⁰². El 21 de septiembre de 2001, OPIC rechazó formalmente la solicitud. En la carta de rechazo se describían ciertos aspectos de la concesión “que requieren una resolución clara y definitiva para asegurar la viabilidad de la concesión en el largo plazo y su capacidad de endeudamiento”.

162. Los aspectos problemáticos identificados por H&S eran la incertidumbre en cuanto a tarifas, la magnitud del programa de inversiones requerido para lograr los objetivos de la Concesión comparada con el nivel de efectivo que ABA tenía previsto generar a partir de estimaciones de ingresos basadas en las tarifas vigentes, la falta de una definición clara de las funciones y responsabilidades, y el compromiso poco claro del gobierno de la Provincia con la concesión de ABA, dado el incumplimiento de las obligaciones¹⁰³. La carta concluía diciendo:

“Sabemos que con posterioridad a nuestras reuniones en Argentina durante noviembre de 2000, ABA continuó negociando con el ORAB y el gobierno de la Provincia de Buenos Aires sin lograr avances significativos en cuestiones fundamentales referidas a la fijación de tarifas y al programa de inversiones. Con relación a la solvencia, la imposibilidad de alcanzar un acuerdo acerca de las modificaciones a la concesión que permitan arribar a una situación sostenible nos impide avanzar hacia un potencial financiamiento”.

163. Según Azurix, la denegación de financiamiento por parte de la OPIC hizo imposible la obtención de fondos a largo plazo de otras fuentes. Significó que Azurix tendría que financiar por sí misma las deficiencias de ingresos operativos de ABA¹⁰⁴.

164. En el Memorial de Contestación, Argentina aduce que Azurix siempre estuvo escasa de fondos. Señala que Azurix preparó una oferta pública de acciones para obtener fondos que no podía obtener de otro modo, pero que los fondos así obtenidos beneficiaron en cambio a ENRON. Además, el Banco Mundial denegó financiamiento a Azurix en Ghana debido a su política totalmente falta de transparencia. En todo caso, Azurix era responsable de obtener financiamiento, y era

¹⁰² Ibid., pág. 103

¹⁰³ Ibid., págs. 107-108 y Anexo 173.

¹⁰⁴ Memorial, pág. 109.

decisión suya si hacerlo utilizando su propio capital o endeudándose con instituciones multilaterales u otras entidades¹⁰⁵.

165. Azurix refuta las aseveraciones de Argentina sobre financiamiento, sobre el vínculo entre la negativa de la OPIC a otorgar financiamiento y la denegación de un préstamo del Banco Mundial en Ghana, y sobre la falta de recursos. Pone de relieve el hecho de que la denegación de financiamiento en Ghana tuvo lugar en marzo de 2000, mientras que OPIC y el BID expresaron interés en proporcionar financiamiento en abril y junio de 2000. En el informe de H&S emitido en enero de 2001 no se mencionaba la cuestión, así como tampoco en la carta enviada por OPIC el 21 de septiembre de 2001¹⁰⁶.

166. En su Dúplica, Argentina señala que los conflictos que a la larga llevaron a OPIC a denegar el financiamiento fueron generados por la propia Azurix. La notificación realizada por ésta el 5 de enero de 2001 acerca de la existencia de una controversia en el marco del TBI habría pesado en la decisión de OPIC de denegar el financiamiento. Argentina agrega otro caso de denegación de financiamiento no mencionado por Azurix. ABA solicitó a ENOHSA un préstamo de US\$50 millones en el marco de un programa financiado por el BID. El préstamo fue denegado porque estaba condicionado a las garantías de ENRON o al correspondiente aval bancario, cosa que ABA no podía ofrecer. ABA fue notificada el 21 de septiembre de 2001, la misma fecha que la carta de OPIC, y no se hizo referencia alguna a acciones u omisiones de la Provincia o del organismo regulador, sino a la falta de planes, al presupuesto excesivo, a la falta de evaluaciones del impacto ambiental, etcétera.

(b) Consideraciones del Tribunal

167. Las razones de OPIC para denegar el préstamo eran muy claras y específicas. No se mencionaba al Banco Mundial ni a ENRON. El Tribunal no tiene motivos para cuestionar *a posteriori* las razones que tuvo la administración de OPIC para rechazar la solicitud. En lo que respecta al préstamo de ENOHSA, ENRON no

¹⁰⁵ Memorial de Contestación, págs. 162-167.

¹⁰⁶ Réplica, párr. 284.

estaba dispuesta a garantizarlo según lo exigía el Banco de la Nación Argentina, administrador del programa. El 21 de septiembre de 2001, ABA ya había pedido a la Provincia que subsanara su incumplimiento del Contrato de Concesión. Evidentemente, cada institución tenía sus propias razones para denegar la financiación. Para el Tribunal, la importancia de las razones dadas por OPIC y el análisis de la debida diligencia en el que se fundan se deriva del hecho de que OPIC no está relacionada con ninguna de las partes interesadas y de que los consultores contratados para llevar a cabo el análisis no debían lealtad a ninguna de las partes en el presente procedimiento. El informe de H&S demuestra que la falta de financiamiento para ABA no podía atribuirse a la relación de Azurix con ENRON o a la denegación de financiamiento por parte del Banco Mundial. La evaluación de H&S indicó la politización de la Concesión, la falta de compromiso de las autoridades provinciales y los efectos de ambos factores en su viabilidad. No obstante, éstas no fueron las únicas razones aducidas por OPIC para rechazar la solicitud de financiación de Azurix. En su carta, OPIC se refería también a “la magnitud del programa de inversiones requerido para lograr los objetivos de la concesión, en términos de plazos y costos, comparada con el nivel de efectivo que ABA proyecta generar a partir de estimaciones de ingresos basadas en las tarifas actuales”¹⁰⁷. En otras palabras, el nivel tarifario vigente entonces era insuficiente para afrontar la magnitud del programa de inversiones.

5. El Protocolo de Entendimiento (MOU)

(a) Posiciones de las partes

168. El 5 de enero de 2001, la Demandante notificó a Argentina acerca de la existencia de una controversia en el marco del TBI. Según la Demandante, en ese momento la Provincia reanudó sus conversaciones con ABA para remediar los incumplimientos del Contrato de Concesión, y el 15 de febrero de 2001 el MOSP y ABA firmaron un Protocolo de Entendimiento (MOU). La Demandante alega que:

“el MOU importaba un reconocimiento implícito de que las garantías otorgadas por la Comisión Privatizadora (incluida la Circular 52(A)) resultaban

¹⁰⁷ Anexo 173 del Memorial.

fundamentales para atraer a inversores calificados. Por otra parte, reconocía tácitamente que la Provincia, en su carácter de poderdante, podía volver sobre el objeto y las metas del Contrato de Concesión con el fin de optimizar los objetivos sociales propuestos. Por último, cabe destacar el hecho de que reconocía tácitamente la ruptura del equilibrio económico del contrato. Estos principios quedaron incorporados al MOU en virtud del entendimiento mutuo entre ABA y la Provincia de que resultaba necesario reestablecer el equilibrio económico de la Concesión”¹⁰⁸.

169. Con el fin de llevar a cabo los objetivos perseguidos por el MOU, se creó una comisión de trabajo (“Comisión del MOU”). Esa comisión debía preparar un informe provisional sobre las negociaciones en el plazo de 30 días y proponer una solución para las cuestiones planteadas en el plazo de 60 días. En el curso de las reuniones, el Subsecretario del MOSP adoptó la postura de que el Canon estaba sujeto al riesgo empresario y propuso un esquema de amortización sobre un porcentaje de las ventas, en el cual el valor no amortizado se recuperaría a través de la re-licitación de las áreas de la Concesión que serían subdivididas. Según la Demandante, a lo largo de las negociaciones, “el enfoque del MOSP se centró en la idea de cuestionar el proceso de privatización y dejar de lado las garantías esenciales que se habían otorgado a ABA”, y en la afirmación de que la Concesión estaba basada en el principio del riesgo¹⁰⁹. La Demandante alega que al finalizar las negociaciones “aún no se había dado cumplimiento a las reiteradas promesas realizadas por la Provincia de subsanar los incumplimientos pendientes en relación con la aplicación del Régimen Tarifario” y la Provincia optó por postergar los derechos que correspondían a ABA en virtud de la Concesión. En las palabras del Sr. Clark, miembro de la Comisión que representaba a ABA, durante su declaración testimonial:

“Como condición para la firma del MOU II, la Provincia le pidió a Azurix que desistiera del reclamo arbitral presentado ante el CIADI, y renunciara a cualquier acción que pudiera tener contra la Provincia... cuando ABA subrayó la

¹⁰⁸ Memorial, págs. 120-121.

¹⁰⁹ Ibid., págs. 123 y 125.

necesidad urgente de incrementar el flujo de fondos, la Provincia respondió que ABA debía esperar a la primera revisión de tarifas a realizarse al fin del primer quinquenio de la Concesión para plantear esto... ABA no estaba en condiciones de esperar hasta el fin del quinquenio y necesitaba soluciones inmediatas ante el peligro de su colapso financiero”¹¹⁰.

170. La Demandante resume los resultados del proceso del MOU afirmando que en septiembre de 2001 las promesas hechas por la Provincia respecto de la solución de los problemas tarifarios estaban sujetas a la condición de que se retirara la reclamación arbitral y se renunciara a la recuperación del Canon: “Básicamente, luego de casi un año de realizar esfuerzos en el marco del MOU con el fin de intentar obtener la rectificación de los incumplimientos de la Provincia, no se había producido cambio alguno que tornara viable la Concesión. Aún no se habían subsanado los incumplimientos del Contrato de Concesión que afectaban la viabilidad de la Inversión de Azurix”¹¹¹. Según la Demandante, esta situación indujo a ABA a considerar la rescisión del Contrato de Concesión debido a los constantes incumplimientos de la Provincia.

171. Desde el punto de vista de la Demandada, el MOU fue simplemente un acuerdo para crear una comisión que investigara posibles cursos de negociación¹¹². Se trataba de “un proceso de negociación en el cual las partes, independientemente de los derechos que legalmente le correspondan o puedan reclamar, tratan de lograr un acuerdo sustentable para el Contrato de Concesión en el marco de la Ley 11.820 y la normativa regulatoria aplicable al servicio”¹¹³.

172. La Demandada alega que no se llegó a un acuerdo en el contexto de las negociaciones del MOU por la actitud firme adoptada por ABA para librarse de sus obligaciones y trasladar el riesgo empresario a la Provincia. Como resultado, no se elevaron propuestas al MOSP como se había previsto en el Artículo 2 del MOU, y

¹¹⁰ Ibid., cita en págs. 126-127.

¹¹¹ Ibid., pág. 127.

¹¹² Memorial de Contestación, párr. 494.

¹¹³ Ibid., párr. 495.

jamás se modificaron las metas de calidad y expansión fijadas en el Contrato de Concesión y aprobadas por el Primer Plan Quinquenal¹¹⁴.

(b) Consideraciones del Tribunal

173. El MOU era parte de un proceso que tenía por objeto reexaminar ciertos aspectos de la Concesión. Su propósito y función eran llevar a cabo “el análisis conjunto de los problemas” enumerados en la Sección 2 del Protocolo. Todos los puntos enumerados están formulados en términos de una labor que se ha de realizar —estudios, debates, preparación de un “modelo regulatorio”—, excepto el segundo punto —objetivos del POES (Sección 2.2)—, que está redactado en parte como una decisión de establecer, en ese mismo momento, un plan de “obras prioritarias” que se llevaría a cabo durante el año en curso porque “la situación crítica en que se encuentra actualmente el servicio no puede resolverse mediante contratos basados en objetivos” (2.2, primer párrafo). Se adjuntaba al MOU, como anexo, un plan detallado de obras y medidas para 2001.

174. En el segundo párrafo de la Sección 2.2 se reconoce la necesidad de revisar los objetivos del POES en vista de la Resolución 179/00 del MOSP y la Resolución 59/00 del ORAB que establecía la aplicación de criterios de accesibilidad, riesgos y vulnerabilidad sanitaria. En el tercer párrafo de esa sección se encomienda al ORAB el control y la regulación del servicio “mediante el seguimiento del plan de obras prioritarias”.

175. El MOU fue firmado por el Ministro de Obras Públicas y Servicios y por el Gerente General de la Concesionaria, en presencia del Secretario General de FENTOS y el Secretario General de SOSB y los alcaldes municipales, todos los cuales dieron fe del contenido firmando el documento sobre obras y medidas para 2001. La firma se llevó a cabo en presencia también de miembros del Senado y la Cámara de Diputados de la provincia.

¹¹⁴ Ibid., párrs. 497-498.

176. Aunque la Demandada ha minimizado la importancia y trascendencia del MOU, al parecer fue reflejo de un momento en que las partes estaban dispuestas a estudiar seriamente los problemas que habían aflorado durante el primer año de la Concesión. El nivel del cargo de las personas que lo firmaron y el contexto de la ceremonia de firma demuestran la importancia que las partes le atribuían. Esto reviste especial importancia en el contexto de la decisión de establecer el plan de obras prioritarias y hacerlo firmar por los alcaldes municipales. Al menos en ese sentido, el MOU era más que un simple acuerdo para establecer una comisión, como ha aseverado la Demandada. El Tribunal considerará a continuación las consecuencias del MOU a los efectos de evaluar el desempeño de la Concesionaria en comparación con el POES en 2001.

6. El Programa de Optimización y Expansión del Servicio (POES)

(a) Posiciones de las partes

177. En su Memorial de Contestación, la Demandada señala que la Demandante no ha cumplido el POES, que es un elemento fundamental de la Concesión. Alega que, como parte del POES, la Concesionaria presentó una propuesta de Plan Quinquenal que adolecía de graves deficiencias debido a que, desde el comienzo de la Concesión, sabía que no cumpliría con sus obligaciones. Desde junio de 2000, ABA intentó reformular el POES con el objeto de liberarse del Plan Quinquenal. Las obligaciones del POES eran exigibles desde el comienzo de la Concesión y el MOU no dispensaba a ABA de su cumplimiento. ABA dejó de cumplir tanto con las metas como con los compromisos de inversión estipulados en el POES hasta tal punto que la Provincia impuso multas y rescindió el Contrato de Concesión por culpa de la Concesionaria.

178. En respuesta, la Demandante alega que la Provincia omitió suministrar a la Concesionaria información veraz para la definición de las metas del POES y demoró de forma indebida la aprobación de dichas metas a tal punto que finalmente éstas dejaron de ser relevantes. Según la Demandante, las metas del POES fueron superadas durante las negociaciones del MOU, en el transcurso de las cuales se

reconoció que “el equilibrio económico de la concesión había sido sustancialmente alterado y por lo tanto se acordó un Plan de Obras Prioritarias en reemplazo del POES”¹¹⁵. Además, el cumplimiento del POES estaba sujeto a ciertas condiciones previas, como la aplicación debida del régimen tarifario y la cooperación de la Provincia y el ORAB con la Concesionaria.

179. La Demandante alega que las autoridades provinciales no proporcionaron a la Concesionaria información completa y exacta para la definición, presentación y posterior desempeño del Primer Plan Quinquenal. Los documentos prometidos en la Circular 66(A) no fueron entregados en la medida prometida y ABA se vio obligada a solicitar información, que incluía, entre otras cosas, planos de redes actualizados, documentación comercial, documentación relativa al centro de cómputos, registros y documentos de la unidad de facturación, información y documentos relacionados con el personal, débitos y créditos, y documentación técnica operativa. La documentación solicitada nunca se entregó a ABA a pesar de que existía: “Fue retenida por ex funcionarios de AGOSBA —vinculados estrechamente con el Sindicato— cuya intención era venderle a ABA la información que debió haber sido suministrada por la Provincia en el momento de la toma de posesión”¹¹⁶.

180. La Demandante sostiene que presentó diligentemente el Plan Quinquenal dadas las circunstancias y que las demoras en su aprobación se debieron a factores no mencionados por la Demandada, como la solicitud de información presentada el 23 de febrero de 2000, tres meses después de presentado el Plan Quinquenal, la que en realidad obraba en poder de ex funcionarios de AGOSBA, para presionar a ABA a fin de que negociara con ellos, o la introducción del concepto de riesgo sanitario que la Provincia pidió que se incluyera por Resolución No. 59/00 de 21 de julio de 2000. Según la Demandante, la introducción de ese concepto significaba que la Concesionaria debía priorizar las inversiones de acuerdo a nuevos criterios —accesibilidad, riesgo sanitario y vulnerabilidad sanitaria— y “sin tener prevista la correspondiente compensación para mantener el equilibrio económico financiero de la

¹¹⁵ Réplica, párr. 402.

¹¹⁶ Ibid., párr. 428.

Concesión”¹¹⁷. El Plan Quinquenal no se aprobó hasta el 21 de febrero de 2001, por Resolución 11/01.

181. El Primer Informe Anual de Avance del POES fue aprobado por el ORAB mediante Resolución 16/02 el 19 de febrero de 2002, 18 meses después de su presentación. Según la Demandante, “todas estas demoras injustificadas entorpecieron el desempeño del Concesionario y evidenciaron una conducta arbitraria por parte del ORAB. Asimismo, la falta de certidumbre y la imposibilidad de prever cuál sería el plan que aprobaría el ORAB, o bien el criterio que utilizaría para la evaluación del cumplimiento de las metas, colocó a ABA en una situación de incertidumbre que afectaba sus operaciones”¹¹⁸.

182. La Demandante está en desacuerdo con el argumento de Argentina de que el Plan de Obras Prioritarias incluido en el MOU era independiente del POES. Para la Demandante, eso significaría que ABA habría contraído nuevas obligaciones de inversión además de las establecidas en el POES a pesar de que el MOU reconocía el desequilibrio económico de la Concesión; es indudable que el MOU suspendió las metas dispuestas para el segundo año de la Concesión¹¹⁹.

183. Según la Demandante, fue la Provincia y no ABA la que trató de modificar el POES debido al cambio político y de perspectiva con que el nuevo gobierno provincial veía el Contrato de Concesión. En febrero de 2001 el ministro Sícario había manifestado su intención de cambiar el modelo, que estaba basado en objetivos, por un modelo basado en inversiones y la vuelta a un plan de subsidios cruzados que aplicara una tarifa social a los usuarios de bajos recursos¹²⁰.

184. La Demandante no está de acuerdo con la descripción que hace la Demandada del incumplimiento del POES. Según la Demandante, la Demandada realiza su evaluación sin tener en cuenta el incumplimiento del Régimen Tarifario y el Plan de Obras Prioritarias dispuestos en el MOU. Según la Demandante, el ORAB

¹¹⁷ Ibid., párr. 445.

¹¹⁸ Ibid., párr. 463.

¹¹⁹ Ibid., párr. 474.

¹²⁰ Ibid., párr. 469.

nunca habría podido evaluar el cumplimiento de las metas del POES porque no había definido la metodología que se seguiría para dicha evaluación. La Demandante señala que la evaluación se basa en los montos de inversión más bien que en los objetivos según lo estipulado en el Contrato de Concesión, que el análisis de las metas de expansión no tiene en cuenta los contratiempos relativos a la determinación de la población servida, excluye las conexiones instaladas dentro de los radios servidos, e incluye, como supuestos incumplimientos, las metas que debían alcanzarse en el plazo de tres o cinco años¹²¹.

185. La Demandante alega además trato discriminatorio en la medida en que empresas públicas —ABSA— y privadas —AGBA— estaban exentas del cumplimiento de las metas del POES. Según la Demandante, esa exención se debía a que no era razonable exigir su cumplimiento ante la negativa de la Provincia de aplicar el régimen tarifario por razones de índole política. La Demandante señala que, en el caso de AGBA, el cumplimiento de las metas para el año 2001 quedó suspendido aún cuando la crisis económica no comenzó sino a fines de 2001¹²².

186. La Demandada afirma que el MOU no modificó el Contrato de Concesión ni las metas del POES, sino que “sólo constituyó un intento de las partes de crear una Comisión para analizar temas y formular una propuesta para superar algunas dificultades, que no llegó a concretarse”¹²³. La ejecución del POES era exigible desde el comienzo de la Concesión. Las metas cuantitativas y cualitativas estaban especificadas en el Contrato de Concesión y los planes quinquenales sólo tenían por objeto proporcionar detalles, ajustes o actualizaciones adicionales¹²⁴. El POES y los planes quinquenales constituían obligaciones contractuales concretas que debían ser cumplidas en el marco del Contrato y no eran meras guías que orientaban en el cumplimiento de las metas, como sostiene la Demandante¹²⁵. El cumplimiento del POES era obligación exclusiva de la Concesionaria y la Provincia no obstaculizó ni afectó negativamente el cumplimiento del POES por parte de ABA.

¹²¹ Ibid., párrs. 480 y 482.

¹²² Ibid., párr. 407.

¹²³ Dúplica, párr. 327.

¹²⁴ Ibid., párr. 336.

¹²⁵ Ibid., párrs. 339-340.

187. La Demandada también refuta la afirmación de que la Provincia discriminó a favor de otras empresas. AGBA, una empresa privada, había cumplido las metas aplicables del POES a pesar de que tenía metas más altas durante el primer año de su concesión y sólo había solicitado, el 20 de julio de 2001, un aplazamiento provisional del plazo del POES para el segundo año en vista de la extraordinaria crisis económica por la que atravesaba el país. El aplazamiento no guardaba relación con el régimen tarifario como sostiene la Demandante¹²⁶.

188. En lo que respecta a ABSA, la Demandada justifica la exención del cumplimiento de las obligaciones de expansión del servicio porque se trataba de una empresa de propiedad de la Provincia, por la transitoriedad de la transferencia del servicio, el estado de abandono de la concesión y la profunda crisis que reinaba en ese momento¹²⁷.

189. La Demandada refuta la afirmación de que la Provincia haya tenido alguna responsabilidad por la demora en la aprobación del Primer Plan Quinquenal. Había proporcionado a ABA toda la información necesaria y la demora era resultado de las múltiples peticiones de que se prorrogara el plazo de presentación. El plazo inicial de tres meses contados desde la fecha de la toma de posesión de la Concesión fue prorrogado primero por dos meses y luego, por otros 45 días. Como si esto aún no fuera suficiente, el ORAB concedió dos prórrogas más. En conjunto, esas prórrogas retrasaron en casi nueve meses la presentación del proyecto de Plan Quinquenal. Éste fue presentado el 12 de junio de 2000.

190. Según la Demandada, era siempre ABA la que trataba de modificar el POES. Cuando estaba previsto que ABA presentara el Plan Quinquenal, en realidad presentó un Plan de Inversiones de Urgencia y esbozó la estructura de un plan para los cinco años; hubo un segundo proyecto de Plan Quinquenal, una petición para que se dejara sin efecto la Resolución 10/00, un informe complementario del Plan Quinquenal, y una carta dirigida al ORAB de fecha 17 de julio de 2001.

¹²⁶ Ibid., párrs. 350-375.

¹²⁷ Ibid., párr. 382.

191. La Demandada considera que las nociones de vulnerabilidad, accesibilidad y riesgo sanitario no modificaban sustancialmente el POES. La inclusión de esos conceptos sólo canalizaba las metas ya establecidas hacia las zonas más expuestas a riesgo sanitario¹²⁸.

192. La Demandada sostiene que el MOU constituyó sólo la primera instancia de un proceso de renegociación que nunca se completó debido a la actitud de ABA de desligarse de sus obligaciones y trasladar todos los riesgos empresariales a la Provincia. El Plan de Obras Prioritarias nunca entró en vigencia, ni tuvo aptitud para modificar el Contrato de Concesión ni para reemplazar las metas establecidas en el POES para el segundo año de la Concesión¹²⁹.

193. La Demandada afirma que el cumplimiento de las obligaciones del POES no estaba sujeto a la definición de los criterios de evaluación del cumplimiento del POES, y el logro de las metas relativas a la expansión de las redes de agua potable y cloacas no requería de criterio regulatorio alguno complementario a lo dispuesto en el Contrato de Concesión¹³⁰. ABA no cumplió los requisitos mínimos por región y por distrito durante los dos primeros años, la meta de renovación y re-acondicionamiento anual de cañerías, ni la meta de mantenimiento o re-acondicionamiento de las plantas de tratamiento primario y secundario de efluentes. No logró progresar suficientemente en materia de micromediciones para el segundo año de la Concesión, hasta el punto en que se hizo improbable que la meta del 40% prescrita en el Contrato de Concesión pudiera alcanzarse para el quinto año. Tampoco completó las obras de infraestructura previstas en el Anexo I del Plan Quinquenal aprobado. En el segundo año, ABA preparó el Segundo Informe Anual de Avance para el POES exclusivamente en función del Plan de Obras Prioritarias contemplado en el Protocolo de Entendimiento y, por lo tanto, no alcanzó las metas establecidas en el Anexo F del Contrato de Concesión¹³¹.

¹²⁸ Ibid., párr. 406.

¹²⁹ Ibid., párrs. 409-410.

¹³⁰ Ibid., párrs. 415 y 418.

¹³¹ Ibid., párrs. 423-449.

(b) Consideraciones del Tribunal

194. El Plan de Obras Prioritarias no era adicional al POES. Es dudoso que ABA, en su situación financiera, hubiera asumido nuevas obligaciones además del POES. El riesgo sanitario era un nuevo elemento que produciría efectos en el POES y fue introducido por la Demandada. Es evidente que el MOU constituyó un intento por solucionar los problemas que se habían suscitado, y que el intento fracasó. El POES nunca se modificó, y las partes en el Contrato de Concesión continuaron obligadas por las condiciones originales de este instrumento, incluido el régimen tarifario. No obstante, el hecho de que la Provincia no hubiera cumplido el régimen tarifario contribuyó en forma considerable a provocar la incapacidad de Azurix de ejecutar el POES según lo programado.

7. La Circular 52(A) y la recuperación del Canon

(a) Introducción

195. La cuestión de la recuperación del Canon y del significado de la Circular 52(A) se planteó por primera vez en 2001, en el curso de las deliberaciones referentes al Protocolo de Entendimiento, como ya hemos visto. El 18 de julio de 2001, ABA envió una comunicación a la Provincia en la que le solicitaba que remediara las infracciones de la Concesión y advertía que, de lo contrario, rescindiría el Contrato de Concesión. En su respuesta del 29 de agosto de 2001, la Provincia negaba haber cometido trasgresión alguna y, en particular, negaba “el derecho de ABA de recuperar su inversión (incluido el Canon inicial), como se dice expresamente en la Circular 52(A) y en el artículo 12.1.1 de la Concesión”¹³². La controversia está ligada al nivel de riesgo asumido por la Concesionaria y a los principios que sirven de fundamento a la Concesión.

(b) Posiciones de las partes

196. Azurix alega que la Provincia emitió la Circular 52(A) para atraer las ofertas más altas de los inversores interesados. Azurix sostiene que en dicha circular

¹³² Memorial de Contestación, párr. 130.

se garantizaba a los oferentes que el Canon se consideraría como una inversión plenamente amortizable a través de la tarifas¹³³. A este respecto, se remite al informe de los expertos de LECG, en que se establece:

“Si bien la Provincia no emitió información *ex-ante* sobre la metodología regulatoria y los principios contables que se aplicarían en la revisión tarifaria, emitió la Circular 52(A). En dicha Circular, la Provincia estableció claramente que el pago inicial sería considerado una inversión. Por tanto, los proponentes, entre los cuales se encontraba Azurix Corp, deben haber presupuesto que en el marco de un régimen tarifario con precios máximos, el canon se incluiría en la base de activos a los fines de las revisiones tarifarias, previendo su amortización.

Esta expectativa se basaba tanto en la experiencia regulatoria internacional como en la argentina”¹³⁴.

197. Argentina cuestiona la interpretación dada por Azurix a la Circular 52(A). En su Memorial de Contestación, explica que el canon de la Concesión es el precio que se paga por operar un monopolio. Argentina considera que no se está ante “un conflicto real entre ABA y la Provincia puesto que la Ley 11.820 y el Contrato jamás hubieran permitido semejante traslado. Ello fue introducido en el marco de las negociaciones con la Provincia, en un intento desesperado de Azurix para alterar las obligaciones asumidas y el Contrato”¹³⁵. Argentina llama la atención sobre el Artículo 12.3.1 de la Concesión, que establece que las tarifas regirán durante el plazo de la Concesión y que su revisión sólo puede basarse en hechos posteriores a la toma de posesión de la Concesión (Artículo 12.3.4, 5 y 6 del Contrato y Sección 23-II de la Ley).

198. Argentina hace referencia al informe pericial del Sr. Chama, uno de los peritos argentinos, quien explica que a través del proceso de licitación de la Concesión se procuró elegir “[al] agente económico que [estuviera] dispuesto a pagar el mayor precio, generalmente llamado ‘canon’, por el derecho a ejercer ese monopolio; y la

¹³³ Memorial, pág. 178.

¹³⁴ Ibid., pág.125.

¹³⁵ Memorial de Contestación, párr. 854.

selección consiste simplemente en determinar quién está dispuesto a pagar el mayor precio a partir de un nivel de tarifa dado, con un sistema de reajuste tarifario determinado a priori en base a condiciones de prestación establecidas en los documentos de licitación o concurso y en el marco regulatorio del servicio”¹³⁶.

199. Según Argentina, la oferta de Azurix era oportunista, en el sentido de que la compañía tenía la intención de renegociar de inmediato el Contrato de Concesión para recuperar las utilidades a las que había renunciado en el proceso de licitación. Según el Sr. Chama, “nunca podría argumentarse que el canon puede definirse como un componente del costo del servicio y convertirse en un factor determinante de las tarifas o precios del propio servicio”¹³⁷. Argentina se pregunta qué sentido tendría competir en un proceso de licitación si el canon de la concesión hubiera de trasladarse ulteriormente a los usuarios¹³⁸. Sostiene, además, que el traslado de dicho canon a las tarifas llevaría “al absurdo de tener tarifas diferentes en diferentes zonas dependiendo del canon ofrecido por el oferente ganador”¹³⁹.

200. Argentina señala que, en la carta del 29 de agosto de 2001, el Ministro de Obras Públicas de la Provincia sostuvo que el representante de Azurix, tras varios meses de negociaciones, había solicitado “una condición adicional: estudiar los mecanismos de ajustar el régimen tarifario, con el objeto de recuperar el canon pagado por hacerse cargo de la concesión”¹⁴⁰. El Ministro agrega: “de acuerdo con el Pliego, el pago del canon correspondía al precio que Ud. ofertó por la concesión, asumiendo el riesgo de que podría no recuperarlo, dado que si la [C]oncesión le garantizase la devolución del precio pagado más una tasa de retorno sobre él, el negocio emprendido por Azurix no sería de riesgo, tal como se consagra en el Artículo 12.3.1 del Contrato de Concesión”¹⁴¹.

¹³⁶ Ibid., párr. 861.

¹³⁷ Ibid., párr. 864.

¹³⁸ Ibid., párr. 867.

¹³⁹ Ibid., párr. 868.

¹⁴⁰ Ibid., párr. 875.

¹⁴¹ Ibid.

201. Como parte de sus argumentos sobre este tema, Argentina llama la atención del Tribunal sobre ciertas supuestas irregularidades referentes a las Circulares 51(B) y 52(A) y a la Sección 12.1.1 del Contrato. Según Argentina, esas dos circulares fueron las últimas emitidas por la Comisión Privatizadora antes de que los oferentes presentaran su oferta económica¹⁴². La Circular 51(B) redujo el volumen de agua que el Concesionario debía entregar anualmente gratuitamente establecido apenas una semana antes, el 5 de mayo. La reducción, en el caso de ABA, implicaba que los volúmenes de agua que luego tendría que entregar sin cargo superaran el 57%. Por otra parte, los volúmenes de agua se redujeron tan sólo un 1,48% en la Región B, única región no adjudicada a ABA¹⁴³.

202. En lo que respecta al Artículo 12.1.1 del Contrato, Argentina llama la atención del Tribunal sobre lo manifestado por Azurix en el Memorial, vale decir, que la Provincia, necesitando dinero para equilibrar el presupuesto en 1999, “buscó maximizar el Canon. Con este fin emitió la Circular 52(A), en la que se afirmaba que se reconocería el Canon como inversión amortizable y que, por ende, se incluiría en la base tarifaria. La Provincia confirmó esta afirmación al incorporar el artículo 12.1.1 al Contrato”¹⁴⁴. Esta sección del Artículo 12 no formaba parte, en el modelo de contrato, del pliego de la licitación ni establecía que el canon de la concesión pudiera trasladarse a través de las tarifas. Se limitaba a enunciar un principio general que se tuvo en cuenta para determinar el régimen de tarifas. La interpretación de Azurix implicaría que esa sección violaba la Ley. El Contrato de Concesión no podía ser alterado sustancialmente después del proceso de licitación. Las enmiendas se hacían a través de cartas enmienda que no se utilizaron en este caso, y que asimismo podrían haber estado ausentes en otra modificación hecha también después de la adjudicación del contrato introduciendo un período de gracia de seis meses para la aplicación de sanciones por eventuales infracciones¹⁴⁵.

¹⁴² Ibid., párr. 878

¹⁴³ Ibid., párrs. 878-881.

¹⁴⁴ Ibid., párr. 882. Énfasis agregado por la Demandada.

¹⁴⁵ Ibid., párrs. 898-899.

203. Argentina alega que el Tribunal tuvo en cuenta el Artículo 12.1.1 del Contrato de Concesión como factor decisivo para pronunciar su decisión sobre jurisdicción, desconociendo las irregularidades que pueden afectar a ese artículo, lo que “pudo haber inducido a error al Tribunal”¹⁴⁶. La Demandada manifiesta que sus tribunales resolverán las cuestiones referentes a la inserción del Artículo 12.1.1 y considera que, “[e]n cualquier caso, la incidencia sobre el progreso de la demanda de Azurix ante este Tribunal es evidente. Como también lo es que el Tribunal no tiene competencia para establecer los hechos referidos”¹⁴⁷.

204. Azurix no está de acuerdo en que el Canon es sólo una comisión de acceso a la Concesión. En la Circular 52(A) se explicaba que el Contrato de Concesión implica una inversión que ha de amortizarse. Según Azurix, quienes invierten en servicios públicos saben que, cuando les está vedado el acceso a otros mercados, los pagos de cánones se consideran inversiones que han de recuperarse a través de tarifas reguladas. Ésta es una práctica regulatoria estándar en la Argentina y en la Provincia. Azurix hace referencia a un informe interno del MOSP sobre el proceso del Protocolo de Entendimiento, en que el Sr. Sícario señala: “El esquema propuesto tiene en cuenta que hay un canon que se debe amortizar al expirar el plazo de la Concesión”¹⁴⁸. Ello contradice sus declaraciones ante el Tribunal como testigo. Según Azurix, la Provincia sencillamente no tuvo la voluntad política de permitir la recuperación de la inversión de acuerdo con lo manifestado por la Comisión Privatizadora, el Contrato de Concesión y la Circular 52(A)¹⁴⁹.

205. Azurix rechaza el concepto de “riesgo ilimitado” al que alude Argentina. Según Azurix y sobre la base de la refutación de LECG, “el concepto de ‘riesgo ilimitado’ introducido por Chama está totalmente fuera de lugar. Si las concesiones se basaran en el concepto de ‘riesgo ilimitado’, ningún inversionista privado ofrecería jamás suma alguna por la concesión”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Ibid., párr. 900.

¹⁴⁷ Ibid., párr. 902.

¹⁴⁸ Réplica, párr. 251.

¹⁴⁹ Ibid., párr. 252.

¹⁵⁰ Ibid., párr. 255.

206. Azurix rechaza también el argumento aducido por Argentina sobre la inconstitucionalidad en que se incurriría si clientes en situación similar pagaran precios diferentes por servicios públicos, lo que efectivamente ocurre en la Provincia y en Argentina¹⁵¹.

207. Azurix rechaza también la noción de que la Circular 52(A) represente exclusivamente una aclaración contable, y señala que Argentina no explica cómo se aplicó esa aclaración, ni su sentido práctico. Además, según Azurix, las alegaciones de Argentina referentes al Canon son incompatibles con los hechos y con la práctica reconocida en materia de servicios públicos. Azurix señala que en el caso de otra empresa de servicios públicos argentina, Transener, no se consideró necesario establecer disposiciones específicas, como el Artículo 7.8 y la Circular 52(A), para incluir el Canon en la base tarifaria.¹⁵²

208. Azurix afirma que fue el comportamiento de la Provincia el que puede calificarse de oportunista. Las contribuciones de capital adicionales efectuadas por Azurix, por un monto de más de US\$106 millones, no son propias de un inversor oportunista que procure obtener ventajas adicionales a través de una negociación posterior a la licitación. Azurix observa que si la Provincia, asesorada por el Sr. Chama mismo durante el proceso de la licitación, consideró oportunista o temeraria la oferta de Azurix, pudo haber rechazado esa oferta, pero no hizo nada por el estilo¹⁵³. A este respecto, Azurix concluye que “en vista de las garantías otorgadas por el Marco Regulatorio, el Contrato de Concesión y la Circular 52(A), la Provincia debió haber reconocido los efectos que tendría la aceptación de la oferta de Azurix. En caso de que la Provincia haya decidido ignorar ciertos efectos a largo plazo en pos de ciertos intereses políticos a corto plazo, aun así la decisión adoptada importa la obligación de cumplir con los compromisos asumidos”¹⁵⁴.

209. Azurix también rechaza el argumento referente a las supuestas irregularidades de la Circular 52(A) y del Artículo 12.1.1. Como admite la propia

¹⁵¹ Ibid., párrs. 256-257.

¹⁵² Ibid., párrs. 258-263.

¹⁵³ Ibid., párrs. 266-267.

¹⁵⁴ Ibid., párr. 268.

Argentina, ese artículo se limita a reiterar lo que ya se preveía en el Marco Regulatorio y en el Contrato de Concesión: “En opinión de Azurix, el contenido del artículo 12.1.1 es coherente con el artículo 28-II(d) de la Ley 11.820, el artículo 7.8 del Contrato de Concesión y la Circular 52(A). Todos estos instrumentos integran un universo armonioso y sistemático. Por ello, toda manifestación tendiente a atribuir a la incorporación de dicho artículo el efecto de modificar significativamente el alcance del Contrato de Concesión es evidentemente errónea. Dicha incorporación constituyó simplemente una aclaración”¹⁵⁵. Según Azurix, los actos de la Provincia implicaron el repudio de la Circular 52(A).

210. En su Dúplica, Argentina hace referencia a declaraciones formuladas por un perito del Banco Mundial, el Sr. Guasch, quien respalda la alegación de comportamiento oportunista de Azurix. Según el Sr. Guasch:

“...los operadores deben hacerse responsables de sus ofertas y si se les rechazan las solicitudes de negociación, deberían sentirse libres de abandonar el proyecto si así lo deciden (con las penalidades correspondientes). La conducta adecuada que debe adoptar la administración es la de respetar la inviolabilidad de la oferta y no ceder a las peticiones oportunistas de renegociación, dejando incluso que las concesiones fracasen en tales casos. Consecuencias de esa índole reducirían la frecuencia con que se presentan pedidos de negociación. Éste es un aspecto clave en las concesiones privadas de servicios de infraestructura —y que a menudo se resuelve a favor de los operadores. Por ende, no debería resultar sorprendente la presentación de ofertas agresivas y la alta frecuencia de renegociación de contratos”¹⁵⁶.

211. Asimismo, refiriéndose más específicamente a la cuestión de la valoración de los activos de la Concesión, el mismo perito manifiesta:

“Lo que evidentemente no debería usarse para determinar el valor de la concesión en la base de capital —a partir de la cual se permite al operador obtener una justa tasa de rendimiento— es el valor pagado en la etapa de

¹⁵⁵ Ibid., párr. 272.

¹⁵⁶ Dúplica, pág. 1.

licitación, sea cual fuere el método de depreciación aplicado. Hacerlo eliminaría el elemento de eficiencia-competitividad de la licitación, al permitir una tasa de rendimiento independiente del precio pagado por la concesión”¹⁵⁷.

212. Argentina considera razonable que los oferentes tengan en cuenta la rentabilidad de la inversión para calcular el canon de la concesión, pero no es lógico ni razonable que el canon se traslade a las tarifas. Todo oferente puede tener la expectativa de obtener utilidades razonables por un monto mayor que el del canon de la concesión, pero no se trata de un derecho adquirido¹⁵⁸.

213. Argentina rechaza lo alegado por Azurix de que, en los sectores del gas natural y la electricidad, las sumas pagadas como cánones de la concesión se han tenido en cuenta para determinar las tarifas aplicables¹⁵⁹. Considera, además, que los cánones vigentes en esos sectores pueden reflejar con exactitud el valor de los activos transferidos, ya que no existen subsidios cruzados ni obligaciones de expansión de la red¹⁶⁰. Luego, Argentina hace referencia al ejemplo específico de Transener, una compañía de distribución de electricidad que en el contexto de una revisión quinquenal de tarifas sostuvo que el precio pagado por la concesión debía tenerse en cuenta para determinar el valor de los activos a los efectos de la fijación de las tarifas. El organismo regulador del sector de la electricidad no aceptó ese argumento. De hecho, NERA, una compañía consultora especializada, hizo saber al ente regulador, en relación con el caso de autos, que si el precio pagado a la fecha de la privatización:

“fuese la base de cálculo, entonces, cualquier monto pagado debería ser recuperado a través de las tarifas (circularidad de las tarifas)”, y que “si las tarifas pueden ser calculadas en base al precio de la empresa al momento de privatización o, si la rentabilidad de la firma está garantizada sobre el monto ofertado, no hay nada que detenga a un agente económico de ofertar una gran

¹⁵⁷ Ibid., párr. 868. Traducción del Tribunal.

¹⁵⁸ Ibid., párrs 870-871.

¹⁵⁹ Ibid., párrs.877-878.

¹⁶⁰ Ibid., párr. 881.

suma si la tasa regulatoria de retorno implícita es mayor que su propio costo de capital ponderado”¹⁶¹.

214. Argentina hace referencia también a la recomendación de NERA para defender los conceptos de amortización reglamentaria y contable formulados en el Memorial de Contestación. Según NERA,

“[l]a amortización regulatoria es el porcentaje de la base de los activos que es dado de baja cada año del valor de libros regulatorio de acuerdo a los estándares establecidos por el regulador. La amortización contable es el porcentaje de la base de activos que puede ser dado de baja cada año de los libros contables de acuerdo a los estándares fijados por la autoridad impositiva y el consejo profesional de ciencias económicas. Estos son dos conceptos diferentes. Mientras que la amortización regulatoria sirve para el propósito de la fijación de tarifas, la amortización contable es usada para el cálculo de los impuestos y para establecer el valor de libros contable”¹⁶².

Según Argentina, el ENRE, el ente regulador, tuvo en cuenta esas observaciones.

215. Argentina considera muy claro el texto del Artículo 7.8 del Contrato. Éste consta de tres elementos: la amortización de bienes afectados al servicio adquiridos o construidos por el Concesionario y las mejoras introducidas en los mismos por el Concesionario.¹⁶³ Con respecto al Artículo 1.8, Argentina considera que ese artículo también demuestra claramente que el Canon de la Concesión no representaba una inversión, sino el precio que se paga para obtener la adjudicación de una región. Argentina hace referencia al dictamen pericial del Sr. Chama para afirmar que la posibilidad de que el Concesionario obtenga una rentabilidad razonable depende de que “la evaluación realizada por Azurix haya sido razonable y el canon ofrecido compatible con el equilibrio financiero de la Concesión”. La cuota pagada por la Concesión presuponía una oferta económica apropiada; de lo contrario, el

¹⁶¹ Ibid., párrs. 889-890.

¹⁶² Ibid., párr. 261.

¹⁶³ Ibid., párr. 911.

Concesionario cubriría los déficits derivados de sus riesgos empresariales ordinarios, lo que representaría una compensación expresamente prohibida en el Contrato de Concesión¹⁶⁴.

216. Argentina señala que, como no existía norma alguna que lo permitiese, tampoco existió pedido alguno de ABA al ORAB para trasladar el canon pagado a las tarifas o aumentar las tarifas para cubrir en parte el canon. Sostiene asimismo que la controversia sólo se planteó al final de las negociaciones con la Provincia, en la búsqueda de una modificación completa del régimen tarifario o, en su defecto, como excusa para provocar la rescisión¹⁶⁵. Las circulares emitidas por la Comisión Privatizadora sólo podían introducir aclaraciones o modificaciones del Pliego, en tanto no fueran de carácter sustancial. Si la Circular 52(A) pudiera interpretarse como sugiere Azurix, habría alterado sustancialmente el régimen tarifario previsto en el Contrato. En su dictamen pericial, el profesor Comadira señala que en ese caso, sería “irrazonable... [e] ...incompatible con el resto de los términos del pliego”¹⁶⁶. Según el mismo perito, el régimen tarifario podía modificarse después del tercer año de la Concesión (Artículo 30-II(c)), las tarifas¹⁶⁷ y los precios debían regir durante el plazo de la Concesión (Artículo 12.3.1), y los valores y precios sólo podían modificarse en virtud de las razones y los procedimientos previstos en el Artículo 12.3.2. Por lo tanto, la interpretación de ABA sobre la Circular 52(A) de que “además de no compadecerse con una interpretación armónica y sistemática de todas las cláusulas del pliego, a las que sólo puede concurrir a aclarar, mas nunca a modificar sustancialmente bajo pena de nulidad absoluta, contraviene cristalinas disposiciones legales aplicables al Contrato de Concesión”¹⁶⁸. El profesor Comadira incluso afirma que:

“Una modificación de las condiciones de la contratación de la entidad de la significada por la Circular en cuestión, hubiera debido implicar, necesariamente, un nuevo llamado destinado a posibilitar la eventual participación de potenciales oferentes autoexcluidos en el marco de las condiciones originarias. Al no

¹⁶⁴ Ibid., párrs. 917.

¹⁶⁵ Ibid., párr. 921.

¹⁶⁶ Dictamen del profesor Comadira (Comadira), pág. 41, citado en la Dúplica., párr. 928.

¹⁶⁷ Corresponde señalar que el Artículo 12.3.1 no se refiere a “tarifas”, sino a “valores tarifarios”.

¹⁶⁸ Comadira, pág. 40, citado en la Dúplica, párr. 930.

haber actuado de ese modo, la garantía de igualdad está inexorablemente violada y, con ello, viciado todo el procedimiento”¹⁶⁹.

217. Además, el profesor Comadira explica que la inserción del Artículo 12.1.1 y la interpretación que le da Azurix implicarían la violación del principio esencial de igualdad en un proceso de licitación, que es “principio basal del Derecho en general y del derecho administrativo en particular”. Concluye invitando al Tribunal a declarar ese artículo manifiestamente viciado de nulidad absoluta e insanable, como repuesta a “una exigencia ética-jurídica”¹⁷⁰.

218. Según Argentina, en los estudios que condujeron a la presentación de la oferta no pudo tenerse en “cuenta una interpretación que habría desvirtuado el régimen tarifario previsto en el Contrato, sobre la base de una norma inexistente”. Azurix no pudo haber albergado expectativa alguna al respecto¹⁷¹.

(c) Consideraciones del Tribunal

219. Será útil citar en primer lugar, en toda su extensión, las normas legales y contractuales pertinentes:

Artículo 28 de la Ley:

“Los precios y tarifas tenderán a reflejar el 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”.

Contrato de Concesión:

Artículo 12.1.1:

“La determinación del nivel tarifario requerido conforme al artículo 28 II de la Ley 11.820, se basará en el principio general del establecimiento de valores tarifarios que contengan los costos de operación, mantenimiento y amortización de los

¹⁶⁹ Ibid., p. 37, citado en la Dúplica, párr. 933.

¹⁷⁰ Ibid., p. 44, citado en la Dúplica, párr. 940.

¹⁷¹ Dúplica, párrs. 942-943.

servicios y permitan 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”.

Artículo 7.8:

“Los bienes afectados al Servicio que adquiera o construya el Concesionario y que sean de su titularidad, así como las mejoras que realice sobre estos, se activarán contablemente y se amortizarán íntegramente durante el plazo de la Concesión o durante su Vida Útil, lo que sea menor. Se deja a salvo lo establecido en el cuarto párrafo de este artículo.

Las inversiones que efectúe el Concesionario sobre los bienes recibidos de la Provincia en la Toma de Posesión, se considerarán un costo de adquisición y/o mantenimiento de la Concesión según lo establecido en el artículo 1.8, y serán amortizadas durante el plazo de la Concesión”.

Artículo 1.8:

“El otorgamiento de la Concesión comprende el pago de un canon inicial de... por parte del Concesionario. Dicha suma fue abonada por el Concesionario a la Provincia a la firma del Contrato, y equivale a la cantidad ofertada por el Adjudicatario bajo la Licitación, en concepto de precio por la Zona de Concesión. No obstante ello, el Concesionario se obliga a llevar a cabo todas las inversiones necesarias para ejecutar el POES y asegurar la correcta prestación del Servicio según se estipula en el Contrato, cuya descripción figura en el Anexo F, quedando sujetos los incrementos tarifarios previstos en el Anexo Ñ al cumplimiento de dichas obligaciones”.

Circular 52(A):

“Aclárese que el canon inicial a que refiere el Artículo 1.8 del Contrato de Concesión constituye una inversión amortizable durante el plazo de la Concesión (artículo 7.8 artículos correlativos y concordantes del Contrato de Concesión)”.

220. El Tribunal se referirá en primer lugar a la relación de la Circular 52(A) con el Artículo 1.8; luego, al significado de la disposición adicional 12.1.1 del Contrato de Concesión, al régimen de la Concesión y a la amortización de los activos en el régimen de bienes del Contrato de Concesión (Artículo 7.8).

(i) Circular 52(A): El Canon como inversión

221. Las partes han analizado el significado del término “canon” y la cuestión de si el Canon es una inversión. El Artículo 1.8 del Contrato señala que el Canon es “la contraprestación” por el otorgamiento de la Concesión y en la oración siguiente lo describe como “precio por la Zona de Concesión”. La oración siguiente se refiere al compromiso relacionado con las inversiones en el POES. Comienza con la expresión “no obstante ello” en relación con la contrapartida del pago del Canon, como para subrayar que el pago del Canon no era la única contribución que debía efectuar el Concesionario. Esta interpretación del Artículo 1.8 se ve reforzada si se compara con los términos del Artículo 28 de la Ley, que establece el principio general de que “[l]os precios y tarifas tenderán a reflejar el costo económico de la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales”, y a continuación expresa: “incluyendo el margen de beneficio del Concesionario e incorporando los costos emergentes de los POES en lo correspondiente a infraestructura básica”. El costo económico de un servicio incluiría, por definición, todos los costos relacionados con la prestación del servicio. La referencia específica a inversiones emanadas de los POES parecería ser una aclaración, más que implicar la exclusión de otros costos de inversión. Para el caso de que existiera alguna duda sobre su significado a la fecha de la licitación de la Concesión, la Comisión Privatizadora emitió la Circular 52(A), en que se establece claramente que “el canon inicial... constituye una inversión”. El Tribunal no tiene razón alguna para dudar de la interpretación dada por la Comisión Privatizadora. Ésta estaba facultada para formular aclaraciones sobre el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación, y cabe suponer que todos los oferentes hubieran tenido conocimiento de las aclaraciones cuando presentaron sus ofertas, como ocurría con cualquier otra circular emitida por la Comisión Privatizadora. Argentina sostuvo que la Circular 52(A) se publicó poco antes del vencimiento del plazo para la presentación de ofertas, y que fue

la última circular emitida por la Comisión. La prueba presentada al Tribunal muestra que dicha circular no fue la última que haya publicado la Comisión y que después de su fecha se publicaron otras circulares importantes. Lo más importante no es establecer si el Canon es una inversión, sino más bien si el hecho de ser una inversión hace de él una inversión recuperable más allá de la tarifa establecida en el momento de la licitación y mediante los ajustes efectuados en las revisiones extraordinarias.

(ii) La inserción del Artículo 12.1.1

222. Al sostener que el Artículo 12.1.1 del Contrato de Concesión no es ajeno al régimen de la Concesión, la Demandante sostiene: “En opinión de Azurix, el contenido del artículo 12.1.1 es coherente con el artículo 28-II(d) de la Ley 11.820, el artículo 7.8 del Contrato de Concesión y la Circular 52(A). Todos estos instrumentos integran un universo armonioso y sistemático. Por ello, toda manifestación tendiente a atribuir a la incorporación de dicho artículo el efecto de modificar significativamente el alcance del Contrato de Concesión es evidentemente errónea. Dicha incorporación constituyó simplemente una aclaración”¹⁷². Para respaldar esa manifestación, la Demandante cita el dictamen pericial del profesor Fernández, quien afirma:

“La cláusula 12.1.1 del contrato no reproduce literalmente la del mismo número del modelo de contrato anexo al pliego de bases, pero no supone en absoluto una alteración de lo realmente pactado, ya que se limita a incorporar al contrato lo establecido en el artículo 28 ii de la Ley 11.820 y la aclaración que en su día hizo la Circular 52 A al reconocer al canon el carácter de ‘inversión amortizable durante el plazo de la concesión’”¹⁷³.

223. En el Memorial de Contestación, Argentina consideró que el Artículo 12.1.1 enunciaba un principio general ya tenido en cuenta en el Anexo Ñ del Contrato de Concesión para determinar el régimen tarifario. La tarifa resultante para la duración de la Concesión era “justa y razonable y permitía un retorno razonable”¹⁷⁴. Argentina cuestionó la posibilidad de aplicar la interpretación de Azurix al texto de la Circular

¹⁷² Réplica, párr. 272.

¹⁷³ Dictamen del profesor Fernández, párr. 56, Réplica, Anexo 1, citado en la Réplica, párr. 271.

¹⁷⁴ Réplica, párr. 887.

52(A) y del Artículo 12.1.1 del Contrato de Concesión sin enmendar sustancialmente las condiciones del contrato en infracción de las disposiciones de la Ley, que no permitía trasladar el Canon a las tarifas.

224. En su Dúplica, Argentina esgrimió una argumentación diferente y, en lugar de admitir que el Artículo 12.1.1 establecía un principio general, sostuvo que su inserción carecía de respaldo legal y que ese artículo no pudo haber sido tenido en cuenta por Azurix cuando presentó su oferta para la Concesión¹⁷⁵.

225. El Artículo 12.1.1 establece que el nivel de tarifas requerido conforme al Artículo 28-II debe basarse en el principio general de que los valores de las tarifas deben cubrir los costos de operación, mantenimiento y amortización del servicio, y brindar al Concesionario una rentabilidad razonable por sus inversiones, en un contexto de administración y operación eficientes y fiel cumplimiento de los objetivos de calidad y expansión del servicio acordados. El Artículo 12.1.1 hace referencia al Artículo 28-II de la Ley, pero introduce una noción, la de “rendimiento de los activos”, que no figura en ese Artículo 28; y, a la inversa, en el Artículo 12.1.1 no se hace referencia al “margen de beneficio” previsto en el Artículo 28-II. Considerada la Concesión a largo plazo, el margen de beneficio y las tasas de retorno pueden arrojar idéntico resultado, pero se trata de diferentes conceptos y, según lo explicado por los propios peritos de la Demandante, en el régimen de la Concesión no se prevé un sistema basado en tasas de retorno, cuestión a la que a continuación nos referiremos.

(iii) Régimen de la Concesión

226. A la fecha de la licitación, los oferentes conocían el nivel de las tarifas y el hecho de que ese nivel sólo podía modificarse por el procedimiento previsto en el contrato modelo. Estas disposiciones son usuales en los regímenes tarifarios de las concesiones conocidos como regímenes reguladores de precios máximos. Ambas partes parecen coincidir en que el régimen tarifario previsto en el Contrato de

¹⁷⁵ Ibid., párr. 941.

Concesión se rige por el modelo de precios máximos¹⁷⁶. No obstante, los peritos de las partes extrajeron consecuencias diferentes para establecer si debía tenerse en cuenta el Canon en la revisión de las tarifas. El dictamen pericial de LECG presentado por la Demandante explica ese régimen y afirma lo siguiente:

“Los fuertes incentivos por mayor eficiencia son quizá la innovación más importante de los regímenes regulatorios de precios máximos, y reflejan uno de los mayores beneficios del sistema. Otro beneficio importante... es la reducción de los costos regulatorios comparado con la **regulación tradicional de la tasa de rentabilidad**, que requiere la supervisión continua de inversiones y costos, lo cual implica un aumento de los costos regulatorios.”¹⁷⁷.

227. En este informe se cita un estudio del Banco Mundial en que se establece:

“Para un concesionario que ha abonado al gobierno una transferencia para operar un negocio sujeto a precios predeterminados, estas cuestiones [valoración y depreciación de los activos] pueden resultar importantes. ¿Pueden surgir disputas regulatorias relativas a qué es realmente lo que adquirió el concesionario mediante esa transferencia- **un flujo de ganancias futuras o un retorno sobre la base de activos preexistente y futura?** Por lo tanto, las cuestiones relativas al perfil de depreciación tanto de activos nuevos como de los anteriores se tornan particularmente importantes y deberían ser abordadas por el gobierno durante el proceso licitatorio.

[...] Sin embargo, si el criterio utilizado es el del monto mayor ofrecido para hacerse cargo de una concesión, el concesionario saliente podría recibir la oferta más alta, **ya que esta oferta reflejaría el valor de los bienes tal como existen actualmente**. Sin embargo, este valor se basa en los flujos de ganancias

¹⁷⁶ En su Memorial de Contestación, Argentina explica que existen diferentes medios para regular los servicios públicos: “Una forma es ajustar las tarifas en base a los costos reales de la prestadora y la otra es fijar una tarifa justa y razonable de antemano, que permita cubrir los costos de un operador eficiente y obtener una ganancia razonable. En este último caso, para obtener la ganancia razonable, el prestador debe ser eficiente” (párr. 959). Según Argentina, las privatizaciones realizadas en los años noventa en general se regían por el segundo modelo (Memorial de Contestación, párr. 960).

¹⁷⁷ Anexo 19A del Memorial, pág. 36. Énfasis agregado por el Tribunal.

futuras, que se determina por los precios que el regulador fija a lo largo de la nueva concesión. Si el regulador decide infundadamente establecer precios muy bajos para el período de la nueva concesión, esto efectivamente implicaría una expropiación del valor de los bienes incorporados en la concesión anterior. En consecuencia, por lo general las nuevas inversiones realizadas por el concesionario deben ser tratadas de manera transparente por el regulador en cada revisión, como parte del proceso de actualizar la base de activos y la imputación de la amortización. "¹⁷⁸.

228. En forma un tanto contradictoria, en el informe de LECG aparecen argumentos encaminados a vincular el Canon con el sistema de revisión de las tarifas en un régimen de precios máximos, citándose estudios según los cuales al tratarse de una suma global el oferente ha calculado el valor de los activos basándose en la corriente de ingresos dentro del nivel determinado de tarifas.

229. LECG analiza la evolución que tendrían las tarifas si el Canon no se incluyera en la base tarifaria,

“En la primera revisión ordinaria de tarifas, el regulador, siguiendo la práctica regulatoria habitual y el marco regulatorio del Contrato de Concesión, consideraría las inversiones proyectadas y los costos operativos, sumaría la amortización de las inversiones de capital efectuadas durante los cuatro años anteriores, y arribaría a una tarifa que ofreciera un retorno razonable sólo con relación al capital adicional aportado después de la privatización. El resultado sería un precio que quedaría bastante por detrás del costo marginal del sistema en el largo plazo. Esto es así porque tales tarifas remunerarían sólo el capital aportado con posterioridad a la privatización, pero no el capital inicial al momento de comenzar las operaciones. Desde que, para poder brindar el servicio de manera eficiente y efectiva, ambos tipos de activos (es decir,

¹⁷⁸ Ibid., pág. 69. Énfasis agregado por el Tribunal.

aquéllos existentes con anterioridad a la licitación y los que se agregaron luego) son necesarios, las tarifas deberían tomar en cuenta a ambos.”¹⁷⁹.

230. LECG concluye:

“El agregado del canon a la base tarifaria ofrece los incentivos correctos tanto para el consumo como para la inversión. Los consumidores asumirán el costo a largo plazo de suministrar el sistema, mientras que los inversores hallarán incentivos para participar”¹⁸⁰.

231. En su argumentación LECG no tiene en cuenta el nivel de las tarifas cuando se otorgó la Concesión. Esa tarifa ya estaba vigente, y los reajustes futuros estaban destinados precisamente a remunerar el capital agregado a partir de la privatización. Según el argumento de LECG, la tarifa existente no se tendría en cuenta para el cálculo del ajuste, en tanto que el Contrato de Concesión la considera como la base de partida de la revisión. La tarifa vigente prevé la remuneración del capital invertido en la Concesión *ab initio*.

232. Paradójicamente, la propia LECG parece compartir esta conclusión. Al analizar la cuestión de la eliminación de las rentas monopolísticas a través de un proceso de licitación pública, el informe añade una nota al pie de página en que señala:

“Obsérvese que pese a que el inversor oferta el valor presente neto de los flujos estimados, el inversor gana dinero por medio de su inversión. En efecto, al descontar flujos de fondos futuros, el inversor utiliza una tasa de descuento. Esa tasa de descuento es la tasa de retorno que el inversor obtiene a partir de su inversión inicial (el canon) a lo largo del plazo de la concesión.”¹⁸¹.

233. El Tribunal continuará su análisis considerando la depreciación de activos prevista en el régimen de bienes del Contrato de Concesión.

¹⁷⁹ LECG, “Evolución Económica del Memorial de Contestación de Argentina y del Informe Sr. Chama., pág. 30, pág. 32, Réplica, Anexo 4.

¹⁸⁰ Ibid., pág. 33.

¹⁸¹ Ibid., pág. 34, nota de pie de página 53.

(iv) Artículo 7.8

234. El Artículo 7.8, sobre amortización, forma parte del Artículo VII del Contrato de Concesión, referente a los activos (“Régimen de Bienes”). En el primer párrafo de ese artículo se prevé la capitalización y depreciación de activos a lo largo del plazo de la Concesión o de la vida útil de los activos, si ésta fuera más breve, con una excepción a la que no es pertinente hacer referencia a los efectos del presente análisis. Los activos que han de capitalizarse y amortizarse son los activos y sus mejoras relacionados con el Servicio, que hayan sido adquiridos o construidos por el Concesionario, y que le pertenezcan, sean de su titularidad. Deben cumplir esas tres condiciones. Los bienes deben “[ser] de su titularidad”, es decir que debe tratarse de bienes con respecto a los cuales el Concesionario posea un título jurídico. En el Artículo 7.2, sobre “Titularidad”, se distingue entre la tenencia de bienes recibidos por el Concesionario de la Provincia y activos y bienes muebles e inmuebles adquiridos o construidos durante la vigencia de la Concesión que son propiedad del Concesionario. Dicha titularidad se asienta en el Registro de la Propiedad Inmueble y en los registros que correspondan a los bienes muebles, lo que no ocurre con los bienes recibidos de la Provincia.

235. La distinción se vuelve más clara si se leen conjuntamente los Artículos 7.2 y 7.8 con el Artículo 7.6 sobre disposición de bienes. En los actos de disposición de bienes “de titularidad de la Provincia... el Concesionario actuará como mandatario de la Provincia”. Esta distinción lleva entonces al segundo párrafo del Artículo 7.8, donde se establece que “[l]as inversiones que efectúe el Concesionario sobre los bienes recibidos de la Provincia en la Toma de Posesión se considerarán un costo de adquisición y/o mantenimiento de la Concesión según lo establecido en el artículo 1.8 y serán amortizadas durante el plazo de la Concesión”. Este párrafo limita la definición de inversiones a las efectuadas en los bienes recibidos de la Provincia, y no comprende a los bienes mismos.

236. La distinción entre los bienes recibidos y los bienes adquiridos o las mejoras efectuadas en los bienes recibidos se repite en el ámbito de la obligación de

obtener la aprobación para la toma de posesión y enajenación de bienes, y la manera en que debe interpretarse el silencio de la administración. En el caso de los bienes muebles de propiedad de la Provincia y de los de propiedad de la Demandante, muebles o no, el silencio frente a una solicitud de enajenación de los mismos debe interpretarse como aprobación (Artículo 7.6.2). Por otra parte, el silencio del ORAB en el caso de los bienes que no sean muebles registrados a nombre de la Provincia debe interpretarse como rechazo de la solicitud (Artículo 7.6.1).

237. La distinción es especialmente pertinente respecto de la rescisión de la Concesión. En el caso de la rescisión provocada por caso fortuito o fuerza mayor (Artículo 14.2.1), la Provincia está obligada a pagar el valor no amortizado de las inversiones y de los bienes relacionados con el servicio, adquiridos o construidos por el Concesionario conforme a lo dispuesto en el Artículo 7.8. Según el texto de ese artículo, los bienes recibidos de la Provincia no son bienes adquiridos. El Concesionario no se convirtió en propietario de los bienes transferidos por la Provincia, ni poseyó en ningún momento un título registrado de los mismos.

238. La Demandante sostuvo que los bienes existentes a la fecha de la transferencia y los adquiridos posteriormente constituyen una unidad. Este argumento se basa en los Artículos 42-II y 43-II de la Ley. El primero de ellos establece: “Los bienes de que trata el presente y que deben contemplarse en el Contrato de Concesión son aquéllos que el Concesionario recibe en virtud del mismo. Quedan alcanzados igualmente los bienes que el Concesionario adquiera o construya con el objeto de cumplir sus obligaciones derivadas el Contrato de Concesión”. El Artículo 43-II dice lo siguiente: “Los bienes cuya tenencia se transfiere al Concesionario forman un conjunto que se denomina unidad de afectación”.

239. El Tribunal considera que la cuestión de la indivisibilidad de la unidad debe examinarse a la luz de las restantes disposiciones sobre bienes contenidas en el Contrato de Concesión, y no permite dejar de lado las distinciones en ellas efectuadas con respecto a la propiedad de los bienes y su administración y disposición.

240. Después de este análisis de las disposiciones pertinentes de la Ley y del Contrato de Concesión, el Tribunal concluye que, según una interpretación armónica de esas disposiciones, el Canon no puede considerarse como una inversión no incluida en la tarifa existente al momento de la transferencia. El Tribunal no tiene duda de que el Canon es una inversión, pero, a los efectos del establecimiento y de la amortización de la tarifa, para preparar la oferta referente al valor del flujo de ingresos de la Concesión, el inversor debió efectuar un cálculo, cuyo resultado es el precio pagado por la Concesión. Es interesante señalar, a este respecto, que la Demandante parece ser el único oferente que haya interpretado la Circular 52(A) en esos términos. Los otros oferentes propusieron cánones no menos de 10 veces más bajos que los presentados por la Demandante.

241. Aunque el principio de amortización puede haberse aplicado al Canon inicial como cuestión de principio, el que el Canon se amortizara o no durante el plazo de la Concesión dependería de que el Concesionario hubiera estimado correctamente el valor de los futuros ingresos de la Concesión basándose en la tarifa inicial y en la tasa de descuento que hubiera de aplicarse a esa estimación de los ingresos futuros. La tasa de descuento usada por la Demandante para la preparación de la oferta fue la tasa de retorno del Canon como “inversión”. Éste parece ser un componente esencial del régimen de la Concesión y de las condiciones previstas en el Contrato de Concesión.

242. Para concluir la consideración del tema de la recuperación del Canon, el Tribunal hará referencia a las manifestaciones de Argentina según las cuales el Tribunal puede haber cometido un error al no tener en cuenta las irregularidades del Artículo 12.1.1 cuando se declaró competente. Según Argentina, ese artículo fue un factor esencial de su decisión. La Demandada se refiere específicamente al párrafo 62 de la decisión sobre jurisdicción, cuyo texto reza así:

“El Tribunal tiene dificultad en aceptar el significado de inversión que describe la Demandada en base a la definición de inversión que figura en el Artículo I.1(a) del APPRI. En primer lugar, un contrato de concesión como el celebrado entre ABA con la Provincia, califica como una inversión para los fines del APPRI, dado

que el APPRI asigna a este término un significado amplio que abarca “todo derecho conferido por ley o por contrato”.⁶¹ El Contrato de Concesión mismo se refiere repetidamente a inversiones. Por ejemplo, en el contexto de la determinación del nivel de tarifas, el Contrato de Concesión se refiere a “un retorno razonable de las inversiones del Concesionario”⁶², y el “concesionario por la presente se compromete a hacer todas las inversiones necesarias para llevar a cabo...” [Artículo 7.8].

243. En ese párrafo, el Tribunal hace referencia al Artículo 12.1.1 para dar un ejemplo relacionado con la definición de “inversión” prevista en el TBI. El razonamiento del Tribunal sería el mismo sin este ejemplo, que no es el único que se da en el párrafo. El otro, que es el Artículo 7.8, no ha sido cuestionado por la Demandada. Del análisis que antecede debería desprenderse claramente que el concepto de inversión previsto en el TBI y el de inversión recuperable previsto en el Contrato de Concesión son conceptos diferentes, y que el hecho de que una inversión sea recuperable o no puede carecer de importancia a los efectos de su consideración como inversión al amparo del TBI.

8. Rescisión

(a) Introducción

244. Como ya se señaló, el 18 de julio de 2001 ABA solicitó a la Provincia que saneara sus infracciones al Contrato de Concesión. La Provincia contestó el 29 de agosto de 2001, negando haber cometido trasgresión alguna y mencionó en especial la circular que excluía el derecho del Concesionario de recuperar su inversión, incluido el Canon inicial. El 5 de octubre de 2001, ABA rescindió el Contrato de Concesión. El 1 de noviembre de 2001, la Provincia dictó un decreto por el que rechazaba la rescisión del Contrato de Concesión y ordenaba a ABA que cesara y se abstuviera de sostener que había rescindido el Contrato de Concesión y de realizar actos que perturbaran la prestación del servicio.

245. El 26 de febrero de 2002, ABA se presentó en concurso preventivo. El 7 de marzo de 2002, la Provincia concluyó que ABA había abandonado el servicio y el 15

de marzo de 2002 rescindió el Contrato de Concesión invocando incumplimientos por parte de la misma: incumplimiento de los objetivos de expansión y calidad del servicio; multas que se habían impuesto a la compañía; dificultades de ABA para obtener productos químicos en febrero de 2002 y pagar la energía eléctrica recibida; quiebra de ENRON y abandono del servicio. El 15 de marzo de 2002, ABA entregó el servicio a la Provincia.

(b) Posiciones de las partes

246. La Demandante sostuvo que el Artículo 48-II de la Ley delegó expresamente al Contrato de Concesión la definición del derecho de rescindir la Concesión y que el Artículo 14.1.4 del Contrato no requería para la rescisión la intervención de ninguna otra autoridad. Por otra parte, el Artículo 14.4.4 prevé la intervención de los tribunales a los efectos de la recepción de este servicio. Por lo tanto, la Demandante concluye que cuando la Provincia consideró necesario incluir una referencia a la intervención de los tribunales, así lo hizo¹⁸².

247. La Demandante se refiere asimismo a la necesidad de que las autoridades competentes intervengan en caso de rescisión de una concesión según lo previsto por el Artículo 49-II de la Ley. Según la Demandante, ese artículo debe interpretarse en forma apropiada y “sólo [puede] interpretarse como que establece quiénes son los funcionarios gubernamentales competentes [...] para declarar la rescisión del Contrato de Concesión en los supuestos en que la facultad rescisoria corresponde al Concedente [...] De ningún modo se lo puede interpretar como refiriéndose al derecho de rescisión en caso de que ella no sea declarada por ‘una autoridad’”¹⁸³.

248. La Demandante llama también la atención del Tribunal sobre el tratamiento diferente de la rescisión basada en incumplimiento del Concedente en el caso del Contrato de Concesión, en comparación con otros contratos de concesión anteriormente celebrados por la Provincia, y en que se requiere la intervención de los

¹⁸² Réplica, párr. 520.

¹⁸³ Ibid., párr. 517.

tribunales para declarar rescindido el contrato en caso de que la Provincia oponga resistencia. La Demandante concluye que las autoridades provinciales, al redactar el Contrato de Concesión, tuvieron en cuenta esos contratos anteriores y se apartaron de ellos, *inter alia*, en relación con el derecho de la Concesionaria de rescindir el Contrato de Concesión¹⁸⁴.

249. La Demandante sostiene que las numerosas y graves violaciones del Contrato de Concesión trastornaron irreversiblemente el equilibrio económico de la Concesión y que en esas circunstancias la exigencia de la Administración de que ABA continúe la prestación del servicio y el cumplimiento de las metas de expansión del mismo constituyó un supuesto de manifiesto e injustificable abuso de derecho¹⁸⁵. Apoyándose en el dictamen del profesor Fernández, la Demandante afirma que si al Concesionario no le fuera posible rescindir unilateralmente el Contrato de Concesión sin intervención adicional de la Provincia, la disposición contractual carecería de toda aplicación práctica, porque el desenlace final quedaría al arbitrio de la Administración, que es lo que la Ley ha querido evitar¹⁸⁶. El mismo perito entiende que:

“[c]uando la Ley o el contrato reconocen al contratista un derecho a la resolución de éste, la regla general de que la resolución del contrato requiere siempre una declaración formal de la Administración debe ceder el paso a la *exceptio non adimpleti contractus*, único modo de evitar que al amparo de esa regla la Administración abuse de ella, vacíe el derecho en cuestión de todo contenido y termine llevando al contratista a la ruina”¹⁸⁷.

250. La Demandante invoca abundantes opiniones de la doctrina y jurisprudencia administrativa argentina y europea para defender la aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* a la rescisión del Contrato de Concesión¹⁸⁸. También se refiere al caso *Aucoven*, en que el tribunal de arbitraje, enfrentado con una situación similar, concluyó que si las partes hubieran tenido la intención de someter la rescisión

¹⁸⁴ Ibid., párr. 525.

¹⁸⁵ Ibid., párr. 503.

¹⁸⁶ Ibid., párr. 528.

¹⁸⁷ Ibid., párr. 528, cita del dictamen del profesor Fernández, Réplica, Anexo 1, párr. 160.

¹⁸⁸ Réplica, párrs. 541-555.

del contrato de concesión a la decisión de un órgano judicial habrían hecho referencia expresa a ese requisito en la cláusula en cuestión¹⁸⁹. La Demandante alega asimismo que si el Artículo 14.1.4 es ambiguo, debe interpretarse en contra de su redactor¹⁹⁰.

251. Según la Demandante, la Provincia fabricó de la nada argumentos contra Azurix para encubrir sus propias transgresiones mientras el Concesionario seguía prestando el servicio. El Concesionario informó a la Provincia, el día de la rescisión, que seguiría prestando servicios por 90 días. De hecho, lo hizo durante más de cinco meses, lo que prueba que el Concesionario no abandonó la Concesión¹⁹¹.

252. La Demandante llama la atención del Tribunal sobre el hecho de que la Demandada siguió tomando medidas que han agravado la situación, pese a que el Tribunal le ordenó abstenerse de hacerlo. En especial, la Provincia manifestó que no aprobaría la propuesta formulada por ABA a los acreedores, cobró las sumas pagaderas por acreedores por los servicios de ABA, y ejecutó las garantías de cumplimiento de ABA y de OBA¹⁹².

253. La Demandada sostiene que la Provincia tiene la potestad exclusiva de rescindir la Concesión, que el Concesionario tenía que solicitar la rescisión a la Provincia y que, si ésta rehusaba, el Concesionario podía promover una acción ante los tribunales locales a los efectos de rescindir el contrato. En realidad, ABA apeló ante los tribunales argentinos la rescisión dispuesta por la Provincia. Según el perito de Argentina, Dr. Solomoni, el Artículo 14.1.4 no autoriza al Concesionario a declarar rescindido el Contrato de Concesión, sino que reglamenta la prerrogativa de la Provincia de rescindir ese contrato, aún en caso de incumplimiento por parte de la Provincia. La Demandada alega que la defensa de la Demandante basada en la *exceptio non adimpleti contractus* no es aplicable aquí, porque ABA nunca la usó al promover su acción. ABA siempre sostuvo que tenía derecho de rescindir unilateralmente el Contrato de Concesión¹⁹³.

¹⁸⁹ Ibid., párr. 557.

¹⁹⁰ Ibid., párrs. 558-559.

¹⁹¹ Ibid., párr. 571 y sgs.

¹⁹² Ibid., párr. 580 y sgs.

¹⁹³ Dúplica, párrs. 809-917.

254. La Demandada también aduce la existencia de un conflicto entre el TBI y los tratados de derechos humanos que protegen los derechos de los consumidores. Según el perito de Argentina, todo conflicto de ese género debe resolverse a favor de los derechos humanos, ya que el interés público de los consumidores debe prevalecer sobre el interés privado de los proveedores de servicios¹⁹⁴. Sobre este punto, la Demandante sostiene que los derechos del usuario gozaban de la debida protección conforme a las disposiciones estipuladas en el Contrato de Concesión y que la Provincia no ha probado por qué esos derechos se vieron afectados por la rescisión¹⁹⁵.

(c) Consideraciones del Tribunal

255. El Artículo 14.1.4 —Rescisión por Culpa del Concedente— dice lo siguiente, según la traducción en inglés proporcionada por la Demandante¹⁹⁶:

“The Concessionaire may claim termination of the Agreement based on the Concession Grantor’s fault where a rule, act, fact or omission by the Concession Grantor results in a substantial noncompliance with the obligations undertaken by the Concession Grantor under the Agreement reasonably impairing its performance.

In such event, within thirty (30) days from knowledge or occurrence of said event, the Concessionaire shall demand the Concession Grantor to cease such noncompliance, and grant a reasonable term of at least thirty (30) days. In the event that Grantor fails to observe its obligations, the Agreement shall terminate.”

256. El Tribunal apunta, en primer lugar, que la última oración, cuyo original en español reza: “En el supuesto de que el Concedente no cumpla con sus obligaciones, deberá declarar rescindido el Contrato”, no ha sido traducida correctamente al inglés.

257. La Demandante ha leído esa oración como si el sujeto del verbo “deberá” fuera el Concesionario. No obstante, en la oración no se hace mención alguna del Concesionario, y es más lógico considerar como sujeto al “Concedente”. Esta

¹⁹⁴ Opinión pericial del Dr. Solomoni, págs. 27-28.

¹⁹⁵ Réplica, párr. 565.

¹⁹⁶ Memorial, pág. 128, nota de pie de página 528.

interpretación es congruente con lo establecido en el primer párrafo del artículo, que impone al Concesionario la carga de solicitar la rescisión del Contrato (“podrá solicitar”). El uso de “deberá”, que denota obligatoriedad, también parecería referirse a la obligación del Concedente, puesto que cabe la posibilidad de que el Concesionario no desee ejercer su derecho. Si el sujeto de la oración fuera el Concesionario, habría sido más apropiado utilizar el término “podrá”.

258. Esta interpretación es coincidente con el Artículo 49-II de la Ley, que establece:

“La rescisión del contrato y el rescate de los servicios deberán ser resueltos por el Poder Ejecutivo Provincial, con intervención del ORAB”.

En este artículo no se distingue entre rescisión por iniciativa o por incumplimiento de una u otra de las partes. En todos los casos, la cuestión debe ser resuelta por el Concedente. En el caso específico del Contrato de Concesión, el Concedente no tiene más alternativa que declarar la rescisión si su incumplimiento persiste, pero es precisamente sobre este punto que las partes discrepan. Ambas adujeron el incumplimiento como causal de su respectiva rescisión del Contrato de Concesión.

259. La interpretación que antecede no es congruente con el procedimiento de rescisión del Contrato de Concesión basada en la culpa del Concedente previsto en el Artículo 14.4.4. Cuando el Contrato de Concesión se extingue por culpa del Concesionario, en el Artículo 14.4.3 se estipula que éste deberá hacer entrega del servicio una vez notificado del decreto del Concedente que disponga la rescisión del Contrato. En cambio, en el Artículo 14.4.4 no se hace referencia a ningún acto administrativo del Concedente para rescindir el Contrato de Concesión. Sencillamente se consigna: “Una vez que se hubiere rescindido el Contrato por culpa del Concedente,...”, sin que se indique por parte de quién o por qué medida. De la comparación de las dos disposiciones parece surgir la diferencia entre el procedimiento que debe seguir la autoridad pública, que actúa mediante decretos y resoluciones, y la parte privada, que puede limitarse a notificar al Concedente.

260. La dificultad de interpretar coherentemente las disposiciones del Artículo 14 se ve agravada por el Artículo 49-II de la Ley, en el cual, como ya se señaló, se dispone que la rescisión “deber[á] ser resuelt[a] por el Poder Ejecutivo Provincial, con intervención del ORAB”. En la Ley no se distingue entre la rescisión por parte del Concedente o del Concesionario. Parecería apropiado interpretar el Contrato de Concesión en consonancia con las disposiciones de la Ley. Por otra parte, el Tribunal no puede hacer caso omiso del resultado práctico de esa interpretación; si se la llevara al extremo, un concesionario se vería obligado a suministrar el servicio indefinidamente a arbitrio del gobierno y su derecho a rescindir el Contrato de Concesión quedaría privado de todo contenido. Por este motivo, la aplicación del principio de *exceptio non adimpleti contractus* otorga equilibrio a la relación entre el Gobierno y el Concesionario. El Tribunal entiende que carece de importancia si ABA invocó esta defensa al recurrir a los tribunales argentinos. El Tribunal está evaluando la conducta de la Demandada y sus subdivisiones políticas en el ejercicio de su autoridad pública frente a los estándares de protección de inversores extranjeros acordados en el TBI, y la aplicación del principio de *exceptio non adimpleti contractus* ha sido planteada por la Demandante en el arbitraje de autos. Esta excepción no es desconocida en el derecho argentino o los sistemas jurídicos en general, dado que es reflejo del principio de buena fe. El Tribunal lo tendrá en cuenta al evaluar las medidas adoptadas por la Provincia en relación con los estándares de protección.

261. La Demandada ha planteado también la cuestión de la compatibilidad del TBI con los tratados de derechos humanos. Este asunto ha sido apenas debatido por las partes, y el Tribunal no logra comprender la incompatibilidad invocada en las circunstancias del caso de autos. Los usuarios continuaron recibiendo los servicios sin interrupción por parte de ABA durante los cinco meses siguientes a la notificación de la rescisión y por parte de la nueva empresa provincial después de la transferencia del servicio.

9. Conducta de la Provincia después de la transferencia del servicio

(a) Posiciones de las partes

262. La Demandante señala que, el 20 de marzo de 2002, el ORAB emitió la Resolución 20/02, por la cual impedía a ABA cobrar las sumas pagaderas por servicios prestados con anterioridad a la fecha de transferencia del servicio. Dos días más tarde se notificó al público en los periódicos que todos los montos pagaderos a ABA por servicios prestados antes del 7 de marzo de 2002 e impagos hasta ese momento deberían abonarse al nuevo proveedor del servicio, y que los pagos efectuados a ABA no se reconocerían. ABA pidió al tribunal de quiebras que dictara una medida de protección. La medida se otorgó el 4 de junio de 2002 y en ella se ordenaba hacer “saber a los organismos y entidades pertinentes que deben abstenerse de cobrar facturas por servicios prestados por Azurix, correspondientes a los períodos anteriores al 7 de marzo de 2002, los que solamente podrán ser abonados a la concursada y en su domicilio. Asimismo, para el supuesto caso que ya hubieran sido percibidas las facturas de esas características, deberán las entidades pertinentes depositar en una cuenta dirigida a estos autos y al Banco de la Ciudad de Buenos Aires, Sucursal Tribunales, las sumas resultantes”¹⁹⁷.

263. La Demandante destaca que, antes de la carta del 18 de julio de 2001, a ABA sólo se le había impuesto una sanción. A partir de esa fecha, la situación cambió radicalmente, y se le impusieron numerosas sanciones, lo que constituyó un evidente acoso por parte de la Provincia. El ORAB siguió imponiendo sanciones a ABA aún después de la transferencia del servicio. La Provincia se vio constreñida, por el concurso preventivo y el vencimiento del plazo de que disponía, a solicitar al tribunal que hiciera lugar a sus reclamaciones. El plazo vencía el 3 de junio de 2002, fecha en que la Provincia y sus dependencias presentaron reclamaciones por AR\$187 millones y US\$2,85 millones, en comparación con los AR\$15 millones reclamados, en conjunto, por todos los demás acreedores. La Demandante señala que las reclamaciones fueron presentadas cuatro días antes de que, por Resolución No. 46/02, fechada el 7 de junio

¹⁹⁷ Memorial, pág. 144 y Anexo 203.

de 2002, la propia ABA fuera notificada; afirma, además, que a ABA le fueron denegados tanto el acceso a la documentación sobre la que se basaba la sanción como una ampliación del plazo para presentar un recurso. ABA interpuso un recurso ante el síndico del concurso quien, según la Demandante, consideró infundada la mayor parte de las reclamaciones¹⁹⁸.

264. Basándose en el informe de la Universidad de La Plata (“Informe de la UNLP”)¹⁹⁹, el ORAB dictó la Resolución No. 52/02, mediante la cual se aprobaba la liquidación final de créditos y deudas de la Concesión, que arrojó un total de AR\$640 millones a favor de la Provincia y en contra de ABA. Según la Demandante, se le denegó la documentación de apoyo y se rechazó la solicitud de prórroga del plazo para presentar un recurso. El 30 de septiembre de 2002, ABA presentó un recurso basado en la naturaleza hipotética de las reclamaciones realizadas y su falta de fundamentos. Específicamente, la Demandante alega que se estimaron los perjuicios reclamados en relación con los bienes, aún cuando el ORAB nunca realizó el inventario final exigido en las Secciones 14.4.2 y 14.4.4 del Contrato de Concesión; se reclamó el costo de las nuevas conexiones al servicio de agua y de desagües cloacales, a pesar de que la Provincia eximió al nuevo proveedor de la obligación de efectuar dichas inversiones; se consideraron incumplidas obligaciones cuyo cumplimiento no podía exigirse sino hasta el tercer y el quinto año de la Concesión y se reclamaron los perjuicios derivados de tales incumplimientos, y se duplicaron los perjuicios reclamados en relación con los mismos activos. Además, la liquidación de los créditos y las deudas incluye perjuicios hipotéticos, como los impuestos que la Provincia dejaría de percibir como consecuencia de posibles aumentos del valor de los inmuebles a raíz de la interrupción del POES, el costo de una nueva licitación de la Concesión —que nunca se organizó— e incrementos de la recaudación impositiva que la Provincia podría haber obtenido por actividades relacionadas con hoteles, restaurantes y turismo si ABA hubiera continuado con la Concesión durante 30 años²⁰⁰.

¹⁹⁸ Ibid., pág. 135 y págs.145-146.

¹⁹⁹ Anexo 175 del Memorial de Contestación.

²⁰⁰ Memorial, págs. 146-148.

265. En el Memorial de Contestación, la Demandada asevera que las sanciones obedecieron exclusivamente a los incumplimientos en que incurrió ABA. En primer lugar, observa que la Demandante omitió hacer saber al Tribunal que se le había concedido un período de gracia en que estaría exenta de sanciones, de seis meses de duración, a partir de la fecha de toma de posesión de la Concesión, lo que implica la modificación del contrato modelo que formaba parte de los documentos de la licitación. No cabe duda de que esa enmienda no integraba el proyecto de contrato, como lo confirmó la contestación de la Comisión Privatizadora a una pregunta²⁰¹. La Demandada menciona otras dos sanciones impuestas a ABA por las Resoluciones Nos. 34/00 y 50/00, y señala que antes de imponer una sanción, el ORAB debía comprobar el incumplimiento y aplicar los procedimientos administrativos pertinentes. No se trató de una actitud hostil, sino de la observancia de los procedimientos administrativos establecidos para la imposición de sanciones²⁰².

266. Según la Demandada y de acuerdo con el Informe de la UNLP, los daños que debía afrontar la Provincia como resultado del incumplimiento de los objetivos estipulados en el POES y la rescisión del Contrato de Concesión por causas atribuibles a ABA superaban los AR\$149 millones, y las consecuencias económicas de los daños medioambientales provocados por ABA ascendían a más de AR\$467 millones²⁰³. La Demandada observa que, en la liquidación de los créditos a favor de la Provincia, se tomó en cuenta el monto percibido por servicios prestados antes del 7 de marzo de 2002 y que la medida de protección pertinente fue revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Comercial. También señala que ABA interpuso ante la Corte Suprema de la Provincia un recurso contra el Decreto 508/02, en virtud del cual se disponía la rescisión del Contrato de Concesión²⁰⁴.

267. En su Réplica, la Demandante sostiene que las sanciones impuestas a ABA formaron parte de una estrategia para desvirtuar la reclamación de Azurix en el arbitraje de autos. Ese conjunto de medidas se adoptó en el más amplio contexto de

²⁰¹ Dúplica, párr. 551, nota de pie de página 397, y Circular 21(A), respuesta a la pregunta 92.

²⁰² Memorial de Contestación, párrs. 559-569.

²⁰³ Ibid., págs. 240-241.

²⁰⁴ Ibid., párr. 823.

actos agresivos cometidos por la Provincia y por el Estado argentino, incluidos los dictados con posterioridad a la Decisión sobre medidas cautelares adoptada por este Tribunal²⁰⁵.

268. En su análisis sobre las sanciones impuestas, la Demandante concluye que: i) 14 de 16 multas se impusieron después de la rescisión, por parte de ABA, del Contrato de Concesión, ii) durante los dos meses siguientes a la sanción de los Decretos No. 2598/01 y No. 3039/01 se aplicaron a ABA siete multas, por un total de US\$555.000, iii) después de la transferencia del servicio se le impusieron otras siete multas, por un total de US\$1.960.000, y iv) se le aplicaron cuatro multas, por un total de US\$1.800.000, entre la fecha en que se promovió el procedimiento de concurso preventivo y el vencimiento del plazo de que disponían los acreedores para presentar una petición de verificación de créditos²⁰⁶.

269. La Demandante señala, en especial, que la multa por la violación de parámetros biológicos cometida en Bahía Blanca estaba relacionada con un incidente ocurrido en abril de 2000 y que el ORAB recién formuló la imputación en agosto de 2001. Añade que, en el caso de las 14 multas mencionadas en el párrafo anterior, los textos de las respectivas resoluciones se redactaron a partir de julio de 2001²⁰⁷.

270. La Demandante afirma que el período de gracia de seis meses es habitual en este tipo de contratos y se establece para permitir que los concesionarios se adapten a las deficientes condiciones de administración del servicio imperantes antes de la privatización²⁰⁸.

271. En su Dúplica, la Demandada enumera 12 procedimientos en curso a la fecha en que ABA rescindió el Contrato de Concesión, para demostrar que el proceso se había iniciado mucho antes del 18 de julio de 2001, y antes de que se impusieran las sanciones. La gama de incumplimientos de ABA comprende la rotura de un acueducto, sobrefacturación, rotura de un caño maestro, fallas de operación y re-

²⁰⁵ Ibid., párrs. 602-603.

²⁰⁶ Ibid., párr. 590.

²⁰⁷ Ibid., párrs. 591-592.

²⁰⁸ Ibid., párr. 600.

acondicionamiento de plantas de purificación de efluentes, inobservancia de parámetros de calidad del agua en Bahía Blanca y Vedia²⁰⁹. Según la Demandada, cada una de las multas correspondió a una violación específica, por parte de ABA, del Contrato de Concesión. ABA era la única responsable del suministro de agua potable dotada de los atributos de calidad y en observancia de otras normas estipuladas por el Contrato de Concesión y del desempeño previsto en el POES²¹⁰.

272. La Demandada señala además que, en su Réplica, la Demandante no hizo mención de las razones específicas de la rescisión invocadas en el Decreto 508/02, así como tampoco de las consecuencias de la presentación de ABA en concurso preventivo y la quiebra de ENRON para el Contrato de Concesión, ni del recurso interpuesto por ABA contra el Decreto 508/02²¹¹.

273. En cuanto al perjuicio sufrido por la Provincia, la Demandada defiende el cálculo del efecto económico de la rescisión de la Concesión como parte de los daños y perjuicios por los que ABA es responsable y cita el Informe de la UNLP: “Los motivos que movieron a la Provincia a realizar el proceso licitatorio – donde Azurix se presentó voluntariamente- fueron tener resultados positivos en la situación ambiental, sanitaria, económica, fiscal y operativa. Todos estos motivos para la privatización son valiables en términos económicos. Los valió Azurix para realizar su propuesta licitatoria que la consagró ganadora y los debe valor la Provincia para medir los costos del fracaso y requerir la justa compensación.”²¹².

274. La Demandada concluye este punto señalando que la verificación de los créditos de la Provincia contra ABA aún no ha sido resuelta por el tribunal de quiebras²¹³.

²⁰⁹ Ibid., párr. 571, y Dúplica, párrs. 456-533.

²¹⁰ Dúplica, párrs. 555 y 557.

²¹¹ Ibid., párr. 842-850.

²¹² Ibid., citado en el párr. 854. Énfasis de la Demandada.

²¹³ Ibid., párr. 858.

(b) Consideraciones del Tribunal

275. La Demandante no ha cuestionado las razones en que se fundan las sanciones, salvo en el caso de Bahía Blanca y de las multas y reclamaciones tomadas en cuenta para la liquidación de los créditos y las deudas de la Concesión, en particular las reclamaciones basadas en el Informe de la UNLP. Como señaló la Demandante, resulta llamativo observar el contraste entre, por un lado, la celeridad administrativa con la cual se tramitaron las multas y reclamaciones después de que ABA hubo notificado la rescisión de la Concesión y, por el otro, el ritmo deliberadamente lento con que se manejaron otras cuestiones, como las variaciones constructivas o las valuaciones 2000. Al Tribunal le sorprende que se negara a ABA la documentación en que se fundaron las Resoluciones 46/02 y 52/02, solicitada con el objeto de interponer un recurso administrativo. Le sorprende igualmente que los daños y perjuicios contra ABA se evaluaran en parte basándose en consideraciones que no encuentran fundamentos en el Contrato de Concesión ni en la Ley.

VII Incumplimiento del TBI

1. Expropiación sin indemnización

(a) Posiciones de las Partes

276. Azurix alega que su inversión, el Contrato de Concesión, ha sido expropiada como resultado de la aplicación de “medidas que equivalen a una expropiación”. Para Azurix, lo importante no es la forma de las medidas ni su intención, sino sus consecuencias. Sostiene que la expropiación de sus derechos contractuales —y éstos están comprendidos en la definición de inversión— es consecuencia de una serie de actos que por sí solos tal vez no sean suficientes para constituir expropiación, pero que, tomados en conjunto, constituyen una expropiación progresiva. Basándose en un análisis de la jurisprudencia y la doctrina, la Demandante define este tipo de expropiación como “la existencia de una interferencia irrazonable o incidental que priva sustancialmente a un propietario del control, uso, beneficios, goce o los beneficios económicos que fuera razonable obtener de los bienes o derechos, o el acceso a ellos,

siempre que tal privación no sea meramente transitoria”²¹⁴. Azurix observa que las empresas de servicios públicos están especialmente expuestas a este tipo de medidas porque el Estado privatizador puede sentirse “tentado de explotar a la empresa una vez que ha construido el sistema de agua. Cuando se construye el sistema de agua la empresa ya no puede tomar sus tuberías e irse, sino que se encuentra a merced del regulador”²¹⁵. La Demandante observa además que “[e]sta toma política de los ingresos equivale a una expropiación de activos, ya que la empresa —sea una empresa pública o privada— no podrá cosechar los frutos de los activos irrecuperables”²¹⁶.

277. Según Azurix, la Provincia la despojó de los derechos de que gozaba en virtud del régimen tarifario de la Concesión, comprometió la capacidad de ABA de obtener financiamiento, hizo cargar a ABA con gastos imprevistos al no terminar la infraestructura prometida incluida en la Circular 31(A), y despojó a Azurix del derecho a recuperar la totalidad del Canon. Después de pagar por la Concesión, “los funcionarios provinciales utilizaron la Concesión de Azurix como excusa para agitar la ira de los contribuyentes provocada por los años de abandono de la infraestructura del servicio de aguas y dirigirla equivocadamente contra ABA”. La Provincia rompió el Pacto Regulatorio y dio a entender que no tenía un compromiso con la sostenibilidad de la Concesión. Para concluir, “[a] la luz de cualquier definición aplicable del término expropiación, la Provincia y el Estado Nacional privaron a Azurix del uso y goce de los beneficios económicos razonablemente esperados de la Concesión y expropiaron sus inversiones”²¹⁷.

278. La Demandada cuestiona la definición de expropiación gradual a que llegó la Demandante. Sostiene que en esa definición falta un aspecto fundamental de la prueba relacionada con la noción de ilegalidad o irracionalidad: “sólo si los derechos contractuales de ABA fueron desconocidos por la Provincia puede evaluarse si hubo expropiación. Si la Provincia no desconoció los derechos contractuales de AZURIX,

²¹⁴ Memorial, pág.166.

²¹⁵ Ibid., cita de un estudio del Banco Mundial.

²¹⁶ Ibid., pág. 168.

²¹⁷ Ibid., pág. 180.

entonces no hay expropiación por la cual quejarse”²¹⁸. Según la Demandada, la Provincia actuó en todo momento de conformidad con la Ley y con el Contrato de Concesión. Por otra parte, ha habido una violación progresiva de ambos por parte de ABA, la que, desde el primer momento, trató de renegociar el Contrato de Concesión en términos más convenientes para su propia satisfacción y no ha cumplido las obligaciones que le corresponden en virtud del POES. Según Argentina, citando los casos *Lauder* y *S.D. Myers*, no se puede hacer caso omiso de la intención del gobierno de determinar si hubo o no expropiación:

“No es suficiente el efecto perjudicial en el valor económico de la propiedad. Las partes del Tratado [Bilateral] no son responsables del perjuicio económico que es consecuencia de una regulación adoptada de buena fe en el marco de las facultades de control aceptadas del Estado.”²¹⁹

“Ambos términos [equivalente y expropiación] requieren que un tribunal considere el fondo de lo sucedido y no sólo la forma. Un tribunal no debe verse impedido por consideraciones técnicas o superficiales de llegar a la conclusión de que hubo expropiación. Debe considerar los intereses reales involucrados y el objetivo y efecto de la medida de gobierno”²²⁰ (subrayado agregado por la Demandada).

279. La Demandada sostiene que nunca se puede considerar que el respeto de un contrato constituya expropiación. En el Contrato de Concesión se establece la estructura tarifaria para todo el plazo de la Concesión, y “un error en el cálculo del canon no podría invocarse para modificar las tarifas”²²¹. Si normalmente se considera que el riesgo de inversión que presentan los servicios públicos es bajo, como afirma Azurix, ello se debe a que el proveedor de servicios públicos conoce “de antemano el

²¹⁸ Memorial de Contestación, párr. 944.

²¹⁹ *Lauder v. Czech Republic*, CNUDMI, Laudo Final del 3 de septiembre de 2001. párr. 198, citado en la Contestación, párr. 950.

²²⁰ *S.D. Myers v. Canada*, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, párr. 285, citado en la Contestación, párr. 950.

²²¹ Memorial de Contestación, párr. 952.

régimen tarifario que se aplicará durante toda la concesión antes de realizar la Oferta”²²².

280. La Demandada afirma que el argumento sobre los activos irrecuperables presentado por Azurix no se aplica en este caso, pues fue la Provincia la que instaló la infraestructura y el canon se pagó “para poder ejercer el monopolio natural que la inversión hecha anteriormente por el Estado permite”²²³.

281. La Demandada observa en relación con los conflictos tarifarios que, salvo en un caso, todos ellos se referían al régimen no medido que era un régimen provisional, y que, en lo que respecta a la excepción, no hubo daños porque el alza de las tarifas solicitada estaba basada en un aumento de los costos que nunca existió. La Demandada se remite nuevamente al caso *S.D. Myers*, en que el tribunal sostuvo, basándose en los hechos del caso, que una medida transitoria no debía considerarse expropiación, pues “[l]as pruebas no respaldan la transferencia de la propiedad o del beneficio directamente a favor de otros. Se demoró simplemente una oportunidad”²²⁴. La Demandada señala que es preciso que transcurra un período razonable de tiempo para examinar si las medidas producen o no el efecto expropiatorio que se les atribuye, y que el transcurso del tiempo también interesa a los efectos de determinar en qué momento se produjo la expropiación:

“De acuerdo a la conducta de AZURIX... el conflicto de inversión estaba planteado el 5 de enero de 2001, esto es, sólo unos meses después de haber celebrado el contrato. Esta posición es insostenible y puramente especulativa. La operabilidad de una Concesión como la que tenía AZURIX en sus manos no se define en menos de dieciocho meses. Además, convalidar la actuación de AZURIX de la forma en que lo hizo significaría premiar profecías autocumplidas. AZURIX estaba impedido de negociar de buena fe porque era imposible que se produjera el conflicto de inversión que denunciaba”²²⁵.

²²² Ibid., párr. 953.

²²³ Ibid., párr. 957.

²²⁴ Ibid., párr. 967.

²²⁵ Ibid., párr. 971.

282. En la Réplica, la Demandante alega que las medidas que supuestamente equivalen a expropiación no se limitan a meros incumplimientos contractuales. Señala a la atención del Tribunal que el régimen tarifario incorporado en el contrato también representa “parte de un sistema *regulatorio* establecido por ley, mediante el cual el Organismo Regulador... —que no es directamente parte del contrato— interpreta unilateralmente el Régimen Tarifario y ejerce el poder de ordenar la implementación de sus interpretaciones. Esto no es una situación contractual normal, y la negativa del ORAB de interpretar e implementar adecuadamente el Régimen Tarifario no es un mero incumplimiento contractual, aunque también implique un incumplimiento de contrato”²²⁶.

283. La Demandante identifica como medidas equivalentes a una expropiación, además del repudio del régimen tarifario, el repudio por parte de la Provincia de sus declaraciones y garantías contenidas en las circulares y comunicados durante el curso de la licitación, la exhortación pública a que los usuarios no abonaran sus facturas en agosto de 1999 cuando se eliminó el subsidio de homogeneización, la exhortación pública por parte del Gobernador de la provincia y el Intendente de Bahía Blanca a que los usuarios no abonaran sus facturas de agua, las incorrectas declaraciones públicas de funcionarios provinciales que manifestaron que el Concesionario era enteramente responsable por el incidente o crearon histeria mediante la insinuación de que el agua era tóxica, las resoluciones del ORAB que no permitieron a ABA cobrar por la prestación de servicios, etcétera²²⁷.

284. La Demandante sostiene que, en todo caso, los incumplimientos contractuales pueden constituir expropiación y cita la legislación interna de los Estados Unidos, que es parte contratante en el TBI, en la que se define la expropiación como “cualquier derogación, repudio, o soslayo por parte de un gobierno extranjero de su propio contrato con un inversionista... y [que] afecte negativamente la continuidad de la operación del proyecto...”²²⁸. Según la Demandante, un incumplimiento de contrato o actuaciones que afecten derechos contractuales pueden constituir un acto de

²²⁶ Réplica, párr. 641.

²²⁷ Ibid., párrs. 643-644.

²²⁸ Ibid., párr. 647.

expropiación en ciertas circunstancias, entre ellas, si el incumplimiento de contrato es un acto o parte de una serie de actos que en su conjunto constituyen una expropiación gradual (caso *Waste Management*), un incumplimiento fundamental de un contrato, que ataque directamente la esencia del cumplimiento comprometido y afecte negativamente la continuidad de las operaciones del proyecto que es el objeto del contrato (*BP v. Libyan Arab Republic*), una conducta regulatoria que deniegue derechos contractuales o que requiera su modificación (*CME v. Czech Republic*), el repudio de derechos contractuales específicos o de un contrato en su totalidad (*Phillips Petroleum v. Iran*), y el incumplimiento de una cláusula de estabilización incluida en un contrato (*AGIP v. Congo*)²²⁹.

285. En cuanto a si la privación de derechos y beneficios es efímera, la Demandante observa que la cuestión relevante es la duración de la privación de derechos o beneficios, no la duración de los actos mismos de expropiación. En primer lugar, el derecho internacional no impone un estándar temporal firme que permita clasificar como más que efímero un lapso de tiempo determinado. Al respecto, la Demandante hace referencia a las Condiciones Generales de Garantía de Inversiones de Capital de MIGA, que requieren que la omisión de actuar por una agencia gubernamental continúe sin remediar durante un año. En segundo lugar, las medidas adoptadas por la Provincia eran de carácter permanente; se privó permanentemente a ABA de su derecho a eliminar el subsidio por homogenización o zonificación; también fue permanente el repudio de la Circular 52(A) y de los derechos contractuales, plasmados en los Artículos 7.8 y 12.1.1 del Contrato de Concesión, y a considerar el pago del Canon como una inversión. La Provincia adoptó medidas que resultaron en la denegación permanente del financiamiento multilateral de la Concesión; la Provincia también negó a Azurix en forma permanente la devolución de la parte no amortizada del pago del Canon, y repudió permanentemente los derechos contractuales a calcular las tarifas en dólares estadounidenses y ajustar las tarifas conforme a índices

²²⁹ Ibid., párr. 648.

estadounidenses. Estas medidas llevaron a ABA a la quiebra y al cierre permanente de sus actividades²³⁰.

286. Según la Demandante, el concepto planteado por la Demandada, a saber, que no puede haber expropiación sin que resulten afectados los derechos contractuales del inversor, hace caso omiso de la jurisprudencia y la doctrina. En su opinión, “[t]oda acción contraria a las expectativas legítimas de un inversionista que constituyan la norma o que hayan sido creadas por el gobierno también puede equivaler a una expropiación”²³¹. La Demandante se remite a una abundante jurisprudencia para demostrarlo: “Los casos *Middle East Cement, Goetz, Metalclad, Tecmed*, y otros casos más recientes demuestran que las acciones de un Estado no necesitan afectar derechos contractuales formales para que constituyan una expropiación. Contrariamente a las aseveraciones del Gobierno argentino, la jurisprudencia muestra que las acciones que tienen el efecto de privar al inversionista extranjero de los ‘beneficios económicos que razonablemente pueden esperarse que deriven de la inversión’ pueden equivaler a una expropiación, aún cuando las acciones no afecten o alteren derechos contractuales”²³².

287. Según la Demandante, también constituye expropiación el repudio de un Estado de las garantías previas otorgadas a los inversores, o la negativa de otorgar garantías de que cumplirá sus obligaciones, “que priva al inversionista, en todo o en gran parte, del uso o del beneficio económico que puede razonablemente esperarse que se derive de la inversión... De igual modo, Azurix fue privada del beneficio económico que razonablemente podía esperarse se derive de su inversión en la Concesión, y tiene derecho a compensación por dicha expropiación”²³³.

288. La Demandante alega además que la pérdida del control de la inversión equivale a expropiación. Las medidas adoptadas no sólo eliminaron los beneficios financieros de la Concesión, cuya sostenibilidad económica se volvió imposible, sino que además despojaron a la inversión de su seguridad jurídica. La Demandante se

²³⁰ Ibid., párr. 655.

²³¹ Ibid., párr. 660.

²³² Ibid., párr. 666.

²³³ Ibid., párr. 228.

basa especialmente en el caso *Revere*, en que el tribunal dictaminó que “las acciones del gobierno fueron expropiatorias debido a que soslayaron derechos contractuales, lo que redundó en la imposibilidad del inversionista de efectuar decisiones racionales y calculadas sobre la base de derechos contractuales conocidos, causando al inversionista una pérdida de control sobre su inversión”²³⁴.

289. En su Dúplica, la Demandada explica que su referencia a los derechos contractuales en el Memorial de Contestación obedeció al hecho de que Azurix había basado sus reclamaciones en violaciones de los derechos contractuales. La Demandada se remite luego a los casos *Serbian Loans*, *Woofruff*, *ELSI* y especialmente *Vivendi*, *SGS v. Pakistan* y *SGS v. Philippines* para refutar la afirmación de que las reclamaciones contractuales se deben entablar ante tribunales arbitrales. Está claro, según la Demandada, que “los tribunales arbitrales no aceptan oír reclamos contractuales domésticos como si fueran reclamos internacionales genuinos”²³⁵. La Demandada aduce que, si “el Tribunal entendiera la sustancia del reclamo como la entiende AZURIX, el Tribunal carecería de jurisdicción y el laudo sería claramente nulo”²³⁶.

290. La Demandada alega luego que Azurix introduce una confusión al sostener que las cláusulas “paraguas” son aplicables más allá de los acuerdos de inversión específicos; en realidad, esas cláusulas sólo pueden ser invocadas en caso de violación de un acuerdo de inversión, pero no en el caso de violación de un contrato de concesión regido por el derecho administrativo interno y con cláusula de foro pactada: “AZURIX confunde intencionalmente Acuerdo de Inversión con inversión, términos que no son equivalentes ni fusionables”²³⁷.

291. Argentina también se opone a que se interprete el TBI en forma favorable al inversor. Al proteger en términos generales a los inversores y las inversiones, los tratados se convertirían en garantías y seguridades, lo que eliminaría la noción de riesgo y empresa enunciada por el tribunal en el caso *Tecmed*. Según Argentina, el

²³⁴ Ibid., párr. 681.

²³⁵ Dúplica, párr. 971. Énfasis en el original.

²³⁶ Ibid., párr. 980.

²³⁷ Ibid., párr. 981.

Tribunal en ese caso al “considerar los elementos que conformaban el estándar que prohíbe las expropiaciones sin compensaciones, lejos estuvo de sostener presunciones interpretativas amplias y vagas a favor del inversionista basándose en los supuestos propósitos de los TBI. Por el contrario, reconoció el principio de deferencia al Estado para definir las razones de interés o utilidad públicas en las que funda su actuación”²³⁸.

292. Argentina alega que, en la Réplica, la Demandante intenta reformular el estándar de modo que se lea “exactamente igual a lo que protegen las cláusulas paraguas (*umbrella clauses*)”. Según Argentina, la Demandante sostiene que algunas de las acciones eran expropiatorias *per se*. La Demandada explica que en una expropiación progresiva ninguna acción es expropiatoria en sí y basa su afirmación en la opinión disidente de Keith Highet en el caso *Waste Management*:

“expropiación progresiva” consta de cierto número de elementos, ninguno de los cuales puede constituir, por separado, el ilícito internacional. Esos elementos constituyentes incluyen el no pago, no reembolso, cancelación, denegación de justicia, práctica de exclusión real, trato no conforme, obstáculos legales incongruentes y demás. La “medida” en cuestión es la expropiación en sí misma y no meramente una parte subcomponente de la expropiación”²³⁹.

293. La Demandada también cita el caso *Santa Elena*:

“Como es sabido, hay una amplia variedad de medidas que un Estado puede tomar para dejar sentado su control sobre un bien, desde imponer una reglamentación limitada a su uso hasta privar total y formalmente al propietario de su título de propiedad. De igual modo, el tiempo que dura el proceso puede variar desde una toma de posesión inmediata y total hasta una toma de posesión gradual que poco a poco llegue a un punto en que pueda decirse que el propietario ha perdido realmente todos los atributos de la propiedad. Está claro, sin embargo, que una medida o una serie de medidas pueden a la larga equivaler a una toma de posesión o una transferencia del título. Lo que es

²³⁸ Ibid., cita en el párr. 985.

²³⁹ Ibid., cita en el párr. 1001.

preciso determinar es hasta qué punto las medidas adoptadas han privado al propietario del control normal de su propiedad”²⁴⁰.

294. Además, según la Demandada, lo que importa en una expropiación progresiva no es la duración de los efectos sino la intensidad del proceso de expropiación. La Demandada rebate la afirmación de la Demandante de que el derecho internacional establece un plazo fijo para determinar si existe una expropiación progresiva; sólo se necesita que transcurra un lapso razonable. La Demandada también refuta la interpretación de las Condiciones Generales de MIGA y señala que han sido citadas sólo parcialmente por la Demandante. Tales Condiciones requieren que, respecto de algunas medidas, la empresa interesada no haya podido funcionar sin pérdidas durante tres años. En todo caso, el plazo correría a partir de la medida que culmina en la expropiación, ya que ninguna de las medidas anteriores constituía *per se* expropiación.

295. La Demandada concluye que el efecto individual de cada medida nunca puede ser expropiatorio; para determinar si una serie de medidas tiene efecto expropiatorio, debe medirse la intensidad del proceso globalmente considerado; el efecto expropiatorio debe prolongarse en el tiempo hasta consolidarse y poder ser considerado un efecto permanente; el lapso que debe transcurrir no está definido por el derecho internacional como un algoritmo, sino que exige el transcurso de un plazo razonable²⁴¹.

296. La Demandada no está de acuerdo con la insistencia de Azurix en centrarse exclusivamente en el efecto de las medidas como elemento esencial para determinar si ha habido expropiación. Hay otro elemento, a saber, es preciso que el inversor tenga derecho a recibir el trato específico esperado: “Si no existe un derecho legal a ser tratado de tal o cual modo, no puede considerarse que alguien ha sido expropiado por haber sido tratado conforme al orden legal aplicable”. Al respecto, la Demandada se refiere al fallo del tribunal en el caso *Feldman* según el cual ni el TLCAN ni los principios del derecho internacional consuetudinario requieren que un

²⁴⁰ Ibid., cita en el párr. 1003.

²⁴¹ Ibid., párr. 1017.

Estado permita un mercado gris de exportación de cigarrillos. La ley mexicana no otorga a los revendedores de cigarrillos el derecho a exportar cigarrillos y la inversión de la Demandante permaneció bajo su control absoluto y con el derecho a exportar otros productos mexicanos²⁴².

297. Además, la Demandada sostiene que no se puede separar el efecto de las medidas de la intención de éstas, como ha hecho Azurix. La intención es importante para hacer una distinción entre regulación legítima y regulación confiscatoria. La Demandada se refiere con aprobación a la declaración en el caso *Feldman* de que:

“no toda la actividad reglamentaria del gobierno que le dificulta o imposibilita a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de leyes existentes que torna antieconómico continuar un determinado negocio constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110. En el ejercicio de sus poderes regulatorios, los gobiernos frecuentemente cambian sus leyes y regulaciones en respuesta a los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales. Estos cambios bien pueden tornar algunas actividades menos rentables o inclusive antieconómicas”²⁴³.

298. La Demandada se refiere asimismo al caso *Generation Ukraine*:

“La previsibilidad es uno de los objetivos más importantes de todo sistema jurídico. Sería útil saber de antemano y con absoluta certeza si ciertos hechos quedan comprendidos en la definición de expropiación ‘indirecta’. El sentimiento de respeto por las expectativas legítimas se acrecentaría si fuese absolutamente evidente por qué, en el contexto de una decisión determinada, un tribunal arbitral decidió que una acción u omisión gubernamental había cruzado la línea que define los actos que equivalen a una expropiación indirecta. Pero no existe una lista de control ni una prueba mecánica para lograr ese propósito. Las consideraciones decisivas varían de un caso a otro, y dependen no sólo de los hechos específicos de un agravio, sino además de la forma en que se presentan

²⁴² Ibid., párr. 1022.

²⁴³ Ibid., párr. 1024. Traducción del Tribunal.

las pruebas y de los fundamentos de derecho alegados. El resultado es una apreciación, es decir, el producto del discernimiento, y no la hoja de salida de un programa informático”²⁴⁴.

299. Al dictar sentencia, el tribunal del caso *Generation Ukraine* estableció ciertos criterios negativos que la Demandada cita en apoyo de su argumento de que el mero efecto no basta:

“El hecho de que una inversión haya perdido todo valor evidentemente no significa que hubo un acto de expropiación; las inversiones siempre entrañan un riesgo. Tampoco es suficiente para el decepcionado inversionista señalar una iniciativa o una omisión del gobierno que pueda haber contribuido a su mala fortuna. Y tampoco basta que un inversionista aproveche un acto de mala administración, por bajo que sea el nivel de la autoridad gubernamental pertinente, para abandonar su inversión sin hacer ningún esfuerzo por invalidar la falta administrativa y luego alegar que hubo delito internacional sobre la base de que había existido una virtual expropiación sin compensación. En esos casos, un tribunal internacional puede estimar que el no haber tratado de obtener reparación de las autoridades nacionales descalifica la demanda internacional, no porque exista el requisito de agotar los recursos locales, sino porque la realidad misma de una conducta equivalente a expropiación resulta dudosa ante la falta de un intento razonable —aunque no necesariamente exhaustivo— de parte del inversionista de obtener corrección” (traducción al español del traductor).

300. Además:

“El Demandante no tiene, por cierto, obligación formal de agotar los vías judiciales locales antes de recurrir al arbitraje del CIADI de conformidad con el TBI. No obstante, al no poder apreciarse una violación *per se* del TBI a partir de la conducta pertinente de la administración estatal de la Ciudad de Kiev, en este caso la única posibilidad de que la serie de reclamaciones relativas a cuestiones

²⁴⁴ Ibid., cita en el párr. 1027. Traducción del Tribunal.

altamente técnicas de la ley de planificación de Ucrania se convierta en una violación del TBI sería que se denegara justicia al Demandante ante los tribunales ucranianos en un intento de buena fe de resolver esas cuestiones técnicas”²⁴⁵.

301. Argentina está de acuerdo con esta consideración del tribunal “con el objeto de evitar convertirse en un tribunal administrativo que revise minuciosamente las acciones y omisiones de los órganos administrativos del Estado anfitrión”²⁴⁶.

302. En lo que respecta a la protección de las expectativas del inversor, la Demandada afirma que los casos aducidos por la Demandante no respaldan los argumentos de ésta porque la demanda de Azurix está basada enteramente en supuestos incumplimientos contractuales de la Provincia²⁴⁷. Refiriéndose a los casos concretos, Argentina sostiene que el tribunal que conoció del caso *Aminoil* nunca analizó si Kuwait había expropiado las expectativas legítimas de la empresa privada de petróleo, pero consideró que se habían expropiado derechos contractuales. Las expectativas legítimas no son la base de la expropiación sino la medida de la indemnización. Argentina considera que lo mismo sucede en el caso *Middle East Cement*. Ese caso sencillamente demuestra que los derechos contractuales del inversor se pueden expropiar incluso cuando un contrato no ha sido rescindido formalmente, y sus derechos contractuales han sido revocados de hecho. Argentina señala que, en el caso *Goetz*, el Tribunal no se pronunció sobre las expectativas legítimas, pero sobre si los derechos conferidos por un acto unilateral –tal como la concesión de una licencia- también son susceptibles de expropiación. Argentina considera que los casos *Metalclad* y *Tecmed* tampoco respaldan el argumento de Azurix porque en ninguno de esos casos México había celebrado un contrato con el inversor, razón por la cual era imposible que los tribunales se expidiesen a favor de la expropiación de derechos contractuales²⁴⁸.

²⁴⁵ Ibid., cita en el párr. 1029. Traducción del Tribunal.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Ibid., párr. 1049.

²⁴⁸ Ibid., párr. 1053-1062.

303. La Demandada hace hincapié en que no hubo incumplimientos contractuales por parte de la Provincia y que, si los hubiera habido, como se sostuvo en el caso *Waste Management*, no daban origen a responsabilidad internacional:

“En opinión del Tribunal, una empresa no es expropiada sólo porque no se pagan sus deudas o porque se violan otras obligaciones contractuales para con la misma. En el presente caso no hubo repudiación de la transacción y, si bien el Ayuntamiento firmó el Título de Concesión sobre la base de una evaluación excesivamente optimista de su potencialidad, también lo hizo Acaverde. No es función del Artículo 1110 indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan, ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado que equivalga a una paralización o confiscación virtual de la empresa”²⁴⁹.

304. Asimismo:

“El Tribunal concluye que una cosa es expropiar un derecho emanado de un contrato y otra cosa es incumplir el contrato. El incumplimiento por parte de un gobierno con obligaciones contractuales no es lo mismo ni es equivalente a una expropiación. En el presente caso, la Demandante no perdió sus derechos contractuales, los que podía libremente reclamar ante el foro contractualmente elegido. La ley sobre incumplimiento de contratos no se esconde en los intersticios del Artículo 1110 del TLCAN. Por el contrario, es necesario demostrar la privación efectiva de un derecho, privación no reparada por ningún recurso a disposición de la Demandante, lo que tiene el efecto de impedir el ejercicio de ese derecho a pleno o hasta cierto punto sustancial.”²⁵⁰.

305. La Demandada concluye haciendo referencia al Marco Regulatorio, el Pliego de Bases y Condiciones y el Contrato de Concesión. La Demandada afirma que las circulares y los comunicados no podían modificar en forma sustancial el régimen contractual establecido, que había sido conocido y aceptado por Azurix y por ABA, razón por la cual “no es posible que AZURIX pueda interpretar, de buena fe, que hayan

²⁴⁹ Ibid., cita en el párr. 1063.

²⁵⁰ Ibid., cita en nota de pie de página 885.

sido generados supuestos derechos o expectativas, los cuales se encontrarían manifiestamente en pugna con ese sistema normativo”²⁵¹.

(b) Consideraciones del Tribunal

306. Los argumentos de las partes plantean cuestiones que van desde si el TBI debería interpretarse a favor del inversor hasta los requisitos de las medidas de expropiación en cuanto a efectos, intención y duración, y si dichas medidas pueden o no ser necesariamente incumplimientos contractuales que en forma acumulativa pueden equivaler a una expropiación o la apropiación de los beneficios legítimamente esperados por el inversor. El Tribunal pasa ahora a abordarlos en el orden enunciado.

(i) Interpretación del TBI

307. El Tribunal considera que el TBI no debe interpretarse a favor o en contra del inversor. El TBI es un tratado internacional y debe interpretarse de acuerdo con las normas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“la Convención de Viena”), que es de cumplimiento obligatorio para los Estados parte en el TBI. En el párrafo 1 del Artículo 31 de esa Convención se estipula que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y finalidad”. El Tribunal observa que el propio TBI es un instrumento convenido por los dos Estados parte con el fin de promover y proteger la inversión. En el preámbulo del TBI, las partes acordaron que “a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones.” Por lo tanto, el propio TBI es un documento que exige determinado trato de las inversiones que las partes han considerado necesario para “estimular el flujo de capital privado”. Al interpretar el TBI, el Tribunal debe tener presente el objetivo que las partes tuvieron en mira al celebrarlo.

²⁵¹ Ibid., párr. 1067.

(ii) Efectos, intención y duración de las medidas de expropiación

308. Las partes están de acuerdo en que, consideradas en forma acumulativa, distintas medidas que en forma independiente tal vez no sean medidas expropiatorias, pueden tener efectos equivalentes a una expropiación directa. También están de acuerdo en la variada naturaleza de las medidas posibles, incluido el incumplimiento de contrato: la Demandada afirma que si “los derechos contractuales de ABA fueron desconocidos por la Provincia, puede evaluarse si hubo expropiación”²⁵². La Demandada ha invocado la definición de la expropiación gradual del Sr. Highet, que incluye la falta de pago y de reembolso entre los ejemplos de sus posibles elementos constituyentes, elementos que se refieren a cumplimientos contractuales. Por otra parte, la Demandada también ha aducido la afirmación en *Waste Management* de que el incumplimiento del contrato no es lo mismo que la expropiación de un derecho contractual.

309. Las partes no están de acuerdo acerca de la pertinencia de tomar en cuenta la intención tenida en mira por las medidas en cuestión y el tiempo necesario para que éstas se conviertan definitivamente en una expropiación progresiva. Que se deban considerar sólo los efectos de las medidas equivalentes a una expropiación o tanto los efectos como la finalidad de las medidas es una cuestión respecto de la cual no están de acuerdo las partes ni los tribunales arbitrales. En el caso *Santa Elena*, en el que la Demandada encontró un punto de referencia útil para el concepto de expropiación gradual, el Tribunal no tuvo en cuenta el fin medioambiental de las medidas de expropiación: “Las medidas medioambientales expropiatorias —no importa cuán loables y beneficiosas para toda la sociedad— son, en este sentido, similares a cualquier otra medida expropiatoria que un Estado puede tener en cuenta para aplicar sus políticas: cuando hay expropiación de bienes, aun con fines medioambientales, ya sea de orden nacional o internacional, se mantiene la obligación del Estado de pagar

²⁵² Memorial de Contestación, párr. 180.

una indemnización”²⁵³. El mismo tribunal encontró convincente la conclusión en *Tippetts* de que “[l]a intención del gobierno es menos importante que los efectos que tienen las medidas en el propietario, y la forma que adoptan las medidas de control o interferencia es menos importante que la realidad de su impacto” ²⁵⁴.

310. Para el Tribunal, la cuestión no es tanto si la medida de que se trata es legítima y sirve a un fin público, sino si se trata de una medida que, siendo legítima y sirviendo a un fin público, debería dar lugar a una reclamación de indemnización. En el ejercicio de su función pública, los gobiernos adoptan toda clase de medidas que pueden afectar el valor económico de las inversiones, sin que dichas medidas den lugar a la necesidad de pagar una indemnización. En el caso *S.D. Myers*, el tribunal llegó a la conclusión de que la finalidad de una medida reglamentaria es un criterio útil para distinguir las medidas por las cuales el Estado no sería responsable: “Las partes [en un Tratado Bilateral] no son responsables por el perjuicio económico derivado de la reglamentación de buena fe dentro de los poderes de policía aceptados del Estado”²⁵⁵. Este Tribunal considera que dicho criterio es insuficiente y comparte la inquietud expresada por el juez R. Higgins, quien cuestionó que la diferencia entre expropiación y reglamentación sobre la base de la finalidad pública fuera viable desde el punto de vista intelectual:

“¿No pretende en ambos casos el Estado (es decir, apropiándose por causa de utilidad pública o mediante la reglamentación) actuar en beneficio del bien común? Además, ¿no ha sufrido el dueño del bien en cuestión una pérdida? Según las normas de derecho internacional, una reglamentación que (en virtud de su alcance y efectos) entrañara una apropiación debería ser "por causa de utilidad pública" (en el sentido de que obedezca a un fin general, y no a un interés privado). Por otra parte, debería ser objeto de una indemnización justa.

²⁵³ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo de 17 de febrero de 2000, párr. 72.

²⁵⁴ *Ibid.*, párr. 77. Traducción del Tribunal.

²⁵⁵ Memorial de Contestación, cita en párr. 950.

Al mismo tiempo, las interferencias en la propiedad por razones de reglamentación económica y financiera se toleran en gran medida”²⁵⁶.

311. El argumento planteado por el tribunal en *S.D. Myers* es en cierta manera contradictorio. Según este argumento, el TBI exigiría que las inversiones no sean expropiadas salvo por razones de utilidad pública y que sean indemnizadas si tal expropiación tiene lugar y, al mismo tiempo, las medidas reglamentarias que puedan equipararse a una expropiación no darían lugar a una reclamación de indemnización si hubieran sido tomadas con fines de utilidad pública. El criterio de la utilidad pública como criterio adicional al efecto de las medidas en cuestión debe complementarse. Las partes, en sus intercambios, se han referido a las conclusiones del tribunal en *Tecmed*. El tribunal de ese caso se orientó por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en particular por el caso *James y otros*. La Corte sostuvo que “una medida que prive a una persona de sus bienes [debe] estar encaminada, en la práctica y en principio, a un objetivo legítimo ‘de interés público’” y debe guardar “una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se pretende alcanzar”. Esta proporcionalidad no existirá si la persona de que se trate soportara “una carga personal y excesiva”. La Corte consideró que la “medida [de que se trate] debe ser adecuada para lograr su objetivo y no debe ser desproporcionada al efecto”. La Corte consideró pertinente que los extranjeros “en general no hayan participado en la elección o designación de sus autores [de la medida] ni hayan sido consultados sobre su adopción”, y señaló que “tal vez haya una razón legítima para exigir que los ciudadanos soporten una carga mayor del interés público que los extranjeros”²⁵⁷.

312. El Tribunal considera que estos elementos adicionales brindan una orientación útil a los fines de determinar si las medidas reglamentarias serían expropiatorias y darían lugar al pago de una indemnización.

²⁵⁶ “The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law”, 176 *Recueil des Cours* (1982), pág. 331. Traducción del Tribunal.

²⁵⁷ *En el caso de James y otros*, sentencia de 21 de febrero de 1986, párrafos 50 y 63, y *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), párrafos 121-122. Traducción del Tribunal.

313. Las partes también tienen distintas opiniones acerca del tiempo que debe transcurrir para que un conjunto de medidas tenga un efecto expropiatorio. En el derecho internacional no existe un plazo establecido para que las medidas que constituyen una expropiación gradual produzcan tal efecto. Ello dependerá de las circunstancias específicas del caso. Los tribunales arbitrales han considerado que una medida no es efímera si los bienes estuvieron fuera del control del inversor durante un año (*Wena*) o una licencia de exportación estuvo suspendida durante cuatro meses (*Middle East Cement*), o que la medida fue efímera si duró tres meses (*S.D. Myers*). Estos casos se referían a una sola medida. Cuando se consideran varias medidas, ello dependerá de la duración de su efecto acumulado. Lamentablemente, no existe una fórmula matemática para obtener un resultado automático. El tiempo que debe transcurrir debe determinarse atendiendo las circunstancias específicas de cada caso. Como lo expresó el tribunal en el caso *Generation Ukraine*: “El resultado es una apreciación, es decir, el producto del discernimiento, y no la hoja de salida de un programa informático”²⁵⁸.

(iii) Incumplimiento contractual y expropiación

314. Es de amplia aceptación en la jurisprudencia y la doctrina que los derechos contractuales puedan ser expropiados. La discusión entre las partes se refiere más a la cuestión de si, en las circunstancias del caso de autos, los supuestos incumplimientos de la Provincia pueden considerarse como tales. Como lo afirmó reiteradamente la Demandada, con sus actuaciones la Provincia no hizo más que cumplir con el Contrato de Concesión y el marco reglamentario. Por lo tanto, de acuerdo con la Demandada, ABA no tenía los supuestos derechos que presuntamente la Provincia ignoró.

315. El Tribunal reconoce que los incumplimientos contractuales de un Estado parte o de uno de sus organismos normalmente no constituirían expropiación. Que uno o varios de dichos incumplimientos puedan considerarse medidas equivalentes a una expropiación dependerá de si el Estado o un organismo suyo ha incumplido el contrato

²⁵⁸ Dúplica, cita en párrafo 1027.

en el ejercicio de su autoridad soberana, o como parte en un contrato. Como ya se señaló, un Estado o sus organismos pueden cumplir deficientemente un contrato, pero ello no redundará en un incumplimiento de las disposiciones del tratado, “a menos que se pruebe que el Estado o una dependencia de éste ha ido más allá de su función como mera parte en el contrato, y ha ejercido las funciones específicas de un soberano”²⁵⁹. Al considerar cada uno de los fundamentos que la Demandante ha esgrimido para justificar su reclamación por expropiación y en la medida en que puedan caracterizarse como incumplimientos del Contrato de Concesión, el Tribunal los evaluará desde la perspectiva de posibles incumplimientos del TBI y de si denotan el ejercicio de funciones específicas de un soberano.

(iv) Expectativas legítimas

316. La cuestión de si una expropiación puede tener lugar sin afectar formalmente los derechos contractuales ha sido discutida por las partes en el contexto de la frustración de las legítimas expectativas del inversor cuando un Estado desconoce garantías dadas anteriormente, o se niega a cumplir sus obligaciones, privando de esa manera al inversor, en todo o en una parte importante, del uso de su inversión o del beneficio económico que razonablemente cabe esperar de ella. El caso *Tecmed* es un ejemplo claro en el que un tribunal tuvo en cuenta las expectativas del inversor. Argentina ha desestimado la pertinencia de este caso teniendo en cuenta que México no había suscrito un contrato con el inversor. De hecho, el tribunal en ese caso consideró atribuible a México, en calidad de soberano, algunos actos que frustraron las expectativas generadas en el inversor aún cuando México no era parte en el contrato. El tribunal determinó que la conducta del INE, el organismo federal mexicano que emitió la licencia, era atribuible al gobierno. Por lo tanto, las consideraciones de ese tribunal tienen importancia para el caso de autos:

“Las circunstancias de orden político y social... que condicionaron decisivamente la emisión de la Resolución, se manifestaron en toda su envergadura luego de que la inversión fue realizada en parte sustancial, y no pudieron ser

²⁵⁹ *Consortium FRCC c. Royaume du Maroc* (Caso CIADI. No. ARB/00/6), Laudo arbitral, párrafo 65. Véase también *Impregilo*, párrafo 260. Traducción del Tribunal.

razonablemente previstas o esperadas por la Demandante con la extensión, efectos y repercusiones o consecuencias que dimanaron de tales circunstancias. No cabe duda que aún sin contar Cytrar con una autorización de tiempo indeterminado, y ser en vez de ello titular de una autorización prorrogable o renovable año a año, la expectativa de la Demandante era siempre la de un inversor a largo plazo que cuenta con la recuperación de su inversión y el retorno estimado a través de la operación del Confinamiento durante la vida útil de éste.”²⁶⁰.

317. El tribunal luego agrega:

“Tanto la autorización para funcionar del Confinamiento de mayo de 1994, como las ulteriores otorgadas por el INE, incluida la Autorización, se basaban en la Declaración de Impacto Ambiental de abril de ese año, en la que se preveía una vida útil de diez años para el Confinamiento, que demuestra que ya con anterioridad a la inversión por la Demandante era valor entendido y aceptado por todos que inversiones en el Confinamiento se aplicaban a una operación de larga duración que sería tenida en cuenta por el inversor al estimar el tiempo y ritmo necesarios para recuperarla y obtener el retorno esperado al hacer su oferta para la adquisición de los bienes relativos al Confinamiento. A los efectos de evaluar si conducta atribuible a la Demandada—tal como la Resolución—es también violatoria del Acuerdo, tales expectativas de la Demandante deben considerarse legítimas y apreciadas como tales a la luz del Acuerdo y del derecho internacional”²⁶¹.

318. Este caso demuestra que las expectativas no siempre se basan en un contrato sino en garantías expresas o implícitas, o en declaraciones formuladas por el Estado, que el inversor tuvo en cuenta para hacer la inversión. Por ejemplo, ese tribunal tuvo en cuenta la declaración de 1994 y la necesidad implícita del funcionamiento del vertedero a largo plazo para que el inversor pudiera obtener un

²⁶⁰ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), párr. 149.

²⁶¹ *Ibid.*, párr. 150.

rendimiento razonable de la inversión prevista aún cuando el permiso específico era sólo por un año. En el caso ante este Tribunal, la Demandada ha cuestionado el hecho de que la Provincia pueda haber generado cualquiera de las supuestas expectativas, toda vez que hay un conflicto entre éstas y el sistema normativo²⁶². Si existe realmente un conflicto entre dichas expectativas y el sistema normativo de la Concesión, y si se han visto frustradas en la medida de privar al inversor de los beneficios de la inversión son las cuestiones que el Tribunal va a decidir.

319. Las medidas y los actos ejecutados por la Provincia a considerar con el fin de determinar si representaron una expropiación son aquéllos relacionados con los llamados conflictos tarifarios, la recuperación del Canon, las obras previstas en la Circular 31(A) y las consecuencias para la capacidad de ABA de obtener financiamiento. Los actos de las autoridades provinciales en el caso del primer conflicto tarifario y las obras de Bahía Blanca excedieron todo derecho contractual, ya que se invitó a los clientes a no pagar las facturas incluso antes de que se resolviera el recurso administrativo interpuesto por ABA contra la decisión del ORAB o a pesar del hecho de que la Provincia no había terminado las obras del dique Paso de las Piedras que se había comprometido a terminar, según había declarado a la fecha de la licitación de la Concesión. Lo mismo puede decirse de las amenazas públicas contra funcionarios del ORAB por permitir que ABA reanudara la facturación de los servicios a los clientes después del incidente de Bahía Blanca. Estos ejemplos demuestran la politización de la Concesión, como H&S señaló, y la falta de compromiso de las nuevas autoridades provinciales con el proceso de privatización iniciado por sus predecesores.

320. La falta de colaboración de las autoridades también es evidente en la postergación de la solución del asunto de las variaciones constructivas, cuando se demostró que la información suministrada a los licitantes había sido incorrecta, y de la terminación de las obras previstas en la Circular 31(A). Si bien no se había especificado ninguna fecha para terminarlas, el porcentaje de las obras concluidas dado a conocer a los licitantes y las fechas de finalización que constaban en los respectivos contratos crearon la expectativa razonable de que las obras se terminarían.

²⁶² Dúplica, párr. 1067.

Incluso si ABA no tenía derecho, en virtud del Contrato de Concesión, a una revisión de las tarifas que le permitiera recuperar el Canon, tenía el derecho de recuperarlo en la medida en que fuera posible dentro del marco tarifario vigente, de modo que las declaraciones formuladas por funcionarios públicos en el sentido de que el Canon no era recuperable no se ajustaban a las condiciones financieras de la Concesión. Tampoco hay duda de que la imagen de la Concesionaria frente a sus clientes se vio perjudicada por la actuación de la Provincia en momentos en que resultaba crucial que el servicio privatizado se afianzara.

321. Sin embargo, la politización de la Concesión o las medidas adoptadas por la Provincia no fueron la única causa por la cual la OPIC se negó a otorgar financiamiento. La carta de la OPIC también se refería a las necesidades de capital de la Concesión en comparación con los ingresos generados por el nivel de tarifas vigente, si no se modificaba el régimen tarifario. Las conclusiones a las que llegó el Tribunal sobre la recuperación del Canon y el RPI también son significativas a los fines de la determinación del grado de impacto que las medidas de la Provincia tuvieron en la inversión de Azurix. El Tribunal no concuerda con la interpretación dada por la Demandante a las disposiciones de la Ley y la Concesión respecto de estas cuestiones. De no ser así, el Tribunal estaría de acuerdo en que las violaciones del Contrato de Concesión habrían tenido un efecto devastador para la viabilidad financiera de la Concesión; sin embargo, la Demandante no ha convencido al Tribunal de que su interpretación de dichas disposiciones sea la correcta.

322. Por lo tanto, el Tribunal considera que los efectos en la inversión atribuibles a las medidas de la Provincia no permiten concluir que, en conjunto, esas medidas representaran una expropiación; Azurix no perdió los atributos de la propiedad, continuó controlando a ABA en todo momento y retuvo la propiedad del 90% de las acciones. Sin duda la gerencia de ABA se vio afectada por las medidas adoptadas por la Provincia, pero no en grado suficiente como para que el Tribunal concluya que se expropió la inversión de Azurix.

323. El Tribunal pasará ahora a considerar si se violaron los otros estándares de protección establecidos por el TBI, como sostiene Azurix. El Tribunal ha agrupado bajo el título de “Trato justo y equitativo” las alegaciones hechas respecto de “Transparencia”

2. Trato justo y equitativo

(a) Posiciones de las partes

324. Azurix se remite en primer lugar al inciso a) del párrafo 2) del Artículo II del TBI, en el que se dispone que “se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones...y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”. En el TBI se hace hincapié en este trato al incluirse en el preámbulo: “[c]onvinando en que, a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones...” Azurix señala que el TBI no incluye la definición de la expresión “justo y equitativo” y que el debate sobre su significado gira en torno a si la frase es equivalente al estándar mínimo establecido por el derecho internacional o si “ la frase representa un principio independiente y autónomo, que debe interpretarse conforme al ‘sentido corriente’ en virtud del principio general consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su Artículo 31”²⁶³.

325. La Demandante aduce que, de acuerdo con el texto del Artículo II(2)(a), la doctrina y la jurisprudencia, la frase en cuestión no se refiere al nivel mínimo. En particular, se basa en la opinión de F.A. Mann:

“los términos tratamiento justo y equitativo comprenden una conducta que excede por mucho el estándar mínimo y que brinda una mayor protección de conformidad con un estándar mucho más objetivo que cualquier otra selección de palabras previamente utilizada. Un tribunal no se preocuparía de si se trata de un estándar mínimo, máximo o promedio. Deberá decidir si en todas las circunstancias la conducta en cuestión resulta justa y equitativa o injusta e

²⁶³ Memorial, pág. 181.

inequitativa. No es probable que ningún estándar definido por otras palabras sea relevante. Los términos deben entenderse y aplicarse en forma independiente y autónoma”²⁶⁴.

326. La Demandante analiza el texto de la disposición y considera que la coma que separa la frase “trato justo y equitativo” del trato exigido por el derecho internacional parecería indicar una secuencia de estándares e indica claramente que este último estándar está pensado como un estándar autónomo, independiente del primero. Más aún, la frase introductoria “en ningún caso... menos favorable que el que exige el derecho internacional” parece establecer el estándar del derecho internacional como exigencia mínima en función de la cual, *ipso facto*, se debe considerar que el estándar de “trato justo y equitativo” constituye una exigencia mayor y más rigurosa”²⁶⁵.

327. La Demandante destaca que en un documento de UNCTAD sobre el significado de la expresión “trato justo y equitativo”, se llega a la conclusión de que “estas consideraciones apuntan hacia un trato justo y equitativo que *no* es sinónimo del estándar mínimo del derecho internacional”²⁶⁶.

328. La Demandante se refiere al caso *Pope & Talbot*, y al hecho de que en ese caso el tribunal había citado extensamente el artículo de F.A. Mann y el documento de la UNCTAD para fundamentar su punto de vista. Ese tribunal sostuvo que el estándar estipulado en el TLCAN era diferente del estándar mínimo exigido por el derecho internacional y consideró que “el cumplimiento de los elementos de justicia debe determinarse en forma independiente de cualquier límite mínimo que pueda resultar aplicable para la evaluación de medidas en función del estándar mínimo del derecho internacional”. El tribunal rechazó la noción de que la conducta del Estado debía ser ‘reprochable’, ‘ofensiva’ o ‘paralizante’ o, de algún otro modo, extraordinaria, que es el estándar aplicado en el caso *Neer*²⁶⁷.

²⁶⁴ F.A. Mann, “*British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*,” 52 *Brit. & B. International Law* (1982) p. 244. Citado en el Memorial, pág. 181.

²⁶⁵ Memorial, pág. 182.

²⁶⁶ UNCTAD, “*Fair and Equitable Treatment*,” No. E. 99, II.D.15 (1999) Citado en el Memorial, pág. 182.

²⁶⁷ Memorial, págs. 182-183.

329. La Demandante hace referencia también al significado corriente de “justo y equitativo”. “Justo” significa imparcial y honesto, libre de prejuicios, favoritismos e intereses personales; “equitativo” significa justo, conforme a los principios de justicia y derecho.

330. La Demandante alega que Argentina infringió ese estándar porque, como ocurrió en el caso *Pope & Talbot*,

“la Inversión de Azurix quedó sujeta a las acciones de la Provincia, en particular, a la negativa de suministrar la información necesaria (DPCT Records), las demoras indefinidas en la verificación de la información y la toma de decisiones (Resolución 7/00, recategorización de inmuebles y propuesta de ABA de métodos alternativos a la Valuación 1958), las razones fundadas en políticas inexistentes y los pedidos de información innecesaria (estudio de costos por ajuste RPI), la manipulación de la letra del Contrato ignorando garantías expresas (Resolución 1/99 y Comunicación de Información No. 12), los cambios de posición (Canon), la difamación pública y las multas administrativas por acciones que recaían en última instancia bajo la órbita de responsabilidad de la Provincia (Obras de la Circular 31(A)), y las amenazas de iniciar acciones penales en contra de los directivos de ABA”²⁶⁸.

331. Todo eso ocurrió, según la Demandante, debido a que la Provincia necesitaba dinero para contrarrestar el déficit presupuestario y no estaba dispuesta a permitir un incremento en las tarifas del servicio de agua porque implicaría un problema político para el nuevo gobierno provincial²⁶⁹.

332. Argentina en su Memorial de Contestación está en desacuerdo con el significado de la expresión “justo y equitativo”, a la que considera indisolublemente ligada al estándar mínimo internacional, con la apreciación discutible de los hechos, que no constituyen una violación del estándar, y en la tipificación autónoma del estándar.

²⁶⁸ Ibid., pág. 190.

²⁶⁹ Ibid., pág. 191.

333. Argentina aduce que hay muy pocos laudos y autores que postulan la afirmación de que el estándar de trato justo y equitativo es diferente al estándar mínimo internacional. Sobre la base de los fallos de los tribunales en los casos *Genin*, *Azinian* y *S.D. Myers*, Argentina considera que el significado de este estándar “está relacionado con la finalidad de proveer un principio básico y general”, “constituye el mínimo estándar internacional” y “su violación requiere de parte del Estado receptor de la inversión actos que demuestren una premeditada intención hacia el incumplimiento de una obligación, una insuficiente acción que caiga por debajo de los estándares internacionales o aun mala fe subjetiva”²⁷⁰. La Demandada recalca que en el caso *Myers* el tribunal declaró que el Artículo 1105(1) del TLCAN impone un “trato justo a un nivel aceptable para la comunidad internacional, medido con el más alto grado de deferencia hacia las autoridades nacionales”. Por lo tanto, “[s]ólo se debe medir la razonabilidad de la medida que se denuncia como agravante y en forma deferente”²⁷¹.

334. Argentina manifiesta su acuerdo con la interpretación vinculante dada por la *Comisión de Libre Comercio* (“CLC”) al Artículo 1105(1) del TLCAN. La FTC interpretó el artículo de la manera siguiente:

“1. El Artículo 1105(1) obliga a respetar el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el tratamiento de extranjeros como el estándar mínimo de trato que se le debe brindar a las inversiones de los inversionistas de la otra parte.

2. Los conceptos de trato "justo y equitativo" y "plena protección y seguridad" no obliga a tratamientos adicionales o más allá de lo que se requiere en virtud del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el trato de extranjeros.

3. Una determinación de que se ha infringido otra cláusula del TLCAN, u otro acuerdo internacional, no establece que se haya infringido el Artículo 1105(1)” (Traducción del Tribunal).

²⁷⁰ Memorial de Contestación, párr. 981.

²⁷¹ Ibid., párr. 987. Énfasis de la Demandada.

335. La Demandada también manifiesta su acuerdo con la disposición del Artículo 10.4 del Acuerdo de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y Chile, la cual, con respecto al “trato justo y equitativo” y la “plena protección y seguridad”, “no obliga a otorgar un tratamiento adicional o más allá de lo exigido por ese estándar y no crea derechos sustantivos adicionales”²⁷².

336. La Demandada niega el argumento de Azurix de que este estándar se referiría a que las expectativas del inversor no resulten frustradas por las leyes, normas y reglamentos y aduce como razones para descartar este concepto que: “La justicia y la equidad bien pueden exigir (no sólo permitir) que un régimen legal sea modificado. Ello ocurriría, por ejemplo, si el beneficiario del régimen legal daña a otros. Esto se verifica a menudo en materia de regulación ambiental o de la salud... violando así el principio jurídico fundamental de la prohibición de daño”. La Demandada sostiene que “[c]ualquier concepción aceptable de lo que constituye ‘propiedad’ incorpora como derechos de propiedad las expectativas basadas en el régimen legal que les da nacimiento. Por lo tanto, frente a la modificación del régimen (o de los derechos de propiedad o derechos adquiridos) se enfrenta no con un trato injusto sino con un supuesto trato expropiatorio. Las expectativas legítimas, como parte de una concepción razonable de la propiedad, son protegidas a través de otro estándar”²⁷³.

337. Argentina cuestiona los hechos que sirven de fundamento a Azurix para alegar que ha habido violación de este estándar. Refiriéndose a la lista de expectativas reproducidas anteriormente, Argentina las califica de aventuradas y extremadamente vagas y considera que constituyen etiquetas semánticas más que descripciones de hechos²⁷⁴. Argentina sostiene que, desde el punto de vista del estándar propuesto, no se le puede imputar una violación del TBI, así como tampoco de una violación ni siquiera en relación con el estándar propuesto por Azurix. Ni la Provincia ni Argentina se apartaron de la legislación, las normas y los reglamentos aplicables.

²⁷² Ibid., párr. 993.

²⁷³ Ibid., párr. 985.

²⁷⁴ Ibid., párr. 998.

338. Argentina está en desacuerdo con la falta de tipificación autónoma de los hechos injustos e iníquos. Los hechos, medidas, eventos, acciones y omisiones que la Demandante considera que violan el estándar de trato justo y equitativo son también o forman parte de las medidas, hechos, actos y omisiones que denuncia como expropiatorios; “[a] tal punto llega esta identificación que al momento de solicitar una compensación lo hace sólo teniendo en cuenta que su inversión ha sido expropiada”²⁷⁵.

339. Argentina sostiene que los eventos o acciones que se consideran expropiación no pueden ser los mismos que se consideran como trato injusto y no equitativo. Dependiendo de su calificación legal, los hechos generan consecuencias legales diferentes. Según Argentina, la “confusión entre hechos expropiatorios y hechos que constituyen trato injusto invalida alguna de las dos pretensiones”²⁷⁶. Argentina rebate luego la supuesta estrategia de Azurix de presentar las dos reclamaciones de manera que si el Tribunal no considera que las medidas son expropiatorias, en ese caso podría considerarse que constituyen trato injusto y se harían acreedoras a la misma compensación. Argentina pone en duda que ello pueda ser así:

“el trato injusto nunca puede caracterizarse como la pérdida de un derecho de propiedad pues precisamente en ello reside el núcleo de la expropiación... El trato injusto debería generar otro tipo de perjuicio, una consecuencia perjudicial distinta a la supuesta pérdida de los derechos de propiedad. Debería ser una consecuencia tan independiente de la consecuencia perjudicial expropiatoria como los hechos que disparan la aplicación de este segundo estándar son (o deben ser) independientes y autónomos de los hechos que motivaron la aplicación (o la no aplicación) del primer estándar”²⁷⁷.

340. Argentina refuerza aún más su argumento remitiéndose al caso *Azinian*. En ese asunto, el demandante había alegado violaciones de los Artículos 1110 y 1115 del TLCAN. El tribunal consideró que:

²⁷⁵ Ibid., párr. 1000.

²⁷⁶ Ibid., párr. 1004.

²⁷⁷ Ibid., párr. 1006.

“El único principio relevante del artículo 1105 aplicable al caso es el de que un inversionista del TLCAN no puede ser tratado de forma que contravenga el derecho internacional. No se ha alegado una infracción de este tipo más allá de la que específicamente se trata en el artículo 1110. En un débil intento de mantener el artículo 1105, el escrito de réplica de los demandantes señala que el incumplimiento del Contrato de concesión constituyó una infracción del derecho internacional porque estuvo “motivado por consideraciones no comerciales, y no se pagó una indemnización de daños y perjuicios”. Esto no es sino parafrasear una reclamación más específicamente cubierta por el artículo 1110. Para salvar cualquiera duda, el Tribunal Arbitral sostiene, por tanto, que bajo las circunstancias del presente caso, si no se ha producido una infracción del artículo 1110, tampoco se ha producido una infracción del artículo 1105.”.

Argentina considera que el mismo razonamiento es aplicable al arbitraje de autos.

341. En su Réplica, la Demandante alega que la interpretación que hace la Demandada del Artículo II(2)(a) del TBI es errónea. Según la Demandante, el criterio fundamental para determinar el trato justo y equitativo se encuentra en las expectativas legítimas y razonables de las partes. Estima que el Tribunal, siguiendo la sugerencia de Jan Paulsson, debería examinar “la repercusión de la medida en las expectativas razonablemente generadas en el inversionista con motivo de su inversión, y si el Estado intenta frustrar las expectativas sobre las inversiones generadas o alimentadas por el Estado a través de sus propios actos”²⁷⁸. La Demandante considera este punto de vista compartido por el caso *Tecmed*, en que el tribunal sostuvo que el trato justo y equitativo exige de las Partes Contratantes brindar un trato a la inversión extranjera “que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversionista extranjero decidió realizar su inversión”²⁷⁹.

342. La Demandante aduce que este criterio abarca estándares más específicos reconocidos por los tribunales internacionales, cuya violación entraña la violación del estándar sobre trato justo y equitativo, como el de que un gobierno debe

²⁷⁸ Réplica, cita en párr. 685.

²⁷⁹ Ibid.

obedecer sus propias leyes y el derecho internacional consuetudinario, debe actuar con honestidad y transparencia y en forma consecuente con las declaraciones realizadas, y de buena fe. Como parte de la buena fe, de acuerdo con la Demandante, el Estado debe ejercer sus derechos razonablemente y dentro de los límites del derecho internacional, el derecho interno y el contrato, pues de lo contrario incurre en abuso de esos derechos²⁸⁰.

343. La Demandante cuestiona la interpretación dada por la Demandada a los laudos del CIADI. Desde su punto de vista, en el caso *Genin* el tribunal no trató de formular una definición completa del significado de trato justo y equitativo, contrariamente al análisis detenido realizado, por ejemplo, en el caso *Tecmed*. El estándar del TLCAN es distinto del estándar del TBI. Según el Artículo 1105(1) del TLCAN, debe otorgarse a las inversiones “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas” (énfasis agregado por la Demandante). Este texto difiere de la disposición correspondiente del TBI en la forma en que relaciona la frase “derecho internacional” con la frase “trato justo y equitativo”. Para la Demandante, es evidente que, con arreglo al TBI, el “trato justo y equitativo” es “un requisito adicional e independiente del parámetro del derecho internacional, y que el derecho internacional establece un mínimo, al manifestar que el ‘trato justo y equitativo’ requiere algo diferente y de mayor entidad, pero nunca de menor entidad, que el derecho internacional”²⁸¹.

344. Según la Demandante, incluso el tribunal que entendió en la causa *S.D. Myers* no dijo lo que pretende la Demandada. Este tribunal consideró que había violación del estándar cuando “un inversionista ha recibido un trato tan injusto o arbitrario que alcanza un grado tal que resulta inaceptable desde una perspectiva internacional”. Ese tribunal concluyó que Canadá había actuado en forma arbitraria y había violado el Artículo 1102, y que dicha violación implicaba la violación al estándar del “trato justo y equitativo” establecido en el Artículo 1105.²⁸²

²⁸⁰ Ibid., párrs. 687-693.

²⁸¹ Ibid., párr. 699.

²⁸² Ibid., párr. 701

345. La Demandante observa que el argumento de la Demandada sobre el estándar mínimo se basa en el estándar establecido en la causa *Neer* en el decenio de 1920 y que desde entonces el estándar ha evolucionado, como se señala en la causa *Mondev*: el contenido del estándar mínimo en la actualidad no puede estar limitado al contenido del derecho internacional consuetudinario tal como se lo reconoció en decisiones arbitrales en el decenio de 1920; para los parámetros de la actualidad, lo injusto o falta de equidad no necesita ser equiparado con lo escandaloso o lo abominable. En opinión de ese tribunal, “no puede haber duda alguna respecto de que al interpretar el Artículo 1105(1) en el sentido de establecer el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario para el trato a otorgar a las inversiones de inversionistas de otra Parte del NAFTA, el término ‘derecho internacional consuetudinario’ se refiere al derecho internacional consuetudinario tal como se lo entendió a partir de la fecha de entrada en vigencia del NAFTA”. El estándar del derecho internacional consuetudinario se define por el significado corriente de la expresión “justo y equitativo”²⁸³. El tribunal de la causa *Tecmed*, por otra parte, sostiene que este estándar exige de las partes contratantes “brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversionista extranjero decidió realizar su inversión”²⁸⁴.

346. A continuación, la Demandante se refiere a la afirmación de la Demandada de que Azurix confunde el significado de los actos expropiatorios con el de los actos que constituyen trato injusto y falta de equidad. La Demandante alega que el TBI contempla derechos que son independientes entre sí y que la violación de cualquiera de ellos autorizaría al inversor a recurrir al procedimiento de solución de controversias previsto en el TBI y le daría derecho a recibir una indemnización por el perjuicio económico sufrido. Los derechos adquiridos en virtud del TBI son independientes, pero no necesariamente las medidas que violaron tales derechos²⁸⁵.

²⁸³ Ibid., párr. 703.

²⁸⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), párr. 154, citado en la Réplica, párr. 705.

²⁸⁵ Réplica, párrs. 715-718.

347. La Demandante aborda la cuestión de cuáles pérdidas sufridas por Azurix podrían atribuirse a trato injusto e inicuo y cuáles a expropiación. En su opinión, el trato injusto e inicuo no genera una forma diferente de daño. La verdadera cuestión que plantea Argentina es si Azurix pretende obtener doble indemnización. La Demandante afirma que esto no es así. Azurix tiene derecho a obtener plena indemnización por los perjuicios sufridos, pero sólo una vez. La Demandante cita lo dicho por el tribunal en la causa *S.D. Myers* sobre la naturaleza cumulativa de los derechos y recursos previstos en los TBI:

“Cuando se ha violado tanto el Artículo 1102 como el Artículo 1105, como lo determinó el Tribunal en la presente causa, el principio habitual que debe aplicarse es que los derechos y soluciones previstos en los acuerdos comerciales son cumulativos a menos que exista una contraposición entre distintas disposiciones. El hecho de que una Parte receptora haya violado tanto el Artículo 1102 como el Artículo 1105 no puede interpretarse en el sentido de que el inversionista tiene derecho a una indemnización menor que en el caso de que solamente se hubiera violado el Artículo 1103. La Parte receptora no puede reducir la medida de su responsabilidad por medio de la violación de más de una disposición del NAFTA”²⁸⁶.

348. La Demandante alega que ha proporcionado al Tribunal una evaluación de daños diferenciados que permite identificar qué daños fueron causados por cada una de las medidas adoptadas, lo que debería ser suficiente para responder a la pregunta de Argentina. En lo que respecta a la pregunta de la Demandada acerca de la relación causal entre un acto injusto y el daño que el acto expropiatorio supuestamente ha causado, la Demandante considera que esta pregunta ha perdido todo sentido, pues se ha demostrado que es posible que una misma medida constituya una violación de más de un derecho conferido por el TBI, y el análisis de los daños presentado por Azurix le permite al Tribunal determinar el impacto ocasionado por cada medida adoptada por Argentina²⁸⁷.

²⁸⁶ Ibid., párrs. 715-722.

²⁸⁷ Ibid., párrs. 723-725.

349. La Demandante observa que la Demandada califica de aventuradas las reclamaciones de Azurix y declara que no son independientes y no pueden ser objeto de análisis, pero que no explica las razones en que funda su opinión. La Demandante afirma que Argentina se equivoca en ambos sentidos y enumera en forma no exhaustiva la manera en que la Provincia frustró las expectativas de Azurix: al no permitirle cobrar las tarifas garantizadas en el Contrato de Concesión, al desconocer el contenido de la Circular 52(A), al negarse a aceptar la rescisión de la Concesión por parte de ABA, al negarse a devolver la porción no amortizada de las inversiones, al no permitirle a ABA el cobro de los montos adeudados, al exigir que ABA continuara operando el servicio por más de 90 días, al imponer sanciones arbitrarias, al politizar el Régimen Tarifario, al instar públicamente a los clientes a no pagar sus facturas, y al provocar la intervención ilegal de la Secretaría de Comercio Interior de la Provincia para impedir que ABA facturara los servicios prestados²⁸⁸.

350. En su Dúplica, la Demandada señala que nunca se refirió al caso *Neer* en el Memorial de Contestación, y objeta la interpretación dada por la Demandante al caso *Tecmed*. Desde su punto de vista, en los casos *Tecmed* y *Genin* se llega a la misma conclusión. Las autoridades mexicanas habían desplegado conductas que eran notoriamente injustas. Este no fue el caso del trato que recibió ABA, que nunca fue un inversor con una actitud cooperativa y que había violado el Contrato de Concesión. El caso *Tecmed* sirve de apoyo a la posición argentina porque en él se distingue entre "el objeto de la protección (que podrían ser las expectativas legítimas, la buena fe y la transparencia) y el nivel de protección otorgado por el Tratado". La Demandada pone énfasis en que su propio concepto de la expresión "justo y equitativo" permite diferenciar los niveles en lugar de eliminarlos. La Demandada señala que la Réplica no modifica el hecho de que los tribunales del TLCAN aplican un nivel mínimo definido más recientemente en el caso *Waste Management*:

"...a pesar de ciertas diferencias de énfasis, surge un criterio general para el Artículo 1105. Tomados en forma conjunta, los casos S. D. Myers, Mondev, ADF y Loewen sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado

²⁸⁸ Ibid., párrs. 725-727.

por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable ”²⁸⁹.

351. La Demandada llega a la conclusión de que éste es el estándar aplicado en el TLCAN, que distingue el nivel de la violación del objeto de protección, y el alcance que la Demandante da al estándar tornaría irrelevantes todos los niveles de protección porque los abarcaría a todos²⁹⁰.

352. La Demandante también ha sostenido que la Demandada infringió el deber de actuar con transparencia que le cabe de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo II(7) del TBI. La Demandante apunta que el Artículo II(7) del TBI requiere que “cada Parte hará públicos todas las leyes así como los reglamentos, las sentencias y las prácticas y procedimientos administrativos relativos a las inversiones y los que influyan en ellas”. Según la Demandante, este requisito impide que los Estados impongan leyes, regulaciones o prácticas en forma inadvertida, que afecten negativamente a las inversiones. La Demandante se refiere a la forma en que el tribunal en el caso *Metalclad* interpretó una disposición similar del TLCAN. Dicho tribunal entendió que el concepto de transparencia “incluye la idea de que los inversionistas afectados de la otra Parte deberían tener a su disposición todos los requisitos legales necesarios para el inicio, la finalización y la operación exitosa de todas las inversiones realizadas o que vayan a realizarse en conformidad con el [TLCAN]. No debería existir lugar a dudas o incertidumbres respecto de tales

²⁸⁹ Dúplica, cita en párr. 1077.

²⁹⁰ Ibid., párrs. 1078 y 1080.

cuestiones”²⁹¹. La Demandante sostiene que la cláusula de transparencia del BIT está respaldada por las disposiciones de la Ley y el Contrato, que exigen un entorno regulatorio transparente. En concreto, el ORAB jamás publicó sus “reglamentos, y las prácticas y procedimientos administrativos”. El Contrato de Concesión exige que las decisiones del ORAB respecto de las propuestas de ajuste tarifario se realicen dentro del plazo establecido en el “reglamento de procedimiento”. Si se hubiera emitido ese reglamento y se hubiera cumplido con lo allí dispuesto, no habrían tenido lugar las tácticas dilatorias que comprometieron al régimen tarifario²⁹².

353. La Demandante observa que el ORAB fue creado como entidad autárquica por la Ley y tenía la facultad exclusiva de supervisar la Concesión. A pesar de ese hecho, el MOSP dirigía y dictaba las decisiones del ORAB. La Demandante atribuye a esa supuesta influencia indebida la solicitud de estudio del RPI y otros casos que es posible determinar circunstancialmente:

“que los directores del ORAB se sinceraron con ABA y comentaron que, a pesar de que creían que la postura de la empresa respecto de la Resolución 1/99 era la acertada, no podían revocarla por las presiones políticas existentes. Esto queda confirmado por las declaraciones que el Ministro Romero y el Subsecretario García hicieron a ABA respecto de los problemas políticos generados por los mayores montos en las facturas del agua. Y de hecho (según lo comentado por el Ministro Romero), los diarios informaron que el ORAB dictaría una resolución por medio de la cual obligaría a la empresas a cancelar sus facturas mucho antes de que el ORAB se reuniera para dictar la Resolución 1/99. En forma similar, el Presidente del ORAB manifestó ante ABA que la presión política ejercida por el MOSP le impedía declarar procedente el ajuste del RPI y que los directores del ORAB opinaban que la crisis de Bahía Blanca no había sido culpa de ABA. Sin perjuicio de ello, cuando el Ministro del MOSP y el Gobernador atacaban públicamente a ABA, el ORAB hacía lo propio y adoptaba

²⁹¹ Memorial, pág. 216.

²⁹² Ibid., págs. 216-217.

medidas en contra de la empresa. Estas acciones se condicen con lo manifestado a Azurix y ABA por el Gobernador”²⁹³.

354. El Ministro reconoció también ante la Cámara de Diputados de la Provincia que aún había una gran falta de transparencia respecto de la reglamentación de los concesionarios:

“El otro elemento que cabe destacar es la Resolución 16, en virtud de la cual los organismos de control deben hacer públicas todas sus decisiones. Es un punto que nos gustaría enfatizar ya que consideramos que antes existía una gran falta de transparencia —y aún existe— respecto del control de las empresas concesionadas en Argentina”²⁹⁴.

355. En su Memorial de Contestación, la Demandada consideró que el caso *Metalclad* no era pertinente debido a que las circunstancias del mismo eran diferentes, pues se referían a un conflicto normativo entre distintas jurisdicciones de un Estado federal²⁹⁵.

356. En su Réplica, Azurix insiste en que ese caso es análogo al presente caso y proporciona orientación útil acerca de la aplicación del estándar de transparencia: “los hechos del caso al que nos referimos aquí son aún más serios que los de *Metalclad* ya que el BIT requiere expresamente que ‘[c]ada una de las partes haga públicos... sus procedimientos y prácticas administrativas [...]’; requisito que sin lugar a dudas la Provincia no cumplió”²⁹⁶. La Demandante observa además que este estándar ha sido aplicado por otros tribunales además del que entendió en el caso *Metalclad*. En el caso *Maffezini*, el tribunal sostuvo que la falta de transparencia con la que se había llevado adelante una operación de crédito resultaba incompatible con el compromiso asumido por España de garantizar a los inversores un trato justo y equitativo, y en el caso *Tecmed* el tribunal dictaminó que, en virtud del principio del

²⁹³ Ibid., pág. 217.

²⁹⁴ Citado en el Memorial, pág. 216.

²⁹⁵ Memorial de Contestación, párr. 1049.

²⁹⁶ Réplica, párr. 756.

trato justo y equitativo, el Estado tenía la obligación de actuar “con total transparencia respecto de las relaciones con el inversionista extranjero...”²⁹⁷.

357. En su Dúplica, la Demandada se limita a afirmar su defensa anterior y manifiesta su sorpresa ante el hecho de que se acuse a la Provincia de falta de transparencia, cuando AZURIX y ABA fueron “quienes luego de hacerse cargo de la prestación del Servicio, pretendieron atentar contra los términos del Contrato que habían conocido y aceptado”²⁹⁸.

(b) Consideraciones del Tribunal

358. Los argumentos intercambiados por las partes plantean las siguientes cuestiones:

1. Si el estándar de trato justo y equitativo supone para las partes del TBI, en lo que respecta al trato de inversiones extranjeras, obligaciones adicionales a las exigidas por el estándar mínimo de trato de extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario,
2. ¿Qué conducta atribuible al Estado puede caracterizarse como injusta o falta de equidad? En otras palabras, ¿cuál es el contenido sustancial del estándar?, y
3. Si el Artículo II(7) del TBI ha sido violado.

359. Al analizar la primera cuestión, el Tribunal se refiere en primer lugar a la disposición específica del TBI sobre el trato justo y equitativo, y recuerda que el TBI es un tratado internacional que debe interpretarse de acuerdo con las normas de interpretación establecidas por la Convención de Viena. Como ya se señaló, esta Convención es de cumplimiento obligatorio para las partes en el TBI. En el Artículo 31(1) de la Convención se dispone 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 estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

²⁹⁷ Ibid., párr. 757.

²⁹⁸ Dúplica, párr. 1087.

360. En su sentido corriente, los términos “justo” y “equitativo” empleados en el Artículo 3(1) del TBI significan “que obra con justicia y razón”, “arreglado a justicia y razón”, “que tiene equidad” y de ahí “que obra con igualdad de ánimo”²⁹⁹. En cuanto al propósito y objetivo del TBI, en el Preámbulo las partes manifiestan su deseo de promover una mayor cooperación económica con respecto a las inversiones, reconocen que “el acuerdo sobre el tratamiento a ser acordado a esas inversiones estimulará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las Partes”, y convienen en que “a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones”. Del significado corriente de los términos “justo” y “equitativo” y del propósito y objetivo del TBI se desprende que por tratamiento “justo y equitativo” debería entenderse el tratamiento “parejo” y “arreglado a justicia y razón”, tendiente a favorecer la promoción de la inversión extranjera. El texto del TBI refleja una actitud positiva frente a la inversión al utilizar palabras tales como “promover” y “estimular”. Además, se reconoce la función que el tratamiento justo y equitativo cumple a los fines de mantener “un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos”.

361. En el inciso a) del párrafo 2 del Artículo II se dispone lo siguiente: “Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”. El párrafo está integrado por tres frases completas, en cada una de las cuales se enumera sucesivamente un nivel de trato que deberá otorgarse a las inversiones: justo y equitativo, plena protección y seguridad, en ningún caso menos favorable que el que exige el derecho internacional. El trato justo y equitativo se enumera por separado. La última frase asegura que, cualquiera sea el contenido atribuido a los otros dos niveles, el trato otorgado a la inversión no será inferior al exigido por el derecho internacional. Por su redacción, la cláusula permite interpretar las expresiones “trato justo y equitativo” y “plena protección y seguridad” como niveles más elevados que los exigidos por el derecho internacional. La finalidad

²⁹⁹ *Diccionario de la Lengua Española, edición vigésimo segunda, en www.rae.es. Son definidos en forma similar en *The Oxford English Dictionary*.*

de la tercera frase es fijar un límite mínimo, no un límite máximo, a fin de evitar que estos niveles puedan interpretarse como inferiores a los exigidos por el derecho internacional. Si bien esta conclusión se desprende del análisis textual de esta disposición, el Tribunal no considera que revista importancia para la aplicación del estándar de tratamiento justo y equitativo a los hechos del caso de autos. Como se explica más adelante, las exigencias mínimas para cumplir este estándar han variado, y el Tribunal entiende que su contenido es sustancialmente similar, sea que los términos se interpreten según su significado corriente, como lo requiere la Convención de Viena, o conforme al derecho internacional consuetudinario³⁰⁰.

362. Argentina ha declarado que coincide con la interpretación del Artículo 1105 del TLCAN efectuada por la CLC. El artículo tiene por título "Nivel mínimo de trato". El párrafo 1 dice: "Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas". En esta disposición, los niveles de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas se definen como parte del trato acorde con el derecho internacional. Según la interpretación de la CLC, el nivel de trato, como lo indica el título del artículo, es el mínimo exigido de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario.

363. Argentina también ha señalado los tratados recientes de libre comercio (TLC) celebrados por los Estados Unidos, como el Tratado de Libre Comercio con Chile, en el que el trato mínimo exigido es el exigido conforme al derecho internacional. La interpretación de la CLC o los ejemplos de los TLC citados por la Demandada pueden ser prueba de una práctica importante de una de las partes en el TBI, pero al Tribunal le resulta difícil aplicarla al texto del TBI que rige este procedimiento. El hecho de que la CLC interpretara el Artículo 1105 como reacción ante un entendimiento diferente de un tribunal respecto de este artículo y que en recientes tratados la respectiva cláusula se haya redactado para reflejar la interpretación de la CLC revela

³⁰⁰ Véase *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), párr. 155.

que ese artículo y cláusulas similares en otros tratados podrían razonablemente entenderse con un significado distinto.

364. La cuestión de si el trato justo y equitativo es o no es adicional al requisito mínimo de trato acorde con el derecho internacional es una cuestión relativa al contenido sustancial del trato justo y equitativo y, cualquiera sea la posición que se adopte al respecto, la respuesta puede ser sustancialmente la misma.

365. En 1927, la Comisión Mixta de Reclamaciones de Estados Unidos y México consideró en el caso *Neer* que un Estado ha violado la obligación de trato justo y equitativo cuando la conducta del Estado pudiera describirse como abusiva, flagrantemente errónea o de mala fe, o tan inferior a los niveles internacionales que cualquier persona razonable e imparcial la reconocería fácilmente como tal. Esta descripción de la conducta en violación del nivel de trato justo y equitativo ha sido considerada como la expresión del derecho internacional consuetudinario en aquel momento. Para decidir cuáles son los factores determinantes del trato justo y equitativo, el interrogante que debe resolver el tribunal es si, al momento de suscribirse el TBI, el derecho internacional consuetudinario había evolucionado para adoptar un nivel más elevado de trato.

366. Las partes han interpretado de diferente manera la forma en que los tribunales arbitrales han entendido este nivel. Volvamos a los casos analizados. Argentina ha hecho especial hincapié en el caso *Genin*, donde el tribunal tuvo que decidir si el inversor había sido tratado de manera justa y equitativa en circunstancias de la revocación de una licencia bancaria. El tribunal llegó a la conclusión de que no se había violado el nivel de protección porque el Banco de Estonia tenía amplios fundamentos para adoptar la medida. Al analizar el significado de la expresión “justo y equitativo”, el tribunal no se embarcó en un análisis textual de la cláusula de trato justo y equitativo del TBI celebrado entre los Estados Unidos y Estonia, sino que sencillamente se refirió a cómo se ha interpretado en general este requisito conforme al derecho internacional, a saber, un nivel mínimo internacional independiente del

derecho nacional pero "que es, de hecho, un nivel mínimo"³⁰¹. De acuerdo con el mismo tribunal, para que viole dicho nivel, la conducta del Estado debería denotar "negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, insuficiencia en las actuaciones muy por debajo de los niveles internacionales, o incluso mala fe subjetiva"³⁰².

367. Sin perjuicio de la conclusión de que, dadas las circunstancias del caso, Estonia no incumplió su deber de dar un trato justo y equitativo, el tribunal al parecer se sentía incómodo con dejar pasar la conducta de Estonia sin que recibiera una crítica y consideró necesario expresar la esperanza de que "en el futuro, el Banco de Estonia ejercerá sus funciones de regulación y supervisión con mayor cautela en lo que respecta a los procedimientos"³⁰³. Al considerar la carga de los costos, el mismo tribunal señaló que "no puede menos que censurarse la torpe manera en que el Banco de Estonia revocó la licencia de EIB, y sobre todo la falta de advertencia de su intención de revocarla y de un recurso para que EIB o sus accionistas impugnaran esa decisión antes de que quedara formalizada"³⁰⁴.

368. Los tribunales arbitrales constituidos en el marco del TLCAN han concluido, después de la interpretación hecha por la CLC, que el derecho internacional consuetudinario que debe aplicarse es el vigente en 1994 y no en 1927. En el caso *Mondev*, el tribunal consideró que "el contenido de la expresión nivel mínimo en la actualidad no puede limitarse al contenido del derecho internacional consuetudinario contemplado en decisiones arbitrales dictadas en el decenio de 1920"³⁰⁵. Este tribunal señaló que las partes en ese caso convinieron en que el nivel internacional de trato ha evolucionado al igual que todo el derecho internacional consuetudinario, y que los otros dos Estados parte en el TLCAN también estuvieron de acuerdo en este sentido³⁰⁶. En consecuencia, el derecho internacional consuetudinario que debe aplicarse "no se

³⁰¹ Párr. 367.

³⁰² Ibid. Traducción del Tribunal.

³⁰³ Ibid., párr. 372. Traducción del Tribunal.

³⁰⁴ Ibid., párr. 381. Traducción del Tribunal.

³⁰⁵ *Mondev International Ltd. c. United States of America* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2) Laudo de 11 de octubre de 2002, párr. 123. Traducción del Tribunal.

³⁰⁶ Ibid., párr. 124.

limita al derecho internacional del siglo XIX ni siquiera al de la primera parte del siglo XX, pese a que las decisiones de ese período siguen siendo pertinentes. Al sostener que el inciso 1) del Artículo 1105 se refiere al derecho internacional consuetudinario, las interpretaciones de la CLC incorporan el derecho internacional actual, cuyo contenido está configurado por la suscripción de más de 2.000 tratados bilaterales de inversión y muchos tratados de amistad y comercio. En esos tratados se dispone en forma concordante y en gran medida el trato 'justo y equitativo' del inversor y su inversión, así como su 'protección y seguridad plenas'³⁰⁷. Aplicando este concepto evolutivo al derecho internacional consuetudinario, el tribunal llegó a la conclusión de que "[e]n la actualidad, lo que es injusto o inicuo no siempre equivale a abusivo o flagrantemente erróneo. Sobre todo, un Estado puede dar un trato injusto e inicuo a una inversión extranjera sin que esté actuando necesariamente de mala fe"³⁰⁸.

369. El tribunal del caso *Loewen* llegó a una conclusión similar: "ni la práctica del Estado ni las decisiones de los tribunales internacionales ni la doctrina respaldan la opinión de que la mala fe o la intención dolosa sea un elemento esencial del trato injusto e inicuo o de la denegación de justicia que suponga una violación de la justicia internacional"³⁰⁹.

370. Después de analizar las decisiones y laudos arbitrales en virtud del TLCAN, el tribunal en el caso *Waste Management* llegó a la conclusión de que:

"el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad

³⁰⁷ Ibid., párr. 125. Traducción del Tribunal.

³⁰⁸ Ibid., párr. 116. En el caso *ADF*, el Tribunal sostuvo lo mismo: "lo que proyecta el derecho internacional consuetudinario no es una fotografía estática del nivel mínimo de trato de extranjeros que regía en 1927, cuando se dictó el laudo en el caso *Neer*, lo que obedece a que tanto el derecho internacional consuetudinario como el nivel mínimo de trato de extranjeros que éste comprende están en proceso constante de evolución".. *ADF Group Inc. c. United States of America* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1), Laudo de 9 de enero de 2003, párr. 179. Traducción del Tribunal.

³⁰⁹ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. United States of America* (Caso CIADI No. ARB (AF)98/3), Laudo de 26 de junio de 2003, párr. 132. Traducción del Tribunal.

judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable"³¹⁰.

371. Las partes también se han remitido al caso *Tecmed*, en el que se describe el trato justo y equitativo como el que:

"exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión." El inversionista extranjero "cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas"³¹¹.

372. Salvo en el caso *Genin*, hay un factor común en los laudos recientes dictados en virtud del TLCAN y el caso *Tecmed*, y es que no se incluye la mala fe o la intención dolosa del Estado receptor como elemento necesario de la falta de trato justo y equitativo de la inversión. Como se afirmó recientemente en relación con el caso *CMS*, se trata de un estándar objetivo "que no guarda relación con que el Demandado haya o no tenido una intención deliberada o mala fe al adoptar las medidas en cuestión. Evidentemente, tal intención y mala fe pueden agravar la situación, pero no son un elemento esencial del estándar"³¹². Se entiende también que la conducta del Estado debe ser inferior al nivel internacional pero no al nivel de 1927. El tercer elemento es la

³¹⁰ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/3) ("*Waste Management*"). Laudo de 30 de abril de 2004, párr. 98.

³¹¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), párr. 154.

³¹² *CMS Gas Transportation Company v. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/8). Laudo de 12 de mayo de 2005, párr. 280.

frustración de las expectativas que el inversor pueda haber tenido legítimamente en cuenta cuando hizo la inversión. Los niveles de conducta convenidos por las partes en un TBI presuponen una disposición favorable a la inversión extranjera; es más, una conducta pro-activa del Estado para fomentarla y protegerla. Fomentar y proteger la inversión es la finalidad del TBI. No sería compatible con esa finalidad y las expectativas creadas por dicho documento considerar que una de las partes en el TBI ha incumplido la obligación de otorgar un trato justo y equitativo sólo cuando su conducta sea de mala fe o pueda calificarse como ultrajante o desmesurada.

373. Basándose en estas consideraciones, el Tribunal procederá ahora a analizar si la Demandada infringió su obligación de dispensar a la inversión de la Demandante un trato justo y equitativo. El Tribunal considera que los hechos que se describen a continuación son particularmente relevantes.

374. Al Tribunal le asombra la conducta demostrada por la Provincia después de que la Demandante le notificara la rescisión del Contrato de Concesión. ABA había solicitado la rescisión de común acuerdo con la Provincia. Ésta rechazó la que era una solicitud razonable a la luz de su propio comportamiento y del de sus dependencias. La negativa de la Provincia de aceptar la notificación de rescisión y su insistencia en rescindirla por sí misma por abandono de la Concesión es claramente un caso de incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo. Es evidente, a juzgar por los hechos que el Tribunal tiene ante sí, que la Concesión no fue abandonada.

375. Si bien el Tribunal ha rechazado, hasta cierto punto, las interpretaciones del Contrato de Concesión y la Ley expresadas por la Demandante con respecto al RPI y al Canon, es también evidente que el régimen tarifario estaba politizado por cuestiones vinculadas a las próximas elecciones o por el hecho de que la Concesión había sido adjudicada por el gobierno anterior. Las cuestiones de los coeficientes de homogenización y las variaciones constructivas son ejemplo de ello. Resulta significativo que, una vez transferido el servicio, se permitió al nuevo proveedor del servicio aumentar las tarifas para tener en cuenta las variaciones constructivas.

376. Finalmente, las reiteradas exhortaciones, dirigidas a los clientes por el Gobernador provincial y otros funcionarios, a no pagar las facturas bordean la mala fe en el caso del incidente de Bahía Blanca, cuando la propia Provincia no había concluido las obras que habrían ayudado a evitar el problema en primer lugar.

377. Consideradas en conjunto, estas medidas de la Provincia muestran una arraigada conducta de incumplimiento generalizado del estándar de tratamiento justo y equitativo.

378. Queda por considerar si Argentina también incumplió el Artículo II(7) del TBI. Azurix funda su reclamación en el hecho de que ORAB nunca publicó su reglamento y en su falta de independencia. El Artículo II(7) requiere la publicación de las leyes, los reglamentos, las sentencias y las prácticas y los procedimientos administrativos relativos a inversiones y los que en ellos influyen. El Tribunal ya ha determinado que la politización de la Concesión es uno de los elementos que ha tomado en consideración para determinar la falta de trato justo y equitativo. Por otra parte, el Tribunal ha determinado que la solicitud de ORAB de un estudio en el contexto del RPI era una solicitud legítima. El Tribunal considera que, a la vista de los hechos, el problema residía en la aplicación del marco regulatorio y no en su publicidad. No cabe duda que la publicación del reglamento de ORAB hubiera sido una mejora deseable pero su falta tal como ha sido alegada por la Demandante no es suficiente para concluir que el Artículo II(7) ha sido infringido.

3. Incumplimiento de las obligaciones

(a) Posiciones de las partes

379. En su Memorial la Demandante aduce que la Provincia y la República no han cumplido con sus obligaciones en virtud de lo dispuesto en el inciso c) del párrafo 2) del Artículo II del TBI, que dispone lo siguiente: "Cada parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones". La Demandante se remite al hecho de que el Artículo XIII del TBI extiende su aplicación a las subdivisiones políticas de la Demandada y saca de ello la conclusión de que el TBI

impone la obligación directamente a la Provincia de cumplir con sus compromisos frente a los inversores extranjeros³¹³.

380. En su Memorial de Contestación Argentina sostiene que las reclamaciones contractuales no se convierten automáticamente en reclamaciones basadas en el tratado; ningún Tribunal ha aceptado dicho argumento. Además, Azurix y ABA específicamente renunciaron a plantear cuestiones contractuales ante un tribunal del CIADI, y el inciso c) del párrafo 2) del Artículo II se refiere a las obligaciones contraídas respecto de acuerdos específicos de inversión y no de contratos de concesión que se rigen por el derecho administrativo nacional. Argentina también señala que la Demandante no ha probado la existencia de la relación causa-efecto entre el hecho y la pérdida ni ha valorado con precisión las pérdidas. Argentina termina su defensa afirmando que no había asumido obligación contractual alguna frente a Azurix, y que lo mismo se aplica a la Provincia³¹⁴.

381. En su Réplica, la Demandante observa que el Artículo II(2)(c) hace referencia a “los compromisos” (“any obligation”) e incluye las obligaciones surgidas del derecho internacional y otras surgidas con arreglo al derecho interno; no se limita a incumplimientos de acuerdos internacionales, y en todo caso entre éstos estarían comprendidos los contratos de concesión. La Demandante alega que “[p]ara limitar esta disposición del BIT a alguna categoría específica de obligaciones sería necesario interpretar el tratado como si su redacción fuera restrictiva, algo que los autores podrían haber hecho pero que, intencionalmente, decidieron no hacer. Naturalmente, la tarea del Tribunal consiste en interpretar el tratado tal como está escrito, y no reformularlo en el sentido que le resulte conveniente al Gobierno argentino”. Cualquier incertidumbre debe interpretarse a favor del inversor, dados los objetivos del TBI expresados en su preámbulo³¹⁵.

382. Azurix agrega que la frase “hubiera contraído” (“entered into”) no se limita a ninguna modalidad o método en particular y abarca las obligaciones asumidas

³¹³ Memorial, pág. 192.

³¹⁴ Memorial de Contestación, párrs. 1009-1015.

³¹⁵ Réplica, párr. 732.

mediante contratos, leyes, decretos, resoluciones o reglamentos. Además, el TBI no limita la aplicación de esta cláusula a una inversión específica como sostiene la Demandada, pues el Artículo II(2)(c) se refiere a las obligaciones relativas a inversiones en plural y en forma genérica. En lo que respecta al fuero de las diferencias contractuales estipulado en el Contrato de Concesión, la Demandante alega que el Artículo VII(2) del TBI deja muy en claro que el Tratado confiere al inversor extranjero la opción de elegir el foro previamente acordado o someter el caso a arbitraje internacional. Azurix reitera que ya había demostrado que había sufrido daños durante la Concesión y que éstos continuaron anualmente como resultado de las violaciones cometidas por la Provincia³¹⁶.

383. En su Dúplica, Argentina recuerda las conclusiones a las que llegaron la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Serbian Loans*, la CIJ en el caso *ELSI*, el tribunal arbitral en el caso *Woodruff*, el Comité de Anulación *ad hoc* en el caso *Vivendi* y los tribunales arbitrales en los casos *SGS*, y concluye que el derecho internacional general separa tajantemente las reclamaciones contractuales de las basadas en el derecho internacional, y que inclusive en el caso de los TBI se mantiene la prohibición de transubstanciar una reclamación contractual en una reclamación basada en un TBI, y que cuando un tribunal ha establecido condiciones de aplicación de una cláusula “paraguas” ha impuesto al demandante la obligación de observar la cláusula de foro preceptivo establecida en el contrato³¹⁷.

(b) Consideraciones del Tribunal

384. Como ya había declarado al afirmar su competencia dentro de los límites permitidos por el Convenio y el TBI, el Tribunal considera que ninguna de las reclamaciones contractuales propiamente dichas se refieren a un contrato entre las partes en este procedimiento, pues ni la Provincia ni ABA son partes en él. Si bien Azurix puede presentar una demanda con arreglo al TBI por incumplimientos cometidos por Argentina, no hay ningún compromiso con Azurix que Argentina deba respetar, salvo las obligaciones contraídas en virtud del TBI. Aún si se aceptara la

³¹⁶ Ibid., párrs. 729-737.

³¹⁷ Dúplica, párrs. 987.

argumentación de que, en virtud del Artículo II(2)(c), Argentina fuese responsable de las supuestas violaciones del Contrato de Concesión por parte de la Provincia, la parte en este Contrato no era Azurix, sino ABA.

4. Medidas arbitrarias

(a) Posiciones de las partes

385. La Demandante aduce que las medidas arbitrarias o discriminatorias figuran como alternativas en el TBI y que, por consiguiente, basta que una medida sea arbitraria para que constituya una violación de aquél. En su sentido ordinario, la expresión “arbitraria” se define como “la caracterización de una decisión o acción de una dependencia del gobierno... [como] una acción voluntaria e irrazonable realizada sin considerar o haciendo caso omiso de hechos o normas, o sin determinar el principio en que se funda”³¹⁸. La Demandante se refiere además a la definición de actos arbitrarios dada por la CIJ en el caso *ELSI*: “La arbitrariedad no es tanto algo contrario a la ley sino más bien algo opuesto al estado de derecho... Representa el desconocimiento voluntario del debido proceso; es un acto que resulta chocante, o al menos sorprendente, cuando se tiene un sentido de corrección judicial”. La Demandante observa que esta definición es demasiado limitada y no condice con el significado corriente de arbitrariedad. La Demandante se remite al tribunal que entendió en la causa *Pope & Talbot* y a sus observaciones sobre la evolución del derecho internacional, caracterizada por la decisión de la CIJ, que se aparta del estándar formulado en el caso *Neer*. Según el tribunal, la formulación en el caso *ELSI*:

“excluye el requisito de la insatisfacción de *toda* persona razonable e imparcial y tal vez permite una lesión algo menor de la psiquis del observador, que ya no debe sentirse indignado sino solamente sorprendido por el actuar del gobierno. Y, por supuesto, la sustitución de la expresión neutral ‘actuar del gobierno’ con el concepto del ‘debido proceso’ ineludiblemente aporta dinamismo a la formulación y la torna más receptiva a estándares que evolucionan y son más

³¹⁸ Memorial, pág. 217.

vigorosos para la evaluación de las actuaciones de los gobiernos respecto de personas y empresas”³¹⁹.

386. La Demandante sostiene que para determinar si una acción es o no arbitraria en el sentido corriente de la expresión se la debe someter a cuatro pruebas: será considerada arbitraria si se trata de una acción que no está permitida por la ley, si su fin no es adecuado, si se funda en circunstancias irrelevantes y si es manifiestamente irrazonable. De conformidad con esas pruebas, las medidas adoptadas por la Provincia fueron arbitrarias. La Resolución 1/99 fue dictada con un fin indebido, las cuestiones relacionadas con la Circular 58(A) no fueron abordadas dentro de un plazo razonable, el ajuste del RPI fue denegado por razones irrelevantes, la Provincia indujo al pago de un Canon elevado mediante la Circular 52(A) y luego afirmó que el licitante había pagado demasiado y que el Canon no sería incluido en su totalidad en la base tarifaria. La Provincia actuó de acuerdo con las necesidades electorales de sus altos funcionarios más bien que de acuerdo con el estado de derecho³²⁰.

387. La Demandada considera que la definición dada en el caso *ELSI* es la más apropiada. Argentina refuta la pertinencia de la definición dada en el caso *Pope & Talbot*, que se refería al concepto de trato justo y equitativo y no a la definición de medidas discriminatorias. La Demandada señala que, en el caso *Genin*, el tribunal sostuvo que “para poder considerarla una violación del BIT, cualquier irregularidad procesal que hubiera ocurrido tendría que considerarse como de mala fe, una desestimación dolosa del debido procedimiento legal o una extrema insuficiencia procesal”³²¹.

388. En su Réplica, la Demandante insiste en que el significado de los términos empleados en el TBI debería ser el corriente. En el Artículo II.2(b) se utilizan los términos más generales; “en modo alguno” ninguna de las partes “menoscabará” la dirección, la explotación, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la

³¹⁹ Ibid., pág. 208. Traducción del Tribunal.

³²⁰ Ibid., pág. 211.

³²¹ Memorial de Contestación, párr. 1024.

liquidación de las inversiones. El verbo “menoscabar” significa “disminuir, reducir, dañar, deteriorar o empeorar”. De ello la Demandante concluye que los términos utilizados indican “que la prohibición debe aplicarse en términos amplios a toda conducta que logre el resultado prohibido ya sea en forma directa o indirecta”³²². Si los autores hubieran querido limitar el alcance de las medidas arbitrarias de modo que significaran únicamente una violación del estado de derecho, podrían haberlo dicho con toda claridad, directamente y sin necesidad de redactar la cláusula “con tanta precisión y tanto grado de detalle”³²³.

389. En su Dúplica, Argentina reafirmó que entendía el término “arbitrario” en el sentido que le daba la definición de la CIJ y no en el sentido corriente, como pretende la Demandante.

(b) Consideraciones del Tribunal

390. El Artículo II.2(b) dispone lo siguiente: “Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación de las inversiones. A los fines de la solución de controversias de conformidad con los Artículos VII y VIII, una medida podrá ser arbitraria o discriminatoria, a pesar de la posibilidad de revisar tal medida en los tribunales judiciales o administrativos de una de las Partes”.

391. El Tribunal coincide con la Demandante en que basta que una medida sea arbitraria para que constituya una violación del TBI. Esta interpretación no ha sido refutada por la Demandada y surge de la forma alternativa en que el término “medidas” está calificado por los adjetivos “arbitrarias” o “discriminatorias”. Las partes están en desacuerdo acerca de si el significado de “arbitrario” debería ser el corriente o el que le atribuyó la CIJ en el caso *ELSI*. Las partes disienten también en la pertinencia del caso *Pope & Talbot* para el caso de autos, y Argentina ha mencionado la descripción de “arbitrario” en el caso *Genin*. De conformidad con el Artículo 31 de la Convención de

³²² Réplica, párr. 742.

³²³ Ibid., párr. 746.

Viena, el Tribunal está obligado a considerar el significado corriente de los términos utilizados en el TBI. Las conclusiones de otros tribunales, en particular de la CIJ, deberían ayudar al Tribunal en su labor de interpretación.

392. En su acepción corriente, “arbitrario” significa “que procede con arbitrariedad” y “arbitrariedad” viene definida como “acto de proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado por la voluntad o el capricho”³²⁴. En el *Black’s Law Dictionary*, el término se define, entre otras cosas, como “dictado por el capricho o el apetito”, “contrario a la razón o al juicio”, “que depende exclusivamente de la voluntad”. En *Pope & Talbot*, el término “arbitrario” no fue definido tal como se lo entendió hoy. Sólo se comentó el hecho de que la propia CIJ había pasado del estándar que preconizaba Canadá fundándose en el caso *Neer* a un estándar menos exigente. En el caso *Genin*, al añadir el requisito de mala fe, el tribunal no parece haber tomado nota del cambio que ha tenido lugar. El Tribunal considera que la definición suministrada en el caso *ELSI* se asemeja al significado corriente de “arbitrario”, dado que subraya el elemento de descuido intencionado de la ley.

393. El Tribunal debe determinar si las medidas adoptadas por la Provincia pueden considerarse arbitrarias y si han menoscabado “la dirección, la explotación, el mantenimiento, el uso, el usufructo, la adquisición, la expansión o la liquidación” de la inversión de Azurix en Argentina. El Tribunal considera que las medidas de las autoridades provinciales, que exhortaron a no pagar las facturas incluso antes de que se expidiera la entidad reguladora, amenazaron a los miembros del ORAB por permitir que ABA reanudara la facturación, impusieron a ABA la obligación de no aplicar la nueva tarifa resultante de la revisión de las variaciones constructivas y afirmaron que correspondía aplicar los coeficientes de homogenización, contrariamente a lo informado a los licitantes en el momento de la licitación de la Concesión, prohibieron a ABA cobrar a sus clientes las sumas correspondientes a los servicios prestados antes del 15 de marzo de 2002, y la privaron de acceso a la documentación en la que se basaron las sanciones impuestas a dicha compañía, constituyen un proceder arbitrario, que no se

³²⁴ *Diccionario de la lengua española*, vigésima segunda edición en www.rae.es. De forma similar define este término *The English Oxford Dictionary*.

funda en la Ley ni en el Contrato de Concesión y menoscabaron la explotación de la inversión de Azurix.

5. Protección y seguridad plenas

(a) Posiciones de las partes

394. En su Memorial, la Demandante aduce que el estándar sobre protección y seguridad plenas impone al gobierno la obligación de ejercer vigilancia y la diligencia debida; como se afirma en el caso *AAPL*, “según la doctrina moderna, debe considerarse que la violación del derecho internacional que genera la responsabilidad de un estado está constituida por ‘la mera falta de diligencia’, sin necesidad de establecer intención o negligencia”. La Demandante define con más detalle el estándar remitiéndose al caso *AMT*. El tribunal que entendió en esa causa determinó que:

“No resultaría útil al Tribunal debatir si en el caso que se analiza pesa sobre Zaire una obligación de resultados o simplemente una obligación de conducta. El Tribunal considera que es suficiente, tal como lo ha hecho, que Zaire ha incumplido su obligación al no adoptar medida alguna con el fin de asegurar la protección y seguridad de la inversión en cuestión... Zaire es responsable por no impedir las consecuencias desastrosas de estos hechos que afectaron a las inversiones de *AMT* y que Zaire tenía obligación de proteger”³²⁵.

395. La Demandante alega que el estándar va más allá de la protección física e incluye la protección descrita en la causa *CME Czech Republic B.V.*: “El Estado en que se realiza la inversión está obligado a garantizar que la seguridad y protección de la inversión del inversionista extranjero, acordada y aprobada, no será cancelada o devaluada como consecuencia de la modificación de su legislación o el actuar de sus dependencias”³²⁶.

396. La Demandante alega que Argentina no cumplió el estándar así definido al no aplicar el marco regulatorio ni el Contrato de Concesión, con la consiguiente anulación de la seguridad que estos proporcionaban: la Provincia nunca revocó las

³²⁵ Memorial, pág. 213.

³²⁶ Idem.

resoluciones 1/99 y 7/00 ni adoptó una decisión sobre el ajuste del RPI ni sobre la cuestión de las valuaciones, nunca se indemnizó a ABA, entre otras cosas, por los daños sufridos en Bahía Blanca, la Provincia insistió en que ABA renunciara al derecho que le garantizaba la Ley, la Circular 52(A) y el Contrato de Concesión a recuperar la totalidad del Canon, y la Demandada jamás actuó para proteger la inversión de la Demandante.

397. En su Memorial de Contestación, la Demandada observa que Azurix sólo le había solicitado que interpusiera sus buenos oficios para asegurar el cumplimiento de la Provincia con el Contrato de Concesión. Por lo tanto, Azurix pedía asistencia en una diferencia contractual entre ABA y la Provincia³²⁷. La Demandada se remite a la opinión sostenida por la Comisión *ad hoc* en el caso *Aguas del Aconquija* y la aseveración del tribunal que entendió en esa causa de que “las autoridades federales podrían, razonablemente, haber considerado la diferencia como de carácter contractual, y el alcance de cualquier obligación federal de reaccionar podría, razonablemente, haber estado influido por esta percepción”³²⁸.

398. La Demandada sostiene que la controversia sobre la que se llamó su atención era una diferencia contractual, no una controversia relativa a una inversión, y que no pueden agregarse nuevos fundamentos después de efectuada la denuncia, pues, de lo contrario, o bien la reclamación original era inmadura o se estaba frente a una nueva y distinta controversia de inversión³²⁹. La Demandada observa que la Demandante no especifica ni determina cuál deber de actuar bajo el TBI habría violado y que el estándar que supuestamente se violó requiere una conducta activa y no una mera omisión de su deber de cuidado³³⁰.

399. La Demandada objeta también la pertinencia de los casos como *AAPL* y *AMT* que entrañaron la destrucción física de las instalaciones del inversor por las Fuerzas Armadas. En cuanto a la pertinencia del caso *CME*, la Demandada señala que

³²⁷ Memorial de Contestación, párr. 1035.

³²⁸ *Ibid.*, párr. 1037.

³²⁹ *Ibid.*, párr. 1039.

³³⁰ *Ibid.*, párrs. 1043 y 1047.

es cuestionable invocar el caso *CME* sin referirse al caso *Lauder*, en el cual, sobre la base de los mismos hechos, el tribunal llegó a la conclusión opuesta³³¹.

400. Como argumento final, la Demandada pide al Tribunal que, al examinar la responsabilidad de Argentina, tenga en cuenta que “en el período bajo examen, la República Argentina atravesaba la peor crisis económica, social e institucional de su historia”³³².

401. En su Réplica, la Demandante observa que la Demandada confunde “su obligación de adecuar efectivamente su conducta a los principios consagrados en el BIT con la responsabilidad que en virtud del derecho internacional pueda corresponderle por toda violación a los TBI en que incurra alguna de sus subdivisiones políticas”³³³. Las acciones o inacciones de la Provincia que contraríen los principios contenidos en el TBI son “necesaria y automáticamente” atribuibles a la República Argentina de conformidad con los principios del derecho internacional. En su respuesta, Argentina hace caso omiso de lo expuesto claramente en las comunicaciones dirigidas a Argentina por la Demandante, en las que se le informa no sólo de incumplimientos contractuales, sino también de desviaciones del marco regulatorio aplicable a la Concesión, así como de conductas arbitrarias de parte de los funcionarios y organismos de la Provincia que constituyen violaciones del TBI “de las que Argentina es directamente responsable” (carta de 5 de enero de 2001). En otra carta, de fecha 24 de mayo de 2001, Azurix decía que:

“El objeto de la presente comunicación es el de reiterar el pedido para que la República Argentina rectifique su incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del BIT, del derecho internacional y del Contrato de Concesión. Argentina tiene la obligación de impedir toda violación al BIT y al derecho internacional dentro de su territorio, sea que dicha violación fuera cometida por el gobierno nacional o por sus subdivisiones políticas. El gobierno nacional tiene la obligación de abstenerse de realizar expropiaciones [sin la correspondiente

³³¹ Ibid., párr. 1050.

³³² Ibid., párr. 1051.

³³³ Réplica, párr. 749.

indemnización] o de impedir que éstas sean realizadas por sus subdivisiones políticas. Azurix le solicita a la República Argentina que adopte las medidas necesarias para impedir dichas violaciones...”³³⁴.

402. La Demandante considera que ha demostrado ampliamente la responsabilidad de Argentina por las acciones y omisiones de la Provincia en virtud del derecho internacional, y que “[r]esulta innecesario, y tal vez hasta confuso, analizar la naturaleza ‘absoluta’ u ‘objetiva’ de la responsabilidad del Gobierno argentino por los actos realizados por sus subdivisiones políticas”, como afirma la Demandada³³⁵.

403. En cuanto a la aseveración de la Demandada de que no se pueden introducir nuevos puntos en la reclamación, la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI establece que las partes podrán presentar reclamaciones adicionales, complementarias o accesorias que surjan directamente del fondo del hecho controvertido hasta el vencimiento del plazo para la presentación de la Réplica³³⁶.

404. La Demandante reafirma que el estándar de protección y seguridad plenas no se limita a las funciones básicas de policía, como alega Argentina. Observa que nada de lo dispuesto en el TBI limita la aplicación de este estándar a cuestiones de seguridad y protección físicas. Según la Demandante, este estándar exige que el gobierno “ ejerza un deber de vigilancia y debida diligencia dentro de su sistema político y jurídico con el fin de proteger las inversiones”³³⁷.

405. En su Dúplica, la Demandada se remite al caso *Tecmed*, en el que el tribunal sostuvo que “la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva”. Sobre la base de esta interpretación del estándar, la Demandada concluye que el argumento de la Demandante no puede aceptarse³³⁸.

³³⁴ Ibid., párr. 753.

³³⁵ Ibid., párr. 754.

³³⁶ Ibid., párr. 755.

³³⁷ Ibid., párr. 758.

³³⁸ Dúplica, párr. 1088.

(b) Consideraciones del Tribunal

406. Si bien los casos de *APPL* y *AMT* se refieren a la seguridad física, hay otros en los cuales los tribunales consideraron que no se había cumplido la obligación de otorgar protección y seguridad plenas porque la inversión había recibido un trato injusto e inícuo (*Occidental v. Ecuador*) o, inversamente, sostuvieron que se había incumplido la obligación de dispensar un tratamiento justo y equitativo porque no se habían otorgado protección y seguridad plenas (*Wena Hotels v. Egypt*). La interrelación de los dos estándares indica que es posible infringir la obligación de dar protección y seguridad plenas aún cuando no se produzcan violencia física o daños materiales, como ocurrió en el caso de *Occidental v. Ecuador*.

407. En algunos tratados bilaterales de inversión, el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas figuran como un solo estándar; en otros, como protecciones separadas. El TBI está comprendido en esta última categoría; las dos frases que describen la protección de las inversiones aparecen en forma sucesiva como obligaciones diferentes en el Artículo II.2(a): “Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y...”. El tribunal que entendió del caso de *Occidental* basó su decisión en una cláusula que tenía exactamente la misma redacción que la del TBI y, no obstante, consideró que, tras haber llegado a la conclusión de que se había infringido el estándar del trato justo y equitativo, “la cuestión de si, además, se había incumplido la obligación de otorgar protección y seguridad plenas en virtud de este Artículo es innecesaria, ya que un trato que no es justo ni equitativo entraña automáticamente falta de protección y seguridad plenas”³³⁹.

408. El Tribunal está convencido de que el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plenas. Los casos arriba referidos muestran que se entendió que el concepto de protección y seguridad plenas iba más allá de la protección y la seguridad garantizada por la policía. No se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es

³³⁹ *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador* (LCIA Administered Case No. UN 3467), Laudo de 1 de julio de 2004, párr. 187.

menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro. El Tribunal tiene presente que en recientes acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos, por ejemplo con Uruguay, el concepto de protección y seguridad plenas se entiende que está limitado al nivel de la protección policial que se requiere conforme al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, cuando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física. En conclusión, el Tribunal, habiendo sostenido que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI.

VIII Indemnización

1. Posiciones de las Partes

409. Azurix ha solicitado una indemnización integral por expropiación, al amparo de lo dispuesto en el párrafo 1 del Artículo IV del TBI. Ha alegado que la expropiación fue ilegítima porque no cumplió los requisitos de forma y fondo del debido proceso, ni se pagó una indemnización integral o justa. Por consiguiente, Azurix sostiene que tiene derecho a recibir una indemnización mejorada que, en las palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzów Factory*, “elimine las consecuencias del acto ilícito y restablezca la situación que, más probablemente, habría existido de no haberse realizado el acto”³⁴⁰.

410. Azurix ha propuesto cuatro fechas posibles a los fines de determinar el monto de la indemnización debida por la expropiación: A) julio de 1999, inmediatamente antes de que se dictara la Resolución 1/99, de 4 de agosto de 1999; B) diciembre de 2000, fecha en que el Subsecretario del MOSP había prometido que las cuestiones tarifarias serían resueltas a favor de Azurix y no se resolvieron; C) agosto de 2001, cuando la Provincia negó oficialmente todo incumplimiento del Contrato de Concesión, el Régimen Tarifario o el Marco Regulatorio y rehusó permitir que ABA

³⁴⁰ Memorial, págs. 218-221.

recuperara en forma absoluta el pago del Canon, y D) noviembre de 2001, cuando se dictó el Decreto 2598/01, por medio del cual la Provincia se negó a aceptar la notificación de rescisión cursada por ABA el 5 de octubre de 2001. En su dictamen, el profesor Reisman advirtió que, en un caso de expropiación gradual, la utilización de una fecha tardía puede significar recompensar a la Provincia por su conducta arbitraria en la regulación de la Concesión³⁴¹. Azurix adopta la postura de que “[s]in perjuicio de la fecha que fije este Tribunal, no debería permitirse que la Provincia se beneficie a partir de sus propios ilícitos”³⁴².

411. Azurix analiza las metodologías compensatorias por expropiación y presenta reclamaciones con arreglo a cada una de ellas, sin expresar preferencia por una u otra. De acuerdo con el método de las inversiones efectivamente realizadas, Azurix alega haber invertido US\$449 millones cuando adquirió la Concesión, US\$102,4 millones en concepto de aportes adicionales de capital a favor de ABA y US\$15 millones en costos consecuentes, entre ellos, gastos societarios y legales vinculados a las negociaciones con la Provincia. Según el método del valor libro y basándose en el cálculo consignado en el informe de NERA para cada una de las fechas antes mencionadas, Azurix considera que el valor libro de la Concesión ascendía, en agosto de 1999, a US\$516,9 millones; en enero de 2001, a US\$484,6 millones; en agosto de 2001, a US\$483,9, y en noviembre de 2001, a US\$482,2 millones³⁴³. Azurix ofrece también al Tribunal la posibilidad de considerar la teoría del enriquecimiento sin causa, para tasar la indemnización mediante los beneficios recibidos por la Provincia. Según este método, la Provincia se enriqueció con el Canon, con una inversión adicional de US\$102,4 millones y el valor tiempo (intereses) de los fondos. En el caso del Canon, Azurix sostiene que, de acuerdo con el informe NERA y considerando el valor tiempo, el monto en cuestión se elevaría a US\$450,5 millones³⁴⁴.

412. Además, Azurix ha reclamado las sumas que los clientes debían a ABA cuando la Provincia se hizo cargo de la Concesión y la Provincia pidió públicamente a

³⁴¹ Anexo del Memorial, págs. 71-72.

³⁴² Memorial, pág. 223.

³⁴³ Ibid., págs. 225-227.

³⁴⁴ Ibid., págs. 227-228.

los clientes que no pagaran a ABA. Según Azurix, esas cuentas por cobrar ascendían aproximadamente a AR\$120 millones.

413. En su Memorial de Contestación, la Demandada no efectúa comentario alguno sobre la indemnización reclamada por Azurix. En su Réplica, Azurix considera que, al no responder, Argentina la ha admitido y reafirma la reclamación de Azurix por daños y perjuicios. En su Dúplica, Argentina señala que Azurix reclamó indemnización únicamente por expropiación, y cuestionó las fechas elegidas por la Demandante como fechas posibles a los fines de calcular el monto de la indemnización. Argentina sostiene además que, según lo establece el TBI, la indemnización equivaldrá al valor real en el mercado y que tal valor no puede ser el monto pagado por la Concesión, cuando entran en juego factores ajenos a aquél. Argentina recuerda que la oferta de Azurix era desproporcionada en relación con las otras ofertas presentadas por las zonas de concesión y afirma que “si se toma en cuenta que AZURIX resultó adjudicataria por las regiones A, C1, C2, C3 y C4 y se busca las ofertas que maximizarían los ingresos de la Provincia para esas regiones excluyendo la oferta de AZURIX, se obtiene que el máximo valor que hubiesen pagado los otros oferentes por la Concesión de ABA sería de 38,5 millones de dólares”³⁴⁵. En todo caso, argumenta Argentina, Azurix no tendría derecho a más del 90% del valor real de mercado de ABA; tampoco se puede pasar por alto el efecto que la profunda crisis económica que afectó al país tuvo en el valor de los activos³⁴⁶.

414. En su Memorial Posterior a la Audiencia, la Demandante definió el concepto de “indemnización plena” como la que comprende, como mínimo, “i) el valor no amortizado de todas las inversiones realizadas, incluido el pago del Canon de US\$438,55 millones y las contribuciones de capital adicionales de Azurix a ABA realizadas hasta 2002, por un monto de US\$114.864.000, que se perdieron como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno argentino, ii) perjuicios por varios conceptos por un monto de más de US\$55 millones, y iii) costas”³⁴⁷.

³⁴⁵ Dúplica, párr. 1107.

³⁴⁶ Ibid., párr. 1112.

³⁴⁷ Memorial Posterior a la Audiencia, párr. 68.

2. Consideraciones del Tribunal

415. En materia de indemnización, el Tribunal va a considerar tres temas: i) la diferencia con respecto a la indemnización reclamada por Azurix en sus diversos escritos, ii) el punto de partida para el cálculo de los daños y perjuicios, y iii) el principio en que debe basarse el cálculo de los mismos.

416. Primero, el Tribunal toma nota de que el monto reclamado como compensación por Azurix en su Memorial se limita a las sumas relacionadas con el pago del Canon, las contribuciones de capital adicional realizadas, las cuentas por cobrar y los costos por vía de consecuencia. Esta solicitud se confirma en la Réplica. En el Memorial Posterior a la Audiencia las cuentas por cobrar no se incluyen en la definición de “indemnización plena” y, por otra parte, se reclama una suma de más de US\$55 millones por concepto de daños detallados en el informe de NERA. El Tribunal considera que el Memorial Posterior a la Audiencia no es el lugar apropiado para modificar los escritos referentes a la indemnización, pues el hecho de que este escrito haya sido presentado simultáneamente con el de la otra parte le impide comentar sobre las modificaciones introducidas. Por lo tanto, el Tribunal considerará la indemnización solicitada en el Memorial y confirmada en la Réplica. El Tribunal tiene presente que los daños y perjuicios detallados en el informe de NERA forman parte de las alegaciones efectuadas en el Memorial pero no se incluyeron en el cálculo de la indemnización entonces reclamada por la Demandante.

417. En cuanto a la segunda cuestión, Azurix ha propuesto diversas fechas de 2001. En un caso de expropiación directa, en general puede establecerse sin dificultad el momento en que se ha producido la expropiación. En el caso en que se ha producido una expropiación indirecta o “gradual” o, como lo expresó el tribunal que entendió en el caso *Santa Elena*, en “la fecha en que la ‘interferencia’ gubernamental ha privado al propietario de sus derechos o los ha vuelto prácticamente inútiles”³⁴⁸, al tribunal le resultará mucho más difícil establecer el momento exacto de la expropiación. La dificultad no es menor, aunque la decisión se base en un acto único generador de

³⁴⁸ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. Costa Rica*, (Caso CIADI No. ARB/96/1), Laudo de 17 de febrero de 2000, 39 ILM 1317, 1330 (2000).

responsabilidad, cuando el tribunal concluye que un inversor no ha recibido un trato justo y equitativo, ha sido objeto de un tratamiento arbitrario, o el Estado receptor no le ha proporcionado la protección y seguridad plenas garantizadas por el TBI. En uno de sus laudos, el Tribunal de Irán-Estados Unidos declaró que “cuando la supuesta expropiación se realiza a través de una serie de interferencias en el goce de la propiedad”, la fecha de la expropiación es “el día en que la interferencia se convirtió en una privación más o menos irreversible de la propiedad, y no la fecha de iniciación de la secuencia de hechos”³⁴⁹. En algunos casos se ha alegado que la aplicación de esa fórmula conduciría a una situación no equitativa, en que se evaluaría el valor de la inversión en la fecha en que los actos acumulativos del Estado dieran lugar a una devaluación de extraordinarias proporciones de la inversión. No obstante, en esa opinión no se tiene en cuenta el hecho de que al calcular el valor de mercado el tribunal lo establecería en un contexto hipotético donde el Estado no habría recurrido a esas maniobras y habría respetado plenamente las disposiciones del tratado y el contrato en cuestión.

418. Puede existir una legítima discrepancia con respecto a la fecha de 2001 en que los actos cumulativos de la Provincia condujeron a incumplimientos del Tratado, pero a juicio del Tribunal no puede haber duda de que el 12 de marzo de 2002, cuando la Provincia puso fin a la Concesión alegando abandono por parte de ABA, las infracciones del TBI que había cometido habían llegado a un punto decisivo. A los efectos de calcular la indemnización debida a Azurix, esa es la fecha que tendrá en cuenta el Tribunal.

419. El Tribunal se ocupará ahora de la tercera cuestión referente a la indemnización, es decir la base según deben calcularse los daños. El Tribunal señala que el Tratado sólo provee una medida de indemnización en el caso de que una expropiación cumpla con los requisitos establecidos en el Tratado de que sea realizada con una finalidad pública y que sea no discriminatoria. En este caso, el Artículo IV (1) del TBI tiene el texto siguiente:

³⁴⁹ *Malek v. Iran*, Laudo 534-193-3, párr. 114 (1992) (en que se cita *Int'l Technical Prods. Corp. v. Iran*, Laudo No. 190-302-3, pág. 49, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 206, 240-241 (1985)).

“La compensación equivaldrá al valor real en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurriera con anterioridad; será pagada prontamente; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y se podrá transferir libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de la expropiación”.

420. En el reciente caso *CMS c. Argentina*, el tribunal, en una situación similar declaró “convencido de que la naturaleza acumulativa de los incumplimientos analizados en [dicho] caso se atiende más adecuadamente mediante la aplicación del estándar del valor real de mercado. Aunque este estándar tiene una relación principal con las expropiaciones, no se excluye la posibilidad de que también sea apropiado en el caso de otros incumplimientos, si tienen el efecto de generar pérdidas importantes a largo plazo”³⁵⁰.

421. En cuanto al TLCAN, los tribunales que determinaron que se había transgredido un estándar de protección sin que se hubiera producido una expropiación se encontraban en la misma posición que el Tribunal, dado que el TLCAN no prevé una medida de indemnización en tales situaciones. Hubo tres casos en los cuales los tribunales, en virtud del TLCAN, otorgaron indemnización por daños y perjuicios por incumplimientos que no constituyeron expropiación: *S.D. Myers, Pope & Talbot y Feldman*. El tribunal del caso *Feldman*, después de analizar los otros dos casos, llegó a la siguiente conclusión: “Es obvio que en estos dos casos anteriores, como en el presente, no hubo una violación de las disposiciones del Capítulo XI relativa a la expropiación, los tribunales ejercieron considerable discreción para articular lo que, en su opinión, eran enfoques razonables sobre la cuestión de los daños, consistentes con los requisitos del TLCAN”³⁵¹.

³⁵⁰ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (Caso CIADI No. ARB/01/8), párr. 410.

³⁵¹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1), Laudo de 16 de diciembre de 2002, párr. 197.

422. De hecho, en el caso *S.D. Myers* el tribunal consideró que la ausencia, en el TLCAN, de una medida compensatoria por incumplimientos que no constituyeran expropiación reflejaba la intención de las partes de dejar en manos de los tribunales la determinación de tal medida según las circunstancias del caso, teniendo en cuenta tanto los principios del derecho internacional como las disposiciones del TLCAN³⁵².

423. En *MTD*, otro caso del CIADI, el tribunal consideró que la demandada había infringido la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, y aceptó la propuesta de las Demandantes de aplicar el estándar de indemnización establecido en el caso *Chorzów*. El tribunal señaló que la Demandada no había objetado la aplicación de ese estándar y que “no se ha establecido diferenciación alguna acerca del estándar de compensación en relación con las razones que lo justifican. Por lo tanto, el Tribunal aplicará el estándar de compensación propuesto por la Demandante en la medida de la indemnización por daños y perjuicios otorgada”³⁵³.

424. En el presente caso el Tribunal considera apropiada una indemnización basada en el valor real de la Concesión, particularmente porque la Provincia la tomó a su cargo. El valor real de mercado ha sido definido como “el precio, expresado en efectivo, al que una propiedad cambiaría de manos entre un comprador hipotético dispuesto a comprar y con capacidad de hacerlo y un vendedor hipotético con capacidad de vender, actuando como partes independientes en un mercado abierto y sin restricciones, cuando ninguno tiene la obligación de comprar o vender y cuando ambos tiene un conocimiento razonable de los hechos pertinentes.”³⁵⁴.

425. Azurix ha presentado en su Memorial dos metodologías de medición del valor justo de mercado en el presente caso: el valor de las inversiones efectivamente realizadas y el valor libro de las mismas. Además ha agregado que el argumento esgrimido para respaldar la utilización de las inversiones efectivamente realizadas es

³⁵² *S.D. Myers v. Canada*, Laudo parcial de 13 de noviembre de 2000, párr. 303-319. Traducción del Tribunal.

³⁵³ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), Laudo de 21 de mayo de 2004, párr. 238.

³⁵⁴ *Internacional Glossary of Business Valuation Terms*, American Society of Appraisers, ASA website, June 6, 2001, p. 4. Traducción del Tribunal.

convinciente, ya que la inversión es reciente y es muy fácil determinar su valor. El Tribunal admite la validez, en el presente caso, del método de las inversiones efectivamente realizadas, pero considera necesario introducir un ajuste significativo para llegar al valor real del Canon pagado por la Demandante.

426. En primer lugar, a juicio del Tribunal, en marzo de 2002 ningún inversor bien informado habría pagado por la Concesión el precio (y más especialmente el Canon) pagado por Azurix a mediados de 1999, independientemente de las medidas adoptadas por la Provincia y de la situación económica imperante en Argentina en ese momento. A este respecto el Tribunal hace referencia a algunas de las preocupaciones expresadas por OPIC en el momento en que se negó a financiar el plan de inversiones de ABA. Como ya se expresó, OPIC hizo referencia a la magnitud de las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos de la Concesión, en comparación con los ingresos estimados que se esperaba obtener a través de las tarifas vigentes, y consideró como un obstáculo para conceder el financiamiento el hecho de que no se había acordado una modificación de la Concesión para establecer una situación sostenible. No obstante, en el momento en que Azurix ganó la Concesión, la Provincia aceptó el precio pagado por Azurix como precio real de mercado de la Concesión, y la Provincia se benefició del precio pagado, presuntamente abusivo. Además, no hay duda de que la pérdida de valor es atribuible, en parte, a las medidas de la Provincia y a la politización de la Concesión.

427. Más importancia revisten las conclusiones a las que llegó el Tribunal con respecto al proceso de revisión del RPI y a la imposibilidad de incluir el Canon entre los activos susceptibles de recuperación a los efectos de los incrementos de tarifas. Azurix ha alegado que el precio correcto de un artículo en una subasta es el precio pagado por el oferente favorecido. Argentina, por su parte, sostiene que el valor real de mercado de la Concesión debe basarse en las ofertas competidoras, cuyo monto es mucho más bajo. La función del Tribunal no consiste en hacer conjeturas sobre los valores establecidos por diversos oferentes en el momento de la privatización de AGOSBA, sino en tratar de determinar la suma que un tercero independiente y bien informado habría estado dispuesto a pagar por la Concesión en marzo de 2002, en un

contexto en que la Provincia habría cumplido sus obligaciones. A este respecto, teniendo en cuenta que el ajuste de tarifas por variación del RPI no era automático y que el Canon sólo podía recuperarse a lo largo de lo que restaba de la Concesión (alrededor de 27 años y nueve meses y medio), y sobre la base de las tarifas existentes, ajustadas periódicamente a lo largo del proceso de revisión enunciado en el Contrato de Concesión, ese inversor habría comprendido que su única posibilidad de recuperar el Canon consistía esencialmente en ampliar el sistema y mejorar la eficiencia entre dos revisiones periódicas quinquenales de las tarifas. Por otra parte, con respecto al proceso de revisión del RPI, habría sido razonable que ese inversor concluyera que el ORAB habría aprobado incrementos de tarifas periódicas basadas en la tasa de inflación argentina, si no en la de los Estados Unidos.

428. Al mismo tiempo, el Tribunal no puede pasar por alto el hecho de que la Provincia, a través de sus actos y omisiones, contribuyó a la pérdida de valor de la Concesión. Cuando la Provincia aceptó la oferta de Azurix, la consideró como el valor justo de mercado de la Concesión, y se vio beneficiada por el precio, supuestamente abusivo, pagado.

429. Teniendo en cuenta esos factores y valorando el Canon en cifras actuales, el Tribunal opina que en el marco del Contrato de Concesión existente sólo sería realista suponer una recuperación parcial del Canon. El Tribunal concluye, por lo tanto, que el valor del Canon al 12 de marzo de 2002 debería establecerse en US\$60.000.000 (sesenta millones de dólares de los Estados Unidos).

430. En segundo lugar, Azurix debe ser indemnizada, como parte del justo valor de mercado de la Concesión, por las inversiones adicionales que realizó para financiar a ABA. En su Memorial Azurix ha reclamado el pago de US\$102,4 millones en concepto de contribuciones adicionales de capital además de la suma invertida inicialmente de US\$449 millones, de los cuales US\$438,555,551 representan el pago del Canon. El monto de 102,4 millones añadido a la diferencia entre la suma invertida al principio y el Canon da como resultado inversiones adicionales al Canon por un monto de US\$112.844.446 (ciento doce millones ochocientos cuarenta y cuatro mil

cuatrocientos cuarenta y seis dólares de los Estados Unidos). Sin embargo, el Tribunal considera que este monto debe ser reducido en US\$7.603.693 (siete millones seiscientos tres mil seiscientos noventa y tres dólares de los Estados Unidos de América) que representan la suma de las reclamaciones presentadas por Azurix por concepto de daños, que el Tribunal ha determinado se encuentran relacionados con reclamaciones contractuales – aquéllas relacionadas con los trabajos enumerados en la Circular 31(A) con la excepción de Bahía Blanca³⁵⁵ y por las que debe ser responsable Azurix como parte de su riesgo empresarial. En consecuencia, el monto otorgado en concepto de inversiones adicionales es de US\$105.240.753 (ciento cinco millones doscientos cuarenta mil setecientos cincuenta y tres dólares de los Estados Unidos).

431. En tercer lugar, Azurix ha reclamado 120 millones de pesos argentinos por recibos sin pagar a ABA por los servicios prestados con anterioridad a la toma del control de la Concesión por parte de la Provincia y, que la Provincia había ordenado a los usuarios no pagarlos a ABA. Según Argentina, sólo un monto de aproximadamente medio millón de pesos ha sido pagado y está retenido por separado. El Tribunal observa que el monto reclamado por Azurix representa todos los recibos adeudados por los usuarios al 7 de marzo de 2002. El Tribunal considera que la Provincia debe este monto a ABA y por tanto no debe ser parte de la indemnización otorgada a Azurix..

432. En cuarto lugar, Azurix ha reclamado US\$15.000.000 (quince millones de dólares de Estados Unidos) en concepto de daños consecuentes a fin de eliminar los efectos de la infracción de una obligación internacional. Este monto se desdobra en: (i) gastos corporativos por las negociaciones con la Provincia, la rescisión del Contrato y la transferencia del servicio (US\$7,1 millones), y (ii) costos de la preparación, registro y participación en este procedimiento (US\$7,9 millones). El Tribunal considerará este segundo elemento como parte de su decisión sobre las costas de este procedimiento. Por lo que respecta al primer elemento, el Tribunal considera que no ha recibido suficientes pruebas que documenten tales gastos y que, en cualquier caso, estos gastos forman parte del riesgo empresarial que Azurix asumió al tomar la decisión de

³⁵⁵ Informe NERA, p.170. Anexo 19-C del Memorial.

invertir. Por lo tanto, mientras que el Tribunal concurre que, en principio, la indemnización en el caso de un acto ilícito debe eliminar sus consecuencias, en las circunstancias de este caso, el Tribunal no considera justificado el monto reclamado.

433. En quinto lugar, teniendo en cuenta la responsabilidad de la Provincia por el fracaso de la Concesión y el hecho de que la ejecución del POES se llevó a cabo a lo largo de un período quinquenal, en tanto que la Concesión se canceló cuando aún no había transcurrido la mitad de ese período, el Tribunal concluye que no debe recaer sobre Azurix responsabilidad alguna por la falta de ejecución de ese plan.

434. La Demandante ha propuesto, como alternativa al valor justo de mercado de la inversión, que la indemnización se base en la “teoría del enriquecimiento sin causa”. A este respecto la Demandante ha hecho referencia a la decisión de la corte (en realidad un tribunal arbitral) que entendió del caso *Lena Goldfields* quien fundó su laudo en el enriquecimiento sin causa en lugar de los daños y perjuicios. Tal como expresó la corte y se cita en el Memorial:

“La Corte falla, asimismo, que la conducta del Gobierno importó un incumplimiento total del contrato. En consecuencia, Lena tiene derecho a ser liberada de la carga de las obligaciones de él derivadas y a ser indemnizada en efectivo por el valor de los beneficios de los que ha sido privado injustamente. Según los principios legales ordinarios, esto constituye la causa de una acción por daños, pero la Corte prefiere fundar su laudo en el principio de “enriquecimiento sin causa” aunque en su opinión, el quantum monetario es el mismo”³⁵⁶.

435. El Tribunal observa que la corte no expresó ningún fundamento para optar por el enriquecimiento sin causa, en lugar de hacerlo por los daños y perjuicios. Esta decisión ha sido criticada por su falta de claridad, y la referencia a que se llega al mismo resultado en términos monetarios:

“levanta la sospecha que esas consideraciones, lejos de ser decisivas para el resultado del laudo, se utilizaron tan sólo para crear una apariencia de amplia

³⁵⁶ Memorial, pág. 227.

justicia general. Este caso, si bien se cita con frecuencia en derecho internacional como respaldo de un “principio contrario al enriquecimiento sin causa”, probablemente no ha tenido otro efecto que causar fuerte confusión”³⁵⁷.

436. El Tribunal observa asimismo que los daños y perjuicios y el enriquecimiento sin causa presentan diferencias conceptuales marcadas en cuanto a los principios de la responsabilidad y la medida de la restitución. La indemnización por un acto ilícito se funda en el daño sufrido, mientras que en el enriquecimiento sin causa se basa en la restitución; por ejemplo, lo que puede reclamarse en algunos órdenes jurídicos de derecho civil es la restitución del monto que contribuyó el empobrecido, o si es inferior, el monto de la ganancia de la otra parte³⁵⁸.

437. El Tribunal Irán-Estados Unidos, que en varias ocasiones se ha ocupado de reclamaciones basadas en el principio del enriquecimiento sin causa, lo define, y define su aplicabilidad, en los términos siguientes:

“Debe existir un enriquecimiento de una parte en detrimento de la otra, y ambos deben ser consecuencia del mismo acto o hecho. No debe existir justificación alguna del enriquecimiento, y la parte lesionada no debe disponer de ningún recurso contractual o de otro género a través del cual pueda procurar una indemnización de la parte enriquecida”³⁵⁹.

438. El Tribunal ha concluido que Argentina incurrió en incumplimiento del Tratado, lo que representa un acto ilícito bajo el derecho internacional. La Demandante ha elegido el recurso que le brinda el Tratado y el Tribunal ha concluido también que la medida de la indemnización a ser aplicada en este caso no consiste en la restitución de la inversión de la Demandante respecto de la cual un incumplimiento ha sido determinado, sino el valor justo de mercado que tenía antes de que el incumplimiento

³⁵⁷ Christoph Schreuer, “Unjust Enrichment in International Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. XXII, No. 2, pág. 289. Traducción del Tribunal.

³⁵⁸ Bryce Dickson, “Unjust Enrichment Claims: a Comparative Overview”, *Cambridge Law Journal*, 54(1), March 1995, pp. 100-126; G. Bonet, “L’enrichissement sans cause, droit privé et droit public”, *LITEC, Extrait du Juris-Classeur Civil*, 1989; Jason W. Neyers, Mitchell McInnes & Stephen G.A. Pitel, *Understanding Unjust Enrichment*, Oxford: Hart, 2004.

³⁵⁹ *Sea-Land Service, Inc. v. Iran* (6 Iran-U.S.C.T.R.) pág. 169. Traducción del Tribunal.

tuviera lugar. Por esas razones el Tribunal no se ha inclinado por la alternativa de la indemnización basada en el enriquecimiento sin causa, que propone la Demandante.

IX Intereses

439. La Demandante ha solicitado que se ordene el pago de intereses sobre el monto de la indemnización por todos los daños sufridos y que tales intereses se calculen a la tasa promedio aplicable a los certificados de depósito a seis meses en los Estados Unidos, computados semestralmente. La Demandada ha afirmado que no sería legítimo aplicar intereses compuestos y que, en caso de que el Tribunal decidiera hacer lugar a la reclamación de Azurix, correspondería aplicar interés simple.

440. El Tribunal, considera que el interés compuesto es el que más se ajusta a la realidad de las transacciones financieras y es el que conduce a un resultado más próximo al valor perdido por un inversor. Por lo tanto considera que corresponde pagar interés compuesto sobre el monto de la indemnización otorgada en este laudo, a partir de la fecha en que la Provincia terminó la Concesión —12 de marzo de 2002— hasta la fecha en que el presente laudo sea remitido a las partes, a la tasa promedio aplicable a los certificados de depósito a seis meses en los Estados Unidos. En caso de que el monto otorgado no sea abonado íntegramente dentro de los 60 días posteriores a esa fecha, la Demandada pagará intereses a la tasa aplicable a los certificados de depósito a seis meses en los Estados Unidos, hasta la fecha en que dicha suma se abone íntegramente, y tal tasa será también compuesta.

X Costas

441. Se ha hecho lugar parcialmente a los requerimientos de la Demandante sobre el fondo del asunto. El Tribunal rehusó dictar la orden de medidas provisionales solicitada por la Demandante; las excepciones de Argentina a la jurisdicción del Tribunal no prosperaron, ni tampoco su recusación del Presidente del Tribunal. La Demandante no presentó su copia de los sobres 1 y 2 que le había solicitado el Tribunal, y Argentina pidió que la Demandante sufrague los gastos relacionados con este incidente procesal. Por las razones expuestas, el Tribunal considera que: (1) cada parte debe pagar sus propios gastos y los honorarios de sus abogados, y (2) que

Argentina debe hacerse cargo de los honorarios y gastos de los árbitros y las costas del Secretariado del CIADI, con excepción de aquellos gastos vinculados a dicha solicitud de medidas provisionales y a dicho incidente procesal que se estiman en US\$34.496 (treinta cuatro mil cuatrocientos noventa y seis dólares de los Estados Unidos) y que correrán a cargo de la Demandante.

XI Decisión

442. Por las razones expuestas, el Tribunal decide en forma unánime:

1. Que la Demandada no infringió el Artículo IV(1) del TBI.
2. Que la Demandada infringió el Artículo II(2)(a) del TBI al no dispensar un tratamiento justo y equitativo a la inversión de Azurix.
3. Que la Demandada no otorgó a la inversión de Azurix la entera protección y seguridad que le caben según lo dispuesto en el Artículo II(2)(a) del TBI.
4. Que la Demandada infringió el Artículo II(2)(b) del TBI al adoptar medidas arbitrarias que menoscabaron el uso y goce de la inversión por parte de Azurix.
5. Ordenar el pago como indemnización a Azurix por concepto del justo valor de mercado de la Concesión el monto de US\$165.240.753 (ciento sesenta y cinco millones doscientos cuarenta mil setecientos cincuenta y tres dólares de Estados Unidos), que incluye parte del monto de las inversiones adicionales hechas por Azurix para financiar a ABA.
6. Ordenar el pago de intereses compuestos semi-anales sobre el monto referido en el párrafo 5: (i) desde el 12 de marzo de 2002 hasta el 30 de junio de, 2006, a la tasa de 2.44%, que es la tasa de interés promedio aplicable a los certificados de depósito a seis meses en dólares de los Estados Unidos durante ese período, y (ii) a partir de los 60 días siguientes a la fecha de despacho a las partes del presente laudo hasta que tal monto haya sido totalmente pagado a la tasa de interés promedio aplicable a los certificados de depósitos a seis meses en dólares de Estados Unidos..

7. Que cada parte se hará cargo de sus propios gastos y honorarios de sus abogados, y que la Demandada se hará cargo de los honorarios y gastos de los árbitros y las costas del Secretariado del CIADI excepto por la suma de US\$34.496 (treinta cuatro mil cuatrocientos noventa y seis dólares de Estados Unidos) que correrá a cargo de la Demandante.

8. Desestimar toda otra reclamación.

Hecho en Washington, DC, en inglés y en español, ambas versiones igualmente auténticas.

[SIGNED]

Dr. Daniel Hugo Martins
Árbitro

Fecha: 19 de junio de 2006

[SIGNED]

Sr. Marc Lalonde, P.C., O.C., Q.C.
Árbitro

Fecha: 14 de junio de 2006

[SIGNED]

Dr. Andrés Rigo Sureda
Presidente

Fecha: 23 de junio de 2006