

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Washington D.C.

En el procedimiento entre

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A.

(Demandantes)

y

La República Argentina
(Demandada)

(Caso CIADI No. ARB/03/19)

y

En el arbitraje bajo el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas
para el Derecho Mercantil Internacional entre

AWG Group
(Demandante)

y

La República Argentina
(Demandada)

DECISIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD

Miembros del Tribunal

Profesor Jeswald W. Salacuse, presidente
Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, árbitro
Profesor Pedro Nikken, árbitro

Secretario del Tribunal
Sr. Gonzalo Flores

Fecha: 30 de julio de 2010

En representación de las Demandantes:

Sr. Nigel Blackaby
Sr. Lluís Paradell
Sra. Noiana Marigo
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

En representación de la Demandada:

Hasta el 26 de enero de 2010:
Dr. Osvaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación

Desde el 27 de enero de 2010:
Dr. Joaquín Pedro da Rocha
Procurador del Tesoro de la Nación

Tabla de abreviaturas

AASA	Aguas Argentinas S.A.
AGBAR	Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.
AWG	AWG Group Ltd.
AySA	Agua y Saneamientos Argentinos S.A.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
ETOSS	Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios
OSN	Obras Sanitarias de la Nación
PMES	Plan de Mejoras y Expansión del Servicio
TBI	Tratado Bilateral sobre Inversiones
UNIREN	Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios públicos

INDICE

I.	Antecedentes procesales	1
A.	Comienzo del procedimiento de arbitraje	1
B.	Constitución del Tribunal.....	3
C.	Sesión preliminar y calendario.....	3
D.	Excepción de falta de jurisdicción planteada por la Demandada.....	4
E.	Petición de transparencia y participación en calidad de amicus curiae.....	5
F.	Desistimiento de AASA en calidad de Demandante.....	5
G.	Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción	7
H.	Presentación en Calidad de Amicus Curiae	7
I.	Primera recusación de un Árbitro presentada por la Demandada	8
J.	Audiencia sobre el fondo del asunto	8
K.	Segunda Recusación de un Árbitro presentada por la Demandada.....	9
II.	Los hechos de la presente diferencia	11
A.	Antecedentes	11
B.	La privatización de los sistemas de provisión de agua potable y desagües cloacales de Buenos Aires.....	11
C.	La selección del consorcio de las Demandantes como Concesionario	13
D.	Los primeros ocho años de operaciones (1993-2001).....	15
E.	La crisis financiera de Argentina (2001-2003)	18
F.	Intentos por renegociar la Concesión	19
G.	Rescisión de la Concesión.....	22
III.	La ley aplicable a esta diferencia.....	23
IV.	El marco jurídico de la Concesión de AASA	25
A.	Medidas legislativas y reglamentarias	26
B.	El Contrato de Concesión	36
C.	Consideraciones generales	44
V.	La naturaleza general de las reclamaciones de las Demandantes y las defensas de Argentina	46
VI.	Responsabilidad por expropiación directa o indirecta.....	47
A.	Las disposiciones aplicables de los tratados	47
B.	Medidas adoptadas por Argentina para hacer frente a la crisis.....	52
C.	Negativa de la Argentina a ajustar las tarifas.....	55
D.	Terminación de la concesión por Argentina	57
E.	Conclusiones del Tribunal	62
VII.	Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de brindar protección y seguridad .	62
A.	Disposiciones aplicables de los tratados	62
B.	Análisis y jurisprudencia.....	63
C.	Conclusiones del Tribunal	71
VIII.	Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo	71
A.	Disposiciones aplicables de los tratados	71
B.	Posición de las Demandantes.....	76

1.	Medidas que alteraron el marco de inversiones	77
2.	Renegociación impuesta	78
3.	Terminación de la Concesión por parte de la Argentina.....	81
C.	Posición de la Demandada	81
D.	Análisis	85
1.	Medidas de Argentina que modificaron el marco de la inversión	93
2.	Medidas adoptadas por Argentina para renegociar la Concesión.....	96
3.	Terminación de la Concesión por parte de Argentina	98
E.	Conclusiones del Tribunal	100
IX.	Defensa de Argentina basada en el estado de necesidad	101
A.	Naturaleza jurídica de la defensa	101
B.	Posición de Argentina	102
C.	Posición de las Demandantes	103
D.	Presentación en calidad de amicus curiae	104
E.	Análisis y conclusiones del Tribunal	105
X.	Disposiciones de los TBIs sobre conflictos armados y estados de emergencia.....	108
XI.	Procedimiento ulterior; costos y gastos	111
XII.	Conclusiones del Tribunal con respecto a la responsabilidad de la Demandada.....	112

I. Antecedentes procesales

A. Comienzo del procedimiento de arbitraje

1. El 17 de abril de 2003, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”, o el “Centro”) recibió una Solicitud de Arbitraje (“la Solicitud”) en contra de la República Argentina (la “Demandada” o “Argentina”) de Aguas Argentinas S.A. (“AASA”), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. (“AGBAR”), Vivendi Universal S.A. (“Vivendi”), y AWG Group Ltd. (“AWG”) (en conjunto, las “Demandantes”). AASA era una compañía constituida en Argentina. Suez y Vivendi, ambas constituidas en Francia; AGBAR, constituida en España, y AWG, constituida en el Reino Unido, eran accionistas de AASA. La Solicitud se refería a las inversiones de las Demandantes en una concesión de servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales en la Ciudad de Buenos Aires y algunas municipalidades de los alrededores, y una serie de supuestos actos y omisiones de Argentina, incluyendo el supuesto incumplimiento o negativa a aplicar ajustes previamente convenidos a los mecanismos de cálculo y ajuste de tarifas¹.

2. En la Solicitud, las Demandantes Suez y Vivendi invocaron el consentimiento dado por la Argentina a la solución de diferencias a través del arbitraje del CIADI, previsto en el Tratado Bilateral sobre Inversiones de 1991 celebrado entre Francia y la República Argentina (“TBI Argentina-Francia”)² y AGBAR invocó el consentimiento de la Argentina previsto en el Tratado Bilateral sobre Inversiones de 1991 celebrado entre la República Argentina y el Reino de España (“TBI Argentina-España”)³. La Demandante AWG invocó el consentimiento de la Argentina al arbitraje de diferencias relativas a inversiones en el marco del Tratado Bilateral sobre Inversiones de 1990 entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

¹ En esa misma fecha, el Centro recibió otras dos solicitudes de arbitraje bajo el Convenio del CIADI relativas a concesiones de agua en Argentina presentadas por (i) Aguas Cordobesas S.A., Suez y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y (ii) Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales del Agua S.A., acerca de inversiones y diferencias semejantes. Como se explica más adelante, estas solicitudes serían registradas posteriormente por el Centro y presentadas, mediante acuerdo de las partes, al mismo Tribunal. El primero de los procedimientos mencionados, en el que participaba Aguas Cordobesas S.A., sería terminado ulteriormente por acuerdo entre las partes.

² Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Francia para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones, firmado el 3 de julio de 1991 y en vigor desde el 3 de marzo de 1993; 1728 UNTS 298.

³ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, firmado en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991 y en vigor desde el 28 de septiembre de 1992; 1699 UNTS 202.

(“TBI Argentina-Reino Unido”)⁴, en cuyo artículo 8 (3) se establece que, en el supuesto de que una diferencia relativa a inversiones sea objeto de arbitraje internacional, Argentina y el inversor de que se trate pueden acordar someter su diferencia ya sea al arbitraje del CIADI o al arbitraje previsto en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“Reglamento de la CNUDMI”), y que transcurrido un período de tres meses sin que se haya llegado a un acuerdo, las partes están obligadas a someter su diferencia a arbitraje en los términos previstos en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Aunque el plazo de tres meses requerido venció sin que se llegara a un acuerdo, AWG, en su Solicitud de Arbitraje, invitó a la Argentina a que acordara extender el arbitraje del CIADI a las reclamaciones de AWG enmarcadas en el TBI Argentina-Reino Unido.

3. El 17 de abril de 2003, el Centro, de conformidad con la regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (“Reglas de Iniciación”) del CIADI, acusó recibo de la Solicitud y transmitió una copia de la misma a la República Argentina y a la Embajada de Argentina en Washington, D.C.

4. El 17 de julio de 2003, el Secretario General interino del Centro registró la Solicitud conforme a lo previsto en el artículo 36 (3) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio del CIADI” o el “Convenio”). El caso fue registrado como caso CIADI No. ARB/03/19, oficialmente caratulado como *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*⁵. En esa misma fecha, el Secretario General Interino, de conformidad con la Regla de Iniciación 7, notificó a las Partes el registro de la Solicitud y las invitó a constituir cuanto antes un tribunal de arbitraje. Argentina no consintió en extender la jurisdicción del CIADI a las reclamaciones de AWG, pero sí acordó permitir que el caso, aunque sujeto al Reglamento de la CNUDMI, fuera administrado por el CIADI.

⁴ Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y la Protección de Inversiones, firmado el 11 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 19 de febrero de 1993.

⁵ Como se señala en la nota de pie de página 1, *supra*, en esa misma fecha el Centro registró otras dos solicitudes de arbitraje referentes a concesiones de agua en Argentina: el caso CIADI No.ARB/03/18 (*Aguas Cordobesas S.A., Suez, y AGBAR c. República Argentina*) y el caso CIADI No.ARB/03/17 (*Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e Interagua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*).

B. *Constitución del Tribunal*

5. Las partes no pudieron llegar a un acuerdo sobre el número de árbitros que compondría el tribunal de arbitraje ni sobre el método de nombramiento de los mismos. En consecuencia, el 22 de septiembre de 2003, las Demandantes solicitaron que el Tribunal se constituyera de conformidad con la fórmula prevista en el artículo 37(2) (b) del Convenio del CIADI, es decir, con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, designado de común acuerdo. Las Demandantes nombraron árbitro a la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, de nacionalidad suiza. La República Argentina, a su vez, nombró como árbitro al profesor Pedro Nikken, nacional de Venezuela.

6. A falta de un acuerdo entre las partes sobre el nombre del árbitro que presidiría, el 21 de octubre de 2003, las Demandantes, invocando el artículo 38 del Convenio del CIADI y la regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (“Reglas de Arbitraje”), solicitaron al Centro que efectuara este nombramiento. Con el acuerdo de ambas partes, el Centro nombró al profesor Jeswald W. Salacuse, de nacionalidad estadounidense, como Presidente del Tribunal.

7. El 17 de febrero de 2004, el Secretario General Adjunto del CIADI, de conformidad con la regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos, por lo cual se entendía constituido el Tribunal e iniciado el procedimiento en esa fecha. Ese mismo día, conforme a lo dispuesto en la regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las Partes que el Sr. Gonzalo Flores, consejero jurídico superior del CIADI, desempeñaría las funciones de Secretario del Tribunal de Arbitraje. Las Partes acordaron que el mismo Tribunal entendería en el caso CIADI No. ARB/03/19 y el procedimiento de arbitraje iniciado por AWG en el marco de la CNUDMI y decidiría acerca de ellos, junto con otros dos casos relativos a concesiones de agua en las provincias de Santa Fe (caso CIADI No. ARB/03/17) y Córdoba (caso CIADI No. ARB/03/18).

C. *Sesión preliminar y calendario*

8. De conformidad con lo dispuesto en la regla 13 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal celebrará su primera sesión a más tardar 60 días después de constituirse, salvo que las Partes acuerden otro plazo. Las Partes no pudieron llegar a un acuerdo sobre una fecha adecuada para la primera sesión dentro de los plazos prescritos. En consecuencia, el Tribunal celebró su primera sesión sin las Partes mediante conferencia telefónica el 19 de abril de 2004.

9. El 7 de junio de 2004, el Tribunal celebró una sesión con las Partes en la sede del Centro en Washington, D.C. Durante la sesión, las partes en el caso CIADI No. ARB/03/19 confirmaron su acuerdo en cuanto a que el Tribunal se había constituido en debida forma, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI, y que no tenían objeciones que formular al respecto. De igual forma, en el caso regido por el Reglamento de la CNUDMI, AWG y Argentina también estuvieron de acuerdo en que el Tribunal había sido debidamente constituido.

10. En el curso de la sesión, las Partes también se manifestaron de acuerdo sobre diversos aspectos de procedimiento de los que se dejó constancia en la respectiva acta, firmada por el Presidente y el Secretario del Tribunal⁶. El Tribunal, tras consultar con las partes, también estableció un calendario para la fase de actuaciones escritas y orales en estos casos.

D. *Excepción de falta de jurisdicción planteada por la Demandada*

11. De conformidad con el calendario convenido, el 1 de enero de 2005 las Demandantes presentaron conjuntamente un Memorial sobre el Fondo del asunto, con documentación adjunta, relativo al caso CIADI No. ARB/03/19 y al procedimiento de arbitraje conforme al Reglamento de la CNUDMI relativo a las reclamaciones de AWG. En respuesta al Memorial de las Demandantes, el 28 de febrero de 2005 la Argentina presentó un memorial con excepciones a la jurisdicción, en que se alegaban seis causales específicas por las que el CIADI y el presente Tribunal carecían de jurisdicción para conocer y decidir acerca de la reclamación de daños y perjuicios de las Demandantes. Algunas de estas excepciones solo eran válidas para las Demandantes Suez, Vivendi y AGBAR, que reafirmaban la jurisdicción del CIADI, mientras que otras eran aplicables a todas las Demandantes.

12. Mediante carta del 17 de marzo de 2005, el Tribunal, en observancia de lo dispuesto en la regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI y en el artículo 21 del Reglamento de la CNUDMI, confirmó la suspensión del procedimiento sobre el fondo del asunto. El 6 de diciembre de 2005, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre la Jurisdicción.

⁶ Durante la sesión, las Partes acordaron varias cuestiones de procedimiento relacionadas con el presente caso y los Casos CIADI No. ARB/03/17 y No. ARB/03/18. En estos acuerdos se incluía un calendario escalonado de presentaciones escritas y orales. Una copia del acta de la sesión se adjuntó como anexo No. 1 a la Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción.

E. *Petición de transparencia y participación en calidad de amicus curiae*

13. Mientras tanto, el 28 de enero de 2005, cinco organizaciones no gubernamentales (ONGs), la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, el Centro de Estudios Legales y Sociales, el Centro para el Derecho Internacional Ambiental, Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y la Unión de Usuarios y Consumidores, presentaron una Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae* (la “Petición”) al Secretario del Tribunal. Tras la presentación de la Petición, el Tribunal invitó a las Partes a formular las observaciones que pudieran tener al respecto, y ambas Partes presentaron sus posiciones sobre esta cuestión. El 19 de mayo de 2005, el Tribunal emitió una *Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación como Amicus Curiae*, en la que se establecían las condiciones bajo las cuales el Tribunal consideraría las presentaciones *amicus curiae*⁷.

F. *Desistimiento de AASA en calidad de Demandante*

14. Como se acordó durante la sesión del 7 de junio de 2004, se celebró una audiencia sobre jurisdicción en la sede del Centro en Washington, D.C. el 11 de mayo de 2005. Después de la audiencia, cuando el Tribunal estaba en proceso de deliberaciones sobre la jurisdicción, mediante carta del 9 de febrero de 2006, los abogados de las Demandantes informaron al Tribunal que los accionistas Demandantes de AASA estaban vendiendo sus intereses en esa compañía a terceras partes y que “[...] para facilitar la requerida aprobación de dicha venta por parte de la República Argentina, AASA ha decidido desistir de su reclamación en el arbitraje de la referencia”, pero que dicho desistimiento se hacía expresamente sin perjuicio de las reclamaciones de los accionistas Demandantes en el presente procedimiento. A invitación del Tribunal, la Demandada presentó sus observaciones a esta renuncia mediante carta del 15 de febrero de 2006. La Demandada no se opuso a la renuncia de AASA pero solicitó que la Demandante AASA le proporcionase copias del Acta de la Asamblea de Accionistas de AASA concerniente a la decisión que autorizaba esta renuncia. En la misma oportunidad, la Demandada presentó argumentos adicionales objetando la jurisdicción del Tribunal y afirmando que la decisión de AASA de retirarse extinguía las reclamaciones de las otras Demandantes en este caso. A invitación del Tribunal, los abogados de AASA proporcionaron copias del Acta de la Asamblea de Accionistas de AASA del 8 de febrero de 2006, autorizando la terminación de su reclamación

⁷ Una solicitud semejante fue presentada posteriormente al mismo Tribunal por una organización no gubernamental y tres individuos en relación con el caso CIADI No. ARB/03/17. La Resolución del Tribunal en Respuesta a la Petición de Participación en Calidad de *Amicus Curiae* relativa a ese caso, del 17 de marzo de 2006, puede consultarse en el sitio web del CIADI: icsid.worldbank.org.

ante este Tribunal. Al mismo tiempo, los abogados de las Demandantes rechazaron cada uno de los argumentos utilizados por la Demandada para impugnar la jurisdicción del Tribunal con respecto a las otras Demandantes. El Tribunal proporcionó copias de estos documentos a la Demandada y solicitó sus observaciones respecto del desistimiento de AASA. Mediante carta del 31 de marzo de 2006, la Demandada informó al Tribunal que “[...] la República Argentina no se opone al desistimiento planteado por la[s] Concesionaria[s] AASA [...]” en el arbitraje del CIADI No. ARB/03/19”, pero argumentó que dicho desistimiento tendría consecuencias legales con respecto a la jurisdicción del Tribunal sobre los accionistas Demandantes y sus reclamaciones.

15. En sus deliberaciones sobre esta solicitud, el Tribunal concluyó que ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje del CIADI prevén específicamente el desistimiento de una parte en un procedimiento de arbitraje que continuará tramitándose. La regla de arbitraje 44 del CIADI, la disposición más relevante para la acción solicitada por la Demandante AASA, permite la terminación de un procedimiento de arbitraje a solicitud de una parte cuando la otra parte no se opone. Pero una lectura estricta de los términos de la regla 44 de las Reglas de Arbitraje no permitiría su aplicación al desistimiento de una sola parte. Con todo, el Tribunal, basándose en el artículo 44 del Convenio del CIADI, que da a los tribunales del CIADI la facultad de resolver cuestiones procesales no previstas por el Convenio o las Reglas de Arbitraje, concluyó que tenía la facultad de ordenar la terminación del procedimiento con respecto a una parte, a solicitud de esta, cuando la otra parte no planteara objeciones. El Tribunal concluyó que permitir tal terminación era acorde con los objetivos básicos del Convenio del CIADI de facilitar la solución de diferencias relativas a inversiones, siendo la regla 44 de las Reglas de Arbitraje del CIADI una manifestación específica de los mismos. El Tribunal consideró, asimismo, que la continuación de la participación de AASA en el presente procedimiento no cumpliría un fin útil para la consecución de una resolución justa y adecuada del presente arbitraje.

16. En consecuencia, el 14 de abril de 2006, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 sobre Terminación del Procedimiento con respecto a Aguas Argentinas S.A., y resolvió que (i) el procedimiento en el caso CIADI No. ARB/03/19 con respecto a la Demandante, Aguas Argentinas S.A., se diera por terminado, dejando la referida Demandante, Aguas Argentinas S.A., de ser parte de este procedimiento desde el día 14 de abril de 2006, y (ii) el procedimiento en el caso CIADI No. ARB/03/19 continuara en todos los demás aspectos. En cuanto a los argumentos de la Demandada de que el desistimiento de AASA del caso tendría consecuencias para la jurisdicción del Tribunal sobre los accionistas Demandantes y sus reclamaciones, el Tribunal

concluyó que esas excepciones se abordarían más adecuadamente en su Decisión sobre Jurisdicción.

G. *Decisión del Tribunal sobre Jurisdicción*

17. Luego de considerar cada una de las excepciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada, el Tribunal las rechazó todas, con excepción de la cuarta, relativa a la condición de sociedad argentina de AASA, excepción que había quedado sin efecto debido a la terminación del procedimiento con respecto a AASA. En su Decisión sobre Jurisdicción⁸ del 3 de agosto de 2006, el Tribunal decidió entonces que el CIADI y este Tribunal tenían jurisdicción para entender en el caso CIADI No. ARB/03/19 y que este Tribunal tenía jurisdicción para entender en el arbitraje de la CNUDMI entre AWG y la República Argentina. En consecuencia, el Tribunal decretó, en el primer caso, la continuación del procedimiento sobre el fondo del asunto de conformidad con el Convenio y las Reglas de CIADI y los TBIs aplicables y, en el segundo, la continuación del procedimiento sobre el fondo del asunto de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el TBI aplicable. Asimismo, el Tribunal dictó las resoluciones necesarias para la continuación del procedimiento conforme a lo dispuesto en la regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI y el artículo 21 del Reglamento de la CNUDMI. Después, tras consultar con las Partes, el Tribunal fijó fecha para la audiencia sobre el fondo.

H. *Presentación en Calidad de Amicus Curiae*

18. Las cinco ONGs que antes habían solicitado autorización para realizar presentaciones en calidad de *amicus curiae* en este caso, el 1 de diciembre de 2006 presentaron formalmente una Solicitud de autorización para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae* de acuerdo con la decisión del Tribunal de fecha 19 de mayo de 2005, mencionada antes en el párrafo 13. Después de recibir las observaciones de las Partes sobre esta solicitud, el Tribunal en una resolución en respuesta a la solicitud de autorización de cinco organizaciones no gubernamentales para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae*, de fecha 12 de febrero de 2007⁹, les permitió realizar una sola presentación conjunta en condiciones específicas, a más tardar el 14 de abril de 2007. Las cinco ONGs realizaron efectivamente una presentación conjunta en calidad de *amicus curiae*, la que fue transmitida después a las Partes para que formularan sus observaciones.

⁸ Disponible en icsid.worldbank.org.

⁹ Disponible en icsid.worldbank.org.

I. *Primera recusación de un Árbitro presentada por la Demandada*

19. El 12 de octubre de 2007, poco antes de que tuviera lugar la audiencia sobre el fondo del asunto, la Demandada presentó ante una propuesta en virtud del artículo 57 del Convenio del CIADI y la regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI para recusar a la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler como miembro del Tribunal “[...] en virtud de la existencia objetiva de dudas justificadas respecto de su imparcialidad”. El supuesto fundamento de esta solicitud surgió del hecho de que la profesora Kaufmann-Kohler había sido miembro de un tribunal del CIADI en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*¹⁰, que había dictado un laudo en contra de la Argentina el 20 de agosto de 2007.

20. Cuando el Tribunal tuvo conocimiento de la Propuesta de la Demandada, la profesora Kaufmann-Kohler se abstuvo inmediatamente de participar en las deliberaciones del Tribunal, y el 15 de octubre de 2007 los dos miembros restantes del Tribunal suspendieron los procedimientos en los tres casos pendientes ante ellos, transmitieron la Propuesta de la Demandada a las Demandantes, solicitándoles sus observaciones, e invitaron a la profesora Kaufmann-Kohler a proporcionar las explicaciones que deseara. Tras recibir escritos de las Partes y de la profesora Kaufmann-Kohler, los dos miembros restantes del Tribunal deliberaron y el 22 de octubre de 2007 adoptaron una Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal de Arbitraje¹¹, en la que rechazaron la Propuesta de la Demandada, y dispusieron la terminación de la suspensión de los procedimientos y confirmaron el calendario de audiencias acordado por las Partes.

J. *Audiencia sobre el fondo del asunto*

21. Del 28 de octubre al 8 de noviembre de 2007 se celebró una audiencia sobre el fondo del asunto en estos casos en la sede del Centro en Washington, D.C. Cada una de las Partes en el caso presentó varios testigos para que fueran interrogados por la otra Parte y el Tribunal. Los señores Nigel Blackaby y Lluís Paradell y las señoras Noiana Marigo, María Julia Milesi, Patricia García, Andrea Camargo García y Daisy Joye, de la firma Freshfields Bruckhaus Deringer LLP; el señor Bernardo Iriberry, de Estudio Cardenas, Di Cío, Romero, Tarsitano & Lucero, Abogados en Buenos Aires; el señor Julio Durand de Estudio Cassagne, Abogados en Buenos Aires; el señor Jean-Marie Guvain, la señora Isabelle Froment-Meurice y el señor Antoine Tchekhoff from Suez Environment; el señor Miquel Griño, de AGBAR; el señor Enrique Arnsten, de Anglian Water

¹⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, (caso CIADI No. ARB/97/3), en adelante “Vivendi II”.

¹¹ Disponible en icsid.worldbank.org.

Limited (AWG) y los señores François Moncomble y Charles-Louis De Maud'huy, de Vivendi Universal S.A., asistieron a la audiencia en representación de las Demandantes. Los señores Adolfo Gustavo Scrinzi, Gabriel Bottini, Jorge Barraguirre, Fabián Rosales Markaida, Mauricio D'alessandro Longhin, Alejandro Turyn, Facundo Perez Aznar, Diego Gosis Nicolas Grosse, Javier Pargament, Florencio Travieso, Nicolas Diana, Nicolas Duhalde, Julián Negro and Carlos Winograd y las señoras Adriana Busto y Alejandra Mackluf, de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, el señor Bernard Mettetal de HMN & Partners, y el señor Ignacio Torterola de la Embajada de la República Argentina en Washington, D.C asistieron a la audiencia en representación de la Demandada. Al final de la audiencia, el Tribunal instruyó a las Partes a que presentaran simultáneamente escritos posteriores a la audiencia en una fecha específica a principios de enero de 2008.

K. *Segunda Recusación de un Árbitro presentada por la Demandada*

22. El 29 de noviembre de 2007, antes del vencimiento del plazo de que disponían las Partes para presentar escritos posteriores a la audiencia, la Demandada presentó al Tribunal una segunda propuesta de recusación de la profesora Kaufmann-Kohler (en lo sucesivo, “Segunda Propuesta de la Demandada”), basada en el artículo 57 del Convenio y en la regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI “[...] sobre la base de que la Sra. Kaufmann-Kohler no reúne las condiciones que se requieren para ser árbitro en los procedimientos antes mencionados, conforme a las disposiciones enunciadas en el artículo 14(1) del Convenio del CIADI”. Concretamente, la Demandada adujo que “[...] la Sra. Kaufmann-Kohler no puede ‘inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio’, [...] puesto que detenta el cargo de Directora del grupo UBS [...]”, que tenía acciones en Suez y Vivendi y participó en algunas otras actividades relativas al sector del agua a nivel internacional. La Demandada sostuvo además que la profesora Kaufmann-Kohler no había dado a conocer ese hecho a las Partes y al CIADI, como lo requieren las Reglas de Arbitraje del Centro. La Segunda propuesta de la Demandada se extendió también a otros dos casos del CIADI, no sometidos a la jurisdicción de este Tribunal, en que la profesora Kaufmann-Kohler se desempeña también como Árbitro.¹²

23. Una vez que el Tribunal recibió la Segunda Propuesta de la Demandada, la profesora Kaufmann-Kohler se abstuvo de participar en las deliberaciones del Tribunal, y el 4 de diciembre de 2007 los dos miembros restantes suspendieron los procedimientos (incluida la fecha de

¹² *Electricidad Argentina S.A. y EDF International S.A. c. República Argentina* (caso CIADI No. ARB/03/22), y *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina* (caso CIADI No. ARB/03/23).

presentación de escritos posteriores a la audiencia); transmitieron la Segunda Propuesta de la Demandada a las Demandantes, solicitándoles sus observaciones, e invitaron a la profesora Kaufmann-Kohler a proporcionar las explicaciones que deseara. Por carta enviada a las Partes el 4 de diciembre de 2007, los otros dos miembros del Tribunal señalaron que entendían que, en consonancia con lo acordado por las Partes en el sentido de que un solo tribunal debía pronunciarse sobre los casos arriba mencionados, las Partes habían conferido a los restantes miembros del Tribunal la potestad de pronunciarse sobre la recusación, conforme al Reglamento de la CNUDMI, en el caso *AWG Group Limited c. República Argentina*. Ninguna de las dos Partes expresó objeciones al proceder seguido por el Tribunal en virtud de esas consideraciones.

24. Una vez recibida la explicación de la profesora Kaufmann-Kohler y tras un intercambio de observaciones sobre el tema entre las Partes, los demás miembros del Tribunal resolvieron en una decisión de fecha 12 de mayo de 2008¹³ que el cargo que ocupaba la profesora Kaufmann-Kohler como Directora No Ejecutiva de UBS, uno de los administradores de patrimonio más grandes del mundo, no afectaba su independencia como árbitro en los casos antes mencionados puesto que desconocía las participaciones específicas y relativamente pequeñas de UBS en las empresas demandantes y, sobre todo, no estaba involucrada de ninguna manera en las actividades de UBS en el sector del agua. También concluyó que, por lo tanto, ella no tenía obligación de revelar su calidad de Directora de UBS a las Partes ni a este Tribunal. El Tribunal pidió además a las Partes que presentaran sus escritos posteriores a la audiencia a más tardar el 18 de junio de 2008, lo que ellas así hicieron.

25. El Tribunal ha considerado los escritos de las Partes y los alegatos orales presentados en el curso de la audiencia sobre el fondo del asunto y deliberado acerca de ellos. Puesto que las Partes formularon conjuntamente sus alegatos para el caso CIADI No. ARB/03/19 y el de *AWG Group Limited c. República Argentina* de la CNUDMI y presentaron memoriales conjuntos relativos a ellos, y puesto que los hechos y las cuestiones jurídicas en ambos casos son prácticamente idénticos, el Tribunal ha determinado que es apropiado emitir una sola exposición de sus conclusiones, como lo hizo para decidir sobre la jurisdicción.

¹³ Decisión del 12 de mayo de 2008 sobre una Segunda Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal de Arbitraje.

II. Los hechos de la presente diferencia

A. *Antecedentes*

26. Esta diferencia relativa a inversiones surge de una de las privatizaciones más grandes del mundo de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales de una gran ciudad, la ciudad de Buenos Aires. Para concretar la privatización, la República Argentina, otorgó una concesión a una entidad, Aguas Argentinas S.A., organizada y administrada por las Demandantes, todas las cuales tenían participaciones y experiencia importantes en las actividades del sector del agua. La Demandada es una república federal constituida por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 23 provincias.

27. Antes de otorgar la Concesión en este caso, los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales en la Argentina habían estado a cargo de entidades de propiedad y administración del Estado. Entre 1912 y 1980, Obras Sanitarias de la Nación (OSN), empresa de propiedad del Gobierno federal, prestaba dichos servicios en casi todo el territorio de Argentina. En 1980, el Gobierno de Argentina descentralizó los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales, y transfirió esta función a las autoridades provinciales, con la excepción de la Ciudad de Buenos Aires y algunas municipalidades de los alrededores, que siguieron estando a cargo de OSN.

28. Durante la década de 1980, la economía argentina y, sobre todo, las empresas públicas del país experimentaron graves problemas. En el país se registraron tasas de inflación muy altas, pronunciados déficits fiscales y presupuestarios, una gran falta de capital de inversión y por lo menos cuatro crisis monetarias, cada una de las cuales condujo a una devaluación de más del 90%. Sus empresas públicas, como OSN, también experimentaron grandes déficits y subinversión en plantas y servicios, y en general no fueron administradas eficientemente. Con respecto a OSN, el resultado de esta situación fue el deterioro de la calidad y cantidad de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales prestados al público, así como la incapacidad para ampliar el servicio a todos los habitantes de la zona, situación que causó inquietud en el público.

B. *La privatización de los sistemas de provisión de agua potable y desagües cloacales de Buenos Aires*

29. Para abordar la situación a nivel general, en 1989 Argentina promulgó la Ley de Reforma del Estado¹⁴, por la que se declaraba en estado de emergencia la prestación de servicios públicos del país y se proponía poner en marcha un programa amplio de privatización para remediar la

¹⁴ Ley No.23.696 de 23 de agosto de 1989 (Ley de Reforma del Estado) (Documento de prueba C-5).

situación, según el cual, el Gobierno argentino transferiría los activos, las operaciones y las funciones de determinadas empresas y entidades de propiedad estatal a inversores privados, principalmente extranjeros, conforme a determinadas disposiciones legales específicas. En la ley se invitaba también a las provincias del país a que participaran en el proceso de privatización. Posteriormente, la Argentina adoptó algunas otras medidas atractivas para la inversión privada y extranjera en su territorio. Menos de dos años después de la Ley de Reforma del Estado, la Argentina promulgó la Ley de Convertibilidad, en virtud de la cual se vinculaba el valor del peso argentino al dólar de los Estados Unidos y se establecía una junta monetaria que exigía que el total de la moneda argentina en circulación fuera equivalente a las reservas en divisas del Estado.¹⁵ A partir de 1990, comenzó también a celebrar tratados bilaterales “para la promoción y protección recíproca de las inversiones” con varios países. Para el año 2000, había celebrado 57 tratados bilaterales sobre inversión (conocidos como TBIs), entre ellos, el TBI Argentina-Reino Unido de diciembre de 1990, el TBI Argentina-Francia de julio de 1991 y el TBI Argentina-España de octubre de 1991, en virtud de los cuales las Demandantes hicieron valer varios derechos en estos casos.

30. Como parte de este programa de reforma y privatización, la Argentina promulgó el Decreto No. 2074/90, del 5 de octubre de 1990, que establecía el marco regulatorio mediante el cual los distintos servicios públicos designados, incluida OSN, serían privatizados y transferidos a inversores privados y extranjeros mediante un proceso de licitación por el cual se les otorgarían contratos de concesión de largo plazo que requerían que los inversores hicieran nuevas aportaciones de capital y tecnología¹⁶. El Gobierno Federal fue muy activo en hacer público su deseo de privatizar esos servicios y llevó a cabo importantes iniciativas, como una gira de promoción en Bruselas, para interesar a empresas extranjeras especialmente calificadas a invertir en las entidades privatizadas, y preparó y distribuyó un prospecto para este fin¹⁷. El 30 de junio de 1992, el Gobierno de Argentina promulgó el Decreto No. 999/92, conocido como el “Decreto del Agua”, para establecer el marco regulatorio para la privatización de OSN y estipular los derechos y obligaciones del futuro concesionario, los organismos de regulación conexos y los usuarios del servicio¹⁸. Para atraer a los inversores más competentes y experimentados y obtener inversiones en las condiciones más favorables, el Gobierno estableció un riguroso proceso de licitación internacional que contenía un procedimiento de preselección mediante el cual solamente las

¹⁵ Ley No.23.928 de 28 de marzo de 1991 (Documento de prueba C-12).

¹⁶ Decreto No.2074/90, del 5 de octubre de 1990 (Documento de prueba C-7).

¹⁷ Véase, por ejemplo, el “Memorándum de Información” publicado por OSN, de noviembre de 1991 (Documento de prueba C-19).

¹⁸ Decreto No.999/92, del 30 de junio de 1992 (Documento de prueba C-33).

empresas más calificadas desde los puntos de vista técnico y financiero podrían participar en el proceso de licitación para obtener la concesión del servicio público privatizado.

31. Con arreglo a los principios establecidos en el Decreto del Agua, el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación promulgó el Pliego de Bases y Condiciones, en el que se declaraban el objeto, el plazo y las normas de la Concesión, se definía el procedimiento de licitación, se especificaban las reglas relativas al Contrato de Concesión y también se establecía un modelo del futuro Contrato de Concesión. En estas reglas, que fueron posteriormente revisadas, y en el contrato modelo conexo se especificaban algunas disposiciones importantes que regulaban los aspectos financieros de la Concesión propuesta, incluidos los compromisos de inversión, las tarifas y las normas de eficiencia que debía cumplir el Concesionario. Argentina no estaba buscando cualquier inversor, sino un inversor que prestara un servicio integral y eficiente al menor costo posible a los usuarios. El costo para los usuarios se determinaba por la tarifa cobrada por el Concesionario por el servicio prestado. Durante todo el proceso, varias instituciones internacionales, especialmente el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, respaldaron firmemente el programa de privatización de Argentina brindándole a este país asesoramiento, financiamiento y aliento¹⁹. Además, la Argentina contaba con la asistencia de dos consultores externos, William Halcrow & Partners Ltd., en lo que se refiere a las cuestiones técnicas, y Banque Paribas, en cuanto a los asuntos financieros.

C. *La selección del consorcio de las Demandantes como Concesionario*

32. En respuesta a estas medidas, las Demandantes Suez, AGBAR, Vivendi y AWG, junto con las empresas argentinas Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., Sociedad Comercial del Plata S.A., (SCP) y Meller S.A., formaron un consorcio en 1992 con el fin de participar en la licitación para la concesión relativa a la explotación de los sistemas especificados de provisión de agua potable y desagües cloacales de la Ciudad de Buenos Aires y municipalidades de los alrededores. El adjudicatario sería el licitante que prometiera la reducción media de tarifas más grande después de realizar inversiones específicas y cumplir con determinadas normas de calidad y eficiencia. En el Pliego Revisado se estableció una tarifa de referencia, conocida como el factor “K”. Durante el período de la licitación, esta tarifa de referencia fue revisada al alza en dos ocasiones por el Gobierno de Argentina para tener en cuenta la inflación y los impuestos. En cada oferta se debía incluir un coeficiente de ajuste que tenía por objeto reducir el factor “K” o la tarifa de referencia. El “coeficiente de ajuste sobre el factor K”, denominado CAFK, propuesto por un licitante que

¹⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafos 32 a 41.

condujera a la tarifa más baja, cumplidos todos los demás requisitos, sería la oferta ganadora. La mencionada tarifa ajustada propuesta se aplicaría durante toda la vigencia de la Concesión. Los ingresos por concepto de pagos de la tarifa efectuados por los usuarios del servicio serían en moneda argentina y constituirían el flujo de efectivo que a lo largo de los años de la Concesión cubrirían los costos de operación y expansión del servicio, así como el rendimiento para los inversores. Como se verá más adelante en el análisis del marco jurídico de la Concesión, también se dispusieron, en las reglamentaciones y en el Contrato de Concesión, revisiones de la tarifa durante el período de la Concesión.

33. Finalmente, el consorcio organizado por las Demandantes fue elegido como el adjudicatario, fundamentalmente porque propuso el cobro de la tarifa más baja entre todos los licitantes. El 28 de diciembre de 1992, el Gobierno de Argentina, mediante Resolución No. 155/92 de la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones, más adelante aprobada por Decreto No. 787/93, del 20 de septiembre de 1993, adjudicó al consorcio integrado por las Demandantes la Concesión para explotar los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales de la ciudad de Buenos Aires y municipalidades de los alrededores. De conformidad con el marco jurídico y regulatorio aplicable al proceso de privatización, el consorcio constituyó después una empresa argentina, Aguas Argentinas S.A. (AASA), con una capitalización inicial de US\$120 millones, que sería la titular de la Concesión y la explotaría. Al momento de la creación de la empresa, el capital social de AASA era de propiedad de los siguientes titulares en las proporciones indicadas en cada caso: i) Suez (25,3%); ii) Vivendi (denominada en ese momento “Compagnie Générale des Eaux”) (8%); iii) AWG (4,5%); iv) SCP (20,7%); v) Meller S.A. (10,8%); vi) AGBAR (12,6%); vii) Banco de Galicia (8,1%), y el plan de participación de los trabajadores en el capital social de la empresa privatizada (10%). Los titulares de las participaciones accionarias cambiarían posteriormente con el agregado de nuevos accionistas y el alejamiento de otros de la empresa.

34. El 28 de abril de 1993, AASA celebró formalmente con el Gobierno de Argentina, representado por el Ministro de Economía y Obras Públicas, un Contrato de Concesión por 30 años²⁰, y el 1 de mayo de 1993 asumió el control y la gestión de dichos sistemas de provisión de agua potable y desagües cloacales. En el Contrato de Concesión, que se analizará más adelante detenidamente en relación con el marco jurídico de la Concesión, se especificaba el régimen tarifario al que tenía derecho AASA y se establecían normas de calidad del servicio y metas de expansión e inversión que el Concesionario debía cumplir. Conforme al Contrato de Concesión,

²⁰ Documento de prueba C-44.

el Concesionario no tenía la propiedad de los activos del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales que debía administrar y ampliar, ni de sus inversiones en ellos, y se exigía que al término de la Concesión devolviera el servicio al Estado argentino en buenas condiciones de funcionamiento. No se exigía a AASA ni a las Demandantes la realización de ningún pago a Argentina para obtener la Concesión; sin embargo, en el Contrato de Concesión se les exigía la constitución de una garantía de cumplimiento para proteger a la Argentina contra perjuicios derivados del funcionamiento deficiente de los sistemas de provisión de agua potable y desagües cloacales que se les confiara. Conforme a los requisitos legales, se designó a la Demandante Suez como operador de la Concesión y sus derechos y responsabilidades en tal carácter se establecían en el Contrato de Administración anexo al Contrato de Concesión.

D. *Los primeros ocho años de operaciones (1993-2001)*

35. Debido al estado deficiente del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales objeto de la Concesión, el Concesionario fue obligado por el Contrato de Concesión a realizar grandes inversiones en la ampliación y mejora del sistema. Como es usual en las concesiones de largo plazo que entrañan inversiones considerables en los primeros años, los requisitos de inversión de la Concesión excedían los montos que podrían obtenerse inmediatamente de los ingresos tarifarios; en consecuencia, el Concesionario buscó préstamos de fuentes locales e internacionales, fundamentalmente de organismos multilaterales de crédito cuyos préstamos estaban denominados y eran pagaderos en dólares de los Estados Unidos. Optó por valerse de préstamos de organismos multilaterales, porque las instituciones financieras de Argentina no otorgaban préstamos de largo plazo del tipo necesario para financiar inversiones de infraestructura y porque AASA consideraba que la tasa de interés cobrada por los organismos multilaterales era más favorable que la de otras formas de financiamiento disponible. Los organismos multilaterales exigían como condición para el financiamiento que los accionistas de AASA prometieran proporcionar apoyo financiero a AASA en caso de que esta no pudiera efectuar los pagos programados en virtud de los préstamos. Además, se exigía a los miembros del consorcio que obtuvieran una garantía bancaria a favor del Gobierno de Argentina para garantizar el cumplimiento y las inversiones prometidos en el marco del consorcio. Según el Memorial sobre el Fondo del Asunto presentado por las Demandantes, en 2001 AASA ya había invertido un total de US\$1.700 millones en la Concesión, distribuidos de la siguiente manera: US\$120 millones en capital inicial de AASA, US\$706,1 millones provenientes fundamentalmente de

préstamos de instituciones multilaterales de crédito y la cuantía restante, derivada de flujos de efectivo generados por AASA²¹.

36. Como resultado de estas inversiones, al parecer se llegó a una ampliación y mejoras sustanciales de los sistemas de provisión de agua potable y desagües cloacales. Las pruebas presentadas por las Demandantes que no fueron objetadas por la Demandada indican que entre 1993, cuando AASA asumió la Concesión, y 2005, cuando la Concesión estaba por llegar a su término, la población con acceso a agua potable aumentó de 5.559.270 personas a 7.859.000 personas (un aumento del 41,37%) y la población con acceso a servicios de desagües cloacales aumentó de 4.532.856 personas a 5.989.000 personas (un aumento del 32,12%). Además, durante el mismo período la producción de agua potable aumentó de 3.398.000 metros cúbicos diarios a 4.700.000 metros cúbicos diarios (un aumento del 33%), la capacidad de tratamiento de aguas servidas aumentó de 27.305.000 metros cúbicos diarios a 80.334.603 metros cúbicos diarios (un aumento del 194,20%), y la red de agua se amplió de 11.913 kilómetros a 16.459 kilómetros (un aumento del 38,16%). Por lo tanto, parecería que, como resultado de la Concesión, la Demandada logró por lo menos algunos de los objetivos que había procurado alcanzar cuando emprendió la privatización de los sistemas de provisión de agua potable y desagües cloacales de Buenos Aires. Si bien la Demandada hizo diversas alegaciones durante la audiencia sobre el fondo del asunto con respecto al mal desempeño de AASA, sobre todo acerca del nivel de nitratos en el agua, no se desprende de las pruebas que las autoridades de Argentina plantearan seriamente a AASA cuestiones de cumplimiento durante el período comprendido entre 1993 y 2001, los primeros ocho años de la Concesión.

37. Como se verá más adelante, el marco jurídico aplicable a la relación entre las Partes de este caso se mantuvo relativamente estable desde 1993 hasta aproximadamente 2001. En efecto, las relaciones entre el Concesionario y el Estado argentino al parecer habían sido de relativa armonía y cooperación durante esos ocho años. Además, la situación financiera de AASA era sólida, como lo demuestra el hecho de que en enero de 1999 Standard & Poor's le otorgó una calificación BBB- de grado de inversión. Duff and Phelps le dio una calificación similar.

38. En vista del hecho de que la Concesión se extendería por un período de 30 años, hasta el 2023, en el marco jurídico y el Contrato de Concesión se disponían mecanismos para hacer ajustes en las tarifas, los compromisos de inversión y otros factores según procedimientos determinados y condiciones específicas frente a cambios imprevistos de las circunstancias.

²¹ Memorial de las Demandantes, párrafos 23 y 24.

Durante el período comprendido entre 1994 y 2001, las autoridades argentinas acordaron dos de dichos ajustes. El primero tuvo lugar en 1994, cuando el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS), la autoridad de regulación, y la municipalidad de Buenos Aires solicitaron a AASA que realizara inversiones adicionales a fin de ampliar el sistema más allá de lo requerido en su entonces plan de inversión. Por Resolución No. 81/94 de ETOSS de 30 de junio de 1994, con la aprobación de las pertinentes autoridades gubernamentales, se efectuó una revisión extraordinaria de las tarifas en el marco de las regulaciones para permitir el aumento requerido de las inversiones.

39. Un segundo ajuste de las condiciones de la Concesión se produjo como resultado de una renegociación efectuada durante el período de 1997-99. El 12 de abril de 1996, AASA envió una nota a ETOSS en la que solicitaba formalmente una “discusión estructurada” sobre varias cuestiones relativas a la Concesión y pedía una revisión de las tarifas que tuviera en cuenta, entre otras cosas, la realidad de Argentina y las diversas dificultades que estaba experimentando la Concesión, la tasa de inflación del país más alta de lo previsto, la negativa de algunos sectores de la comunidad a pagar el cargo por infraestructura por las conexiones de agua y desagües cloacales, un régimen tarifario considerado inadecuado debido a que estaba siendo sujeto a presiones políticas, y el consumo *per cápita* de agua mayor de lo previsto, entre otros²². El Gobierno argentino autorizó formalmente la renegociación de varias cuestiones de interés, incluidos los “parámetros económicos y financieros de la Concesión”, la incorporación de nuevas zonas en la Concesión, y la postergación de las inversiones y los planes maestros de desagües cloacales y de agua potable²³. En los dos años siguientes, representantes de AASA y el Gobierno negociaron y acordaron numerosas cuestiones que afectaban a la Concesión. Periódicamente, los asuntos acordados se incorporarían en un Acta Acuerdo, que después sería aprobada formalmente por un decreto del Gobierno. Es así que, por ejemplo, mediante el Acta Acuerdo del 30 de octubre de 1997, aprobada después por Decreto No. 1167/97 del 20 de noviembre de 1997, se aprobó un nuevo plan de inversión, se eliminó el cargo por infraestructura de la tarifa y se acordaron modificaciones del tipo de cambio de la tarifa. Asimismo, en el Acta Acuerdo del 21 de noviembre de 1998, aprobada por Resolución No. 1103/98, del 28 de diciembre 1998, se solicitó a AASA que preparara una “empresa modelo” que, de ser aprobada, se usaría para evaluar la

²² Nota No.6682/96, del 12 de abril de 1996 (Documento de prueba C-52, o Documento de prueba R-41).

²³ Decreto No.149/97, del 14 de febrero de 1997 (Documento de prueba R-49).

eficiencia de las operaciones de AASA. Por un decreto del Gobierno se dio formalmente término a la renegociación en noviembre de 1999²⁴.

40. La importancia de las revisiones y renegociaciones no radica en los pormenores de las discusiones y los acuerdos de las Partes, sino en lo que indican acerca de la relación entre las Partes y las intenciones mutuas. Primero, parece claro que las Partes consideraban que cualquier dificultad que se encontrara podría resolverse a través de consultas y negociaciones. El Contrato de Concesión, como se verá, exigía al Concesionario y al Gobierno “[...] establecer y mantener una relación fluida que facilite el cumplimiento de este Contrato de Concesión”²⁵. A juzgar por la manera en que las Partes solucionaron las dificultades durante los primeros ocho años de la Concesión, parece evidente que sí existía esa relación fluida deseada. Por otro lado, en el curso de este conflicto y en retrospectiva, la Argentina ha sugerido otra interpretación de las revisiones y renegociaciones: que las Demandantes hicieron una oferta de un bajo costo poco realista a fin de ganar la Concesión y que después se valieron de los procesos de revisión y renegociación para lograr aumentos de la tarifa que, de haberse incluido en la oferta original en primer lugar, no habrían conducido a que las Demandantes fueran las adjudicatarias de la Concesión. Argentina no brindó ninguna prueba, más que la suposición, en respaldo de esta interpretación de las acciones de las Demandantes. Por ejemplo, no aportó pruebas acerca de la comparación entre la oferta de las Demandantes y las recibidas de otros licitantes. Cabe además señalar que la Argentina contó con la asistencia de consultores internacionales para el diseño del pliego y la evaluación de las ofertas recibidas.

E. *La crisis financiera de Argentina (2001-2003)*

41. Para el año 2000, la República Argentina empezó a experimentar problemas económicos considerables que redundarían en última instancia en una crisis financiera de graves consecuencias para el país, su población y sus inversores, tanto extranjeros como nacionales. La primera manifestación de esta crisis inminente fue la creciente dificultad que estaba experimentando Argentina para pagar sus deudas externas. La primera respuesta del Gobierno a esta situación fue el establecimiento de un programa de austeridad por el que se restringieron las políticas fiscales, se redujo el gasto público y se elevaron los impuestos. Estas medidas no invirtieron el deterioro de la situación y, de hecho, al parecer, han tenido un efecto negativo en el cobro de la tarifa por parte de AASA. A principios de 2001, la situación financiera de AASA empeoró cuando Standard & Poor’s rebajó su calificación crediticia, lo que redundó en un

²⁴ Decreto No.1369/99, del 29 de noviembre de 1999 (Documento de prueba C-65).

²⁵ Artículo 5.1 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

aumento considerable de costos para acceder al financiamiento necesario para cumplir sus obligaciones de inversión en virtud de la Concesión.

42. En marzo de 2001, como parte de sus esfuerzos por abordar la crisis, el Gobierno aplicó nuevos impuestos a las cuentas bancarias, lo que tuvo el efecto de elevar los costos de operación de la Concesión. En respuesta, AASA envió una carta de fecha 29 de marzo de 2001 a la autoridad de regulación, ETOSS, por la que solicitaba una revisión extraordinaria de la tarifa aplicable de conformidad con las disposiciones del Contrato de Concesión y el marco regulatorio. Frente al deterioro de la situación, durante los meses siguientes de 2001, envió cartas a ETOSS en las que solicitaba la revisión de la tarifa aplicable debido a su creciente dificultad para cumplir sus compromisos con los proveedores de financiamiento para sus inversiones. En octubre de 2001, ETOSS respondió solicitando más información pero no accedió a la solicitud de considerar una revisión de la tarifa. En su Memorial, la Demandada explica la reacción de ETOSS alegando que los riesgos vinculados con el financiamiento de la Concesión debían ser soportados por el Concesionario y no por los consumidores ni el Estado argentino²⁶. Sin embargo, el Concesionario insistió en sus intentos por lograr una revisión de la tarifa.

43. Al agravarse la crisis a fines de 2001 y principios de 2002, el Gobierno de Argentina adoptó varias medidas de creciente severidad. En diciembre de 2001, dictó el Decreto No. 1570/01, del 3 de diciembre de 2001, que impuso un “corralito” a las cuentas bancarias, limitando el monto de retiros en efectivo que podían efectuar los titulares de las cuentas²⁷. La negativa reacción pública y los disturbios a que dio lugar esta medida forzaron al entonces presidente de la Rúa a renunciar el 20 de diciembre. Siguió a dicha renuncia la sucesión de nombramientos de cuatro presidentes durante los 10 días posteriores, hasta la elección del presidente Eduardo Duhalde, quien cumpliría con el resto del mandato presidencial hasta mayo de 2003.

F. *Intentos por renegociar la Concesión*

44. Bajo la presidencia de Duhalde, Argentina sancionó varias medidas legislativas de emergencia que, en gran medida, revocaron o modificaron disposiciones legislativas importantes anteriores de Argentina. Una de las más importantes de ellas fue la Ley de Emergencia No. 25.561, del 6 de enero de 2002²⁸ que (i) abolía la junta monetaria que había establecido la paridad

²⁶ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 200.

²⁷ Documento de prueba C-82.

²⁸ Ley No.25.561 (Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario), de 6 de enero de 2002 (la “Ley de Emergencia”; Documento de prueba C-85).

entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos, lo que dio lugar a una significativa depreciación del peso argentino; (ii) abolía el ajuste de los contratos de servicios públicos conforme a las indexaciones acordadas, y (iii) autorizaba al Poder Ejecutivo a renegociar todos los contratos de servicios públicos. Según el artículo 9 de la Ley, para la renegociación de los contratos de prestación de servicios públicos debían tenerse en cuenta los siguientes criterios: (1) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución de los ingresos; (2) la calidad de los servicios y los planes de inversión; (3) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios; (4) la seguridad de los sistemas comprendidos, y (5) la rentabilidad de las empresas. En el artículo 10 se establecía que las disposiciones de la ley en ningún caso autorizarían a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones. Las Demandantes, aduciendo que estas medidas perjudicaban sus inversiones y representaban una violación de los compromisos contraídos con ellas al adjudicárseles la Concesión, trataron de conseguir del Gobierno ajustes en las tarifas que AASA podía cobrar por los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales, así como modificaciones en otras condiciones de operación.

45. El 10 de enero de 2002, AASA envió una carta a las autoridades de regulación, en la que volvió a solicitar una revisión extraordinaria de la tarifa de acuerdo con el marco jurídico de la Concesión, y el 30 de enero presentó un plan de emergencia para la operación de la Concesión durante la crisis.

46. Poco después de la sanción de la Ley de Emergencia, el presidente Duhalde emitió un decreto por el que se creó una Comisión de Renegociación dentro del Ministerio de Economía, y concretamente se transfirió al Ministerio la tarea de renegociar el Contrato de Concesión de AASA.²⁹ El 14 de febrero de 2002, ETOSS rechazó los ajustes propuestos de tarifas solicitados por AASA. El 6 de marzo, AASA envió una nueva solicitud de revisión de la tarifa al Subsecretario de Recursos Hídricos.

47. En abril de 2002, el Ministerio de Economía emitió una resolución por la que se prohibía a todos los organismos de regulación, incluido ETOSS, la adopción de cualquier medida que afectara directa o indirectamente las tarifas de toda entidad sujeta a su supervisión reguladora hasta el término del período de renegociación.³⁰ El 16 de mayo de 2002, la Comisión de Renegociación rechazó el Plan de Emergencia solicitado por AASA.

²⁹ Decreto No.293/02, del 14 de febrero de 2002 (Documento de prueba C-90).

³⁰ Resolución No.38/02, del 10 de abril de 2002 (Documento de prueba C-97).

48. Mientras tanto, la situación financiera de AASA se agravó, de modo que en julio decidió pagar a sus acreedores en condiciones de igualdad tan solo parte de los intereses devengados que adeudaba. El 4 de diciembre de 2002, AASA presentó una nueva propuesta solicitando la modificación del régimen tarifario a fin de permitir el logro del equilibrio de ingresos y gastos tenido originalmente en cuenta. El 26 de febrero de 2003, ETOSS emitió su informe final sobre AASA, en el que no se tuvo en cuenta la propuesta de AASA del mes de diciembre anterior, lo que fue objeto de reclamación por AASA en una carta posterior del 10 de abril. El 17 de abril de 2003, AASA y los accionistas Demandantes presentaron solicitudes de arbitraje ante el CIADI.

49. Durante este período, a través de sus representantes, AASA siguió participando en el proceso de renegociación establecido por el presidente Duhalde y asistiendo a numerosas reuniones conexas, proceso que continuaría sin arrojar resultado alguno hasta la elección del presidente Néstor Kirchner, que asumió el cargo el 25 de mayo de 2003. Poco después, el presidente Kirchner emitió un decreto en el que se volvía a definir el proceso de renegociación y se creaba una nueva unidad administrativa, la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN), en la órbita del Ministerio de Economía, y el nuevo Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, para volver a iniciar el proceso de renegociación.³¹ Por una ley posterior, de octubre 2003, se amplió el período de renegociación y se establecieron reglas adicionales de orientación del proceso, incluido el principio establecido en el artículo 2 de que “[l]as decisiones que adopte el Poder Ejecutivo nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarán limitadas o condicionadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos”.³² AASA siguió a cargo de la operación de la concesión de provisión de agua potable y desagües cloacales en cuestión y participando en el proceso de renegociación establecido por el Gobierno. A pesar de la presentación de varias propuestas por ambas Partes, el proceso de renegociación resultó infructuoso. Al mismo tiempo, en julio de 2003, el Gobierno exigió a AASA que prestara servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales a zonas que originalmente no estaban dentro de su Concesión.

50. Las negociaciones entre AASA y el Gobierno acerca del futuro de la Concesión continuaron con distinto grado de intensidad a lo largo de un período de cuatro años, pero las Partes no pudieron solucionar sus diferencias, a pesar de señales ocasionales alentadoras de cuando en cuando. La devaluación efectiva del peso argentino redundó en el aumento

³¹ Decreto No.311/03, del 4 de julio de 2003 (Documento de prueba C-127).

³² Ley No.25790, del 22 de octubre de 2003 (Documento de prueba C-134).

considerable de los costos de AASA, y la negativa del Gobierno a permitir la revisión de las tarifas en estas circunstancias redundó en que AASA comenzara a experimentar pérdidas. Por ejemplo, se aduce que, a febrero de 2003, los costos de operación de AASA se habían elevado el 63% sin que hubiera aumento alguno de las tarifas. Una fuente especial de aumento de costos y, por lo tanto, de pérdidas fue el hecho de que, en virtud de los préstamos que había obtenido de organismos multilaterales de crédito, debía efectuar los pagos del servicio de los préstamos en dólares de los Estados Unidos, cuyo costo en pesos argentinos se había triplicado. Por último, el no haber efectuado AASA oportunamente los pagos del servicio de los préstamos condujo a la compra de los préstamos de AASA por los accionistas Demandantes a los organismos multilaterales de crédito en marzo de 2006.

51. Al mismo tiempo, ETOSS y el Gobierno de Argentina insistían en que AASA cumpliera plenamente con sus obligaciones de inversión en virtud del Contrato de Concesión. El incumplimiento de las metas específicas de inversión dieron lugar a la aplicación de multas a AASA por el regulador.

52. Durante el proceso de renegociación, Argentina también adujo la existencia de algunos incumplimientos por parte de AASA. Dichos incumplimientos incluían, entre otros, presuntos elevados niveles de nitratos en el agua que AASA proveía. AASA rechazó estas alegaciones y en la audiencia del CIADI acerca del fondo del asunto dio a entender que ellas eran tan solo pretextos por el incumplimiento del Gobierno de Argentina de su obligación de revisar las tarifas según se exigía en el Contrato de Concesión y, por último, por la abrupta rescisión de la Concesión.

G. *Rescisión de la Concesión*

53. El deterioro de la situación financiera de AASA y su relación cada vez más difícil con el Gobierno llevaron en última instancia a los accionistas de AASA a solicitar la rescisión del Contrato de Concesión el 22 de septiembre de 2005, solicitud que sería rechazada en definitiva tres meses después.

54. En febrero de 2006, como parte del Acuerdo con el Gobierno, AASA pidió que se aceptara su desistimiento en calidad de parte en este caso y el Tribunal accedió a dicho pedido.

55. El 17 de marzo de 2006, el Gobierno de Argentina abrió una investigación formal acerca de los niveles de nitratos en el agua provista por AASA.

56. Cuatro días más tarde, el 21 de marzo 2006, el Gobierno de Argentina rescindió la Concesión alegando varias faltas cometida por AASA, y exigió el pago de la garantía de cumplimiento establecida por los patrocinadores del proyecto en el momento en que asumieron la responsabilidad de la Concesión. El sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales se transfirió de inmediato a Agua y Saneamientos Argentinos S.A. (AySA), entidad de propiedad del Estado argentino y financiada y administrada por él, con lo que se puso fin a la experiencia de Argentina de 13 años en materia de privatización del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales de Buenos Aires.

57. En mayo de 2006 se inició el concurso preventivo de AASA ante un tribunal de Argentina a fin de determinar los diversos derechos y obligaciones derivados de la rescisión. Mientras tanto, las Demandantes se retiraron de la actividad de provisión de agua potable y desagües cloacales en Buenos Aires, por haber sufrido presuntas grandes pérdidas que, según ellas, ascienden a US\$1.019.200 millones a junio de 2008, y por las que ahora procuran obtener reparación en este procedimiento. En respuesta, la Argentina afirma que sufrió perjuicios por valor de US\$2400 millones como resultado de los numerosos presuntos incumplimientos de las Demandantes de sus obligaciones en virtud de la Concesión. Este Tribunal ahora tiene el deber de determinar los respectivos derechos y obligaciones de las Partes de acuerdo con la ley aplicable.

III. La ley aplicable a esta diferencia

58. En el artículo 42(1) del Convenio del CIADI se establece la norma relativa a la ley aplicable que este Tribunal debe seguir para decidir esta diferencia. En dicho artículo se estipula lo siguiente: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, 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”.

59. En este caso, las Demandantes hacen valer algunos derechos que se les otorgaron en razón de distintos TBI celebrados por la República Argentina con los respectivos países de origen de las Demandantes. Es así que las Demandantes Suez y Vivendi, ambas constituidas en Francia, reclaman derechos en virtud del TBI Argentina-Francia; la Demandante AGBAR, constituida en España, reclama derechos en virtud del TBI Argentina-España, y la Demandante AWG, constituida en el Reino Unido, reclama derechos en virtud del TBI Argentina-Reino Unido. Estos tres tratados contienen disposiciones relativamente similares en las que se especifica la ley que un tribunal debe aplicar para decidir una diferencia suscitada al amparo de los mismos. Las leyes

aplicables especificadas en los tratados pueden considerarse como las “normas de derecho acordadas por las partes” en virtud del artículo 42(1) del Convenio del CIADI. De hecho, al aceptar el arbitraje en los términos de un tratado, el inversor también acepta la elección del derecho aplicable estipulada en dicho tratado.

60. En el artículo 8.4 del TBI Argentina-Francia se dispone lo siguiente: “El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia- incluidas las normas relativas a conflictos de leyes- y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia”.

61. En el artículo X(5) del TBI Argentina-España se dispone lo siguiente: “El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional”.

62. En el artículo 8(4) del TBI Argentina-Reino Unido se dispone lo siguiente: “El tribunal arbitral decidirá la controversia de acuerdo con las disposiciones de este Convenio, el derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia —incluidas las normas relativas a conflicto de leyes—, los términos de acuerdos especiales concluidos con relación a la inversión y los principios del derecho internacional que resulten aplicables. La sentencia arbitral será definitiva y obligatoria para ambas Partes”.

63. En estas disposiciones queda claro que las reclamaciones de los inversores se registrarán fundamentalmente por el TBI aplicable. Dejan además establecido que, en la medida de lo pertinente, podrán aplicarse el derecho interno de Argentina y el derecho internacional. Las disposiciones del TBI Argentina-Francia y el TBI Argentina-España permiten además la aplicación de los acuerdos privados y/o específicos celebrados respecto de las inversiones, los que abarcan, por cierto, el Contrato de Concesión. Sin embargo, las reclamaciones por incumplimiento del Contrato de Concesión no se encuentran dentro de la competencia del Tribunal, la que se limita a las reclamaciones que surjan de los TBIs. Al evaluar estas últimas reclamaciones, el Tribunal aplicará por lo tanto fundamentalmente los mismos TBIs, así como también cualquier norma pertinente del derecho internacional. También puede remitirse a los derechos internos o a las disposiciones del Contrato de Concesión pertinentes para la evaluación de las reclamaciones que surjan de los TBIs, por ejemplo, en lo que respecta a las expectativas de

las Demandantes en cuanto a la aplicación de las disposiciones de los TBIs acerca del trato justo y equitativo.

64. La interrogante a la que debe dar respuesta el Tribunal es si el trato dispensado por la Argentina a la Demandantes a través de su legislación, reglamentaciones y medidas administrativas violó los compromisos asumidos en virtud de los TBIs. A fin de evaluar dicho trato, dispensado, por ejemplo, a través de las medidas de Argentina para enfrentar su crisis financiera, el Tribunal debe remitirse y analizar la legislación de Argentina a fin de determinar si esos actos cumplen o violan las obligaciones internacionales de la Argentina en virtud de los TBIs. Sin embargo, dicha legislación y reglamentos internos en sí mismos no pueden derogar ni modificar los compromisos y las obligaciones asumidos por la Argentina bajo los tratados en los que sea parte.

65. Es más, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), una parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones del tratado. Por lo tanto, Argentina no puede evitar sus compromisos en virtud de que los tratados respecto del trato que debe dispensar a las Demandantes mediante la invocación de las disposiciones de su legislación y reglamentaciones internas ni sus actos administrativos.

IV. El marco jurídico de la Concesión de AASA

66. Un análisis de esta diferencia relativa a inversiones debe empezar por un entendimiento del marco jurídico de la Concesión otorgada a AASA, la empresa creada por las Demandantes, puesto que dicho marco es una fuente importante de derechos, obligaciones y expectativas de las Partes en la diferencia. Además, en el Contrato de Concesión, que es el fundamento de esta diferencia, se dispone expresamente que su texto debe interpretarse de acuerdo con las leyes y regulaciones específicas que integran dicho marco jurídico y que, en caso de conflicto entre el texto del Contrato de Concesión y dichos otros elementos del marco jurídico, estos últimos habrán de prevalecer³³. Por lo tanto, pasaremos ahora a examinar brevemente los distintos componentes de ese marco jurídico tal como existía bajo la legislación argentina. Se pueden agrupar los componentes del marco jurídico en dos partes: 1) las medidas legislativas y regulatorias que establecen el marco jurídico y 2) el Contrato de Concesión con AASA. El TBI Argentina-Francia, el TBI Argentina-España y el TBI Argentina-Reino Unido, que constituyen

³³ Artículo 1.6 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

una parte importante del marco jurídico internacional de esta diferencia, se analizarán en secciones posteriores de esta Decisión.

A. *Medidas legislativas y reglamentarias*

67. **La Ley de Reforma del Estado.** El impulso y fundamento jurídico de la Concesión objeto de estos casos se encuentra en la **Ley No. 23696 (Ley de Emergencia Administrativa y Reforma del Estado), del 23 de agosto de 1989**³⁴, acto por el cual el Estado argentino declaró en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos y las empresas públicas (artículo 1) y autorizó al Presidente de Argentina, mencionado en dicho texto como el Poder Ejecutivo Nacional, a adoptar medidas correctivas específicas, sobre todo la privatización de las empresas del Estado por diversos medios, incluido el otorgamiento de concesiones a empresas e inversores extranjeros para operar distintos servicios públicos (artículo 17). En la Ley también se determinaba el procedimiento por el que se llevarían a cabo dichas privatizaciones. Esta ley, denominada “**la Ley de Reforma del Estado**”, es por lo tanto la legislación básica habilitante de los distintos actos que condujeron al otorgamiento de la Concesión de AASA.

68. **El Decreto de la Privatización.** Después de esta ley básica, el Presidente de Argentina emitió varios decretos para poner en marcha el establecimiento de un proceso jurídico y regulatorio aplicable al otorgamiento de concesiones. Uno de ellos fue el **Decreto No. 2074/90, del 5 de octubre de 1990**³⁵, en el que se dispuso que se privatizarían varias entidades estatales que entonces operaban dentro de la jurisdicción del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, incluida OSN, la empresa estatal que tenía entonces a su cargo la provisión de agua potable y desagües cloacales en la zona de Buenos Aires. En el artículo 3 del Decreto se dispuso la concesión de los servicios prestados por OSN y se ordenó la preparación de los pliegos de bases y condiciones generales por los que se regiría el proceso de licitación pública nacional e internacional por el que se seleccionaría al futuro concesionario.

69. A fin de dar inicio a la aplicación del mencionado Decreto, el Ministerio de Economía dictó la **Resolución No. 97/91, del 10 de mayo de 1991**³⁶, por la que se creó la Comisión Técnica de Privatización de Obras Sanitarias de la Nación, conocida como la “Comisión de Privatización”, con la finalidad de redactar las reglas aplicables al proceso de privatización, la licitación internacional y las disposiciones que formarían parte del Contrato de Concesión.

³⁴ Documento de prueba C-5.

³⁵ Documento de prueba C-7.

³⁶ Documento de prueba C-13.

70. **La Ley de Convertibilidad.** Aunque Argentina hubiera iniciado de esa manera un proceso de privatización en 1989, el marco regulatorio previsto no habría de establecerse sino tres años más tarde. Mientras tanto, la Argentina continuó experimentando elevada inflación y gran inestabilidad monetaria, factores que afectaron negativamente el clima de inversión en el país. En un esfuerzo por frenar la inflación, Argentina, a iniciativa del nuevo ministro de Economía, Domingo Cavallo, sancionó la **Ley No. 23928 (Ley de la Convertibilidad del Austral), del 28 de marzo de 1991**³⁷. Conocida como la “**Ley de Convertibilidad**”, este acto legislativo, que entró en vigor el 1 de abril de 1991, produjo dos cosas básicamente. Primero, en virtud del artículo 1, la ley “vinculó” el tipo de cambio de la moneda nacional de Argentina al dólar de los Estados Unidos y garantizó que el Banco Central de Argentina cambiaría un monto fijo de moneda nacional argentina por un monto fijo de dólares de los Estados Unidos. Al momento de su sanción, la ley dispuso que el Banco Central cambiaría 10 000 australes argentinos por cada dólar de los Estados Unidos. Poco después, mediante **Decreto No. 2128/91, del 17 de octubre de 1991**³⁸, se reemplazó el austral por el peso como moneda nacional, de modo que, hasta la crisis financiera de 2001, el peso estuvo vinculado al dólar de los Estados Unidos al tipo de cambio de un peso por dólar. Segundo, la Ley de Convertibilidad impuso varias limitaciones a las medidas del Banco Central en un esfuerzo por impedirle el aumento de la oferta monetaria para satisfacer las necesidades fiscales del Gobierno, lo que en el pasado había conducido a una elevada inflación en el país. Así, la Ley de Convertibilidad exigía al Banco Central mantener un monto en dólares, oro o divisas de por lo menos el equivalente al 100% de la base monetaria de Argentina, cuyo efecto sería restringir estrictamente la facultad legal del Banco Central de aumentar la oferta de pesos, limitación esta con la que se pretendía reducir la inflación y promover la estabilidad monetaria necesaria para promover la inversión.

71. A medida que estas medidas empezaron a surtir efecto y la inflación del país comenzó a bajar, el Gobierno de Argentina aceleró la labor de la privatización del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales en Buenos Aires, la capital. Un paso importante en este sentido fue el dictado de la **Resolución No. 178/91, del 13 de diciembre de 1991**, por parte de la ex Secretaría de Obras y Servicios Públicos³⁹, en la que se especificaban las condiciones para la calificación de los postulantes, cuya finalidad era establecer los requisitos mínimos que las partes interesadas debían cumplir para poder participar en el proceso de licitación de la Concesión. Entre otras condiciones, los licitantes admisibles debían tener un patrimonio neto mínimo de

³⁷ Boletín Oficial, 28 de marzo de 1991, pág. 6 (Documento de prueba C-12).

³⁸ Documento de prueba C-17.

³⁹ Documento de prueba C-24.

US\$1.000 millones y se les exigía incluir a un operador que tuviera experiencia en la operación del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales en una ciudad con un mínimo de 500.000 habitantes y demostrar que había prestado servicios a por lo menos 2 millones de personas.

72. **El Decreto del Agua.** Otro gran paso hacia el establecimiento del marco regulatorio de la Concesión tuvo lugar cuando el Presidente de la República, en ejercicio de la facultad que le otorgara la Ley No. 23.696 antes citada, emitió el **Decreto No. 999/92, del 30 de junio de 1992**⁴⁰, conocido generalmente como el “**Decreto del Agua**”, por el que se aprobó formalmente un marco jurídico y regulatorio (incluido en el Anexo I del Decreto) para la privatización de la provisión de agua potable y desagües cloacales en la Capital Federal, Buenos Aires, y varias municipalidades más de la provincia de Buenos Aires, que estaba entonces a cargo de OSN. El marco regulatorio creado de esa manera tenía, según lo establecido en el artículo 3 del Decreto del Agua, cinco objetivos básicos, a saber: 1) garantizar el mantenimiento y promover la expansión del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales e industriales; 2) establecer un sistema normativo que garantizara la calidad y continuidad del servicio público regulado; 3) regular y proteger adecuadamente los derechos, las obligaciones y las atribuciones de los usuarios del sistema, de la autoridad concedente, del concesionario y del Ente Regulador; 4) garantizar la operación de los servicios que se prestaban en ese momento y de los que se prestarían en el futuro, dentro de los niveles de calidad y eficiencia que se indican en este marco, y 5) proteger la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente.

73. Para alcanzar estos objetivos, en capítulos específicos del Decreto del Agua consta lo siguiente: la definición de la naturaleza y medida del servicio y área cubierta por la Concesión y la definición de varios términos utilizados en el Decreto (capítulo I), las reglas generales aplicables a la Concesión (capítulo II), el Ente Regulador (capítulo III), el Concesionario (capítulo IV), la protección de los usuarios del servicio (capítulo V), la calidad del servicio (capítulo VI), el régimen tarifario (capítulo VII), el pago de los servicios (capítulo VIII), los planes de expansión de los servicios (capítulo IX), el régimen de bienes (capítulo X), la extinción de la concesión (capítulo XI), la solución de conflictos (capítulo XII), y las normas complementarias y transitorias (capítulo XIII). Haremos un breve examen de cada capítulo del Decreto del Agua.

⁴⁰ Documento de prueba C-33.

74. En el capítulo II del Decreto del Agua, que lleva por título “Concesión del Servicio”, se establecen importantes principios generales aplicables a la concesión. Es así que en el artículo 6 se exigía que el servicio público objeto de la concesión fuera prestado obligatoriamente en condiciones que aseguraran su continuidad, regularidad y calidad, así como en forma tal que se asegurara su eficiente prestación a los usuarios y la protección del medio ambiente. Además, debía emplear el sistema de concesión del servicio público, y su régimen jurídico sería el establecido en la Ley No. 23.696, las disposiciones del Decreto del Agua, el Contrato de Concesión, y, en forma supletoria, los principios generales que regulan los contratos de concesión de servicios públicos (artículo 7). Estas disposiciones dejaban en claro que el sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales de Buenos Aires, aunque administrado en virtud de una concesión otorgada a un operador privado, permanecía sin embargo siendo un servicio público.

75. Como servicio público, el concesionario y el servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales estaban sujetos al control del Ente Regulador, cuya organización, deberes y facultades se especificaban en el capítulo III del Decreto del Agua⁴¹. El Ente Regulador, denominado “Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios” (ETOSS)⁴², fue creado por la Ley No. 23.696. Integrando las tres jurisdicciones involucradas de la Ciudad de Buenos Aires, la provincia de Buenos Aires y *Obras Sanitarias de la Nación*, el ente federal que estaría a cargo de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales en la zona involucrada, ETOSS era un ente jurídico autónomo y tenía amplias facultades para controlar y regular al Concesionario. Sus facultades incluían la aprobación de tarifas, la verificación de la aplicación del régimen tarifario, la sanción de las violaciones del Contrato de Concesión por parte del Concesionario, y la aprobación de los planes de expansión del Concesionario⁴³.

76. En el capítulo IV del Decreto del Agua se enumeraban las responsabilidades y obligaciones del Concesionario en la operación del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales y también se especificaba el procedimiento por el cual debía celebrarse el Contrato de Concesión con el Concesionario.

77. En el capítulo V del Decreto del Agua se procuraba proporcionar protección jurídica a los usuarios de los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales operados por el Concesionario al definirse los derechos de los usuarios reales y potenciales, incluidos, entre otros,

⁴¹ Artículo 13 del Decreto del Agua (Documento de prueba C-33).

⁴² Artículos 1 y 15 del Decreto del Agua (Documento de prueba C-33).

⁴³ Artículo 17 del Decreto del Agua (Documento de prueba C-33).

el derecho a la prestación de los servicios conforme a lo establecido en el Decreto del Agua, el derecho a exigir los niveles requeridos de calidad del servicio, el derecho a reclamar ante el Concesionario por las deficiencias del servicio y el derecho a plantear reclamaciones contra el Concesionario ante el Ente Regulador⁴⁴. A fin de dar curso a las reclamaciones de los usuarios, se exigiría al Concesionario que mantuviera una Oficina de Reclamos dotada de personal competente y accesible para los usuarios.

78. Por ser la calidad del servicio un objetivo importante del Decreto del Agua, en el capítulo VI se definían en términos generales las obligaciones del Concesionario relativas a la calidad en lo que respecta a la operación del servicio. El principal objetivo de las disposiciones relativas a la calidad que constaban en el Decreto del Agua era asegurar la provisión de servicios apropiados en lo que se refería a población y zona de cobertura, calidad y presión del agua, continuidad del abastecimiento, interrupciones mínimas del abastecimiento, tratamiento eficaz de efluentes cloacales y atención de las necesidades de los usuarios⁴⁵.

79. Los componentes básicos del régimen tarifario de la concesión se fijaban en el capítulo VII del Decreto del Agua y en el Contrato de Concesión. Estos componentes se referían a lo siguiente: (a) el régimen tarifario inicial, es decir, el régimen tarifario establecido al inicio de la Concesión, y (b) los programas y las reglas para las revisiones periódicas de las tarifas y los mecanismos de dichas revisiones. Toda revisión del régimen tarifario debía conformarse a las disposiciones del Decreto del Agua y requería la intervención del Ente Regulador⁴⁶. Los principios generales aplicables al régimen tarifario se formularon en que el artículo 44 del Decreto del Agua, en partes del cual las Demandantes se apoyaron en gran medida para la presentación de su caso. Debido a su función en esta diferencia, es conveniente examinar minuciosamente el artículo 44 en su totalidad.

80. En el artículo 44 se establece que el régimen tarifario de la Concesión se ajusta a los siguientes cinco principios:

- a. Su propensión a un uso racional y eficiente de los servicios brindados y de los recursos involucrados para su prestación.

⁴⁴ Artículo 34 del Decreto del Agua (Documento de prueba C-33).

⁴⁵ Artículos 38 y 42 del Decreto del Agua (Documento de prueba C-33).

⁴⁶ Artículo 43 del Decreto del Agua (Documento de prueba C-33).

- b. La posibilidad de un equilibrio consistente entre la oferta y la demanda de servicios. El Concesionario no podrá restringir voluntariamente la oferta de servicios.
- c. Atender a objetivos sanitarios y sociales vinculados directamente con la prestación.
- d. “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 planes de expansión aprobados”; (Énfasis añadido)⁴⁷ y
- e. Se permitirá que los valores tarifarios aplicados a algunos segmentos de usuarios equilibren el costo económico precisado en el inciso d), de otros grupos de usuarios del sistema, permitiendo así la posibilidad de subvenciones cruzadas entre categorías de usuarios.

El artículo 44 termina con el siguiente principio general al que debía ajustarse el régimen tarifario, a saber: “El monto resultante de las tarifas facturadas a los usuarios deberá permitir al Concesionario, cuando éste opere eficientemente, obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos implícitos en la operación, mantenimiento y expansión de los servicios prestados.”⁴⁸

81. En el artículo 45 del Decreto del Agua se fijan además los componentes básicos de la estructura tarifaria, y en él se contemplan tarifas basadas en el consumo medido y tarifas basadas en una cuota fija, y se especifican también los tipos de usuarios a los que debe aplicarse cada sistema. De acuerdo con sus disposiciones, se debe aplicar el régimen tarifario de consumo medido a los siguientes tipos de usuarios: (a) usuarios no residenciales, (b) ventas de agua “en bloque”, (c) a opción del Concesionario en otros casos, y (d) a opción de los usuarios en los casos no comprendidos en los párrafos (a) y (b) precedentes. Al parecer, uno de los objetivos del artículo 45 era la instalación progresiva del consumo medido en todo el sistema.

82. Según el artículo 46 del Decreto del Agua, las tarifas efectivas aplicables en virtud de la Concesión inicialmente se fijarían en el Contrato de Concesión y más adelante podrían ajustarse de dos maneras: (a) como parte esencial de los planes de mejoras y expansión del servicio aprobados por el Ente Regulador en el marco de las revisiones periódicas que establezca el Contrato de Concesión, o (b) de acuerdo con las disposiciones de las “revisiones extraordinarias”.

⁴⁷ Artículo 44 del Decreto del Agua (Documento de prueba C-33).

⁴⁸ Artículo 44 del Decreto del Agua (Documento de prueba C-33).

En virtud de lo dispuesto en el artículo 47 se facultaba al Ente Regulador a ejercer la regulación tarifaria sobre la base del análisis de los planes de mejoras y expansión que el Concesionario presentara periódicamente. Para fijar las tarifas en dicho caso, el Ente Regulador debía guiarse por el siguiente principio: “La variable de regulación tarifaria será el monto de ingresos que el Concesionario reciba por los servicios que preste en función del número de usuarios servidos en cada año, y las condiciones de eficiencia que se propongan en cada plan”⁴⁹. La expresión “variable de regulación tarifaria” no está definida en el texto del Decreto del Agua y no es en sí totalmente clara, pero al parecer significaría que el monto de ingresos por recibir por el Concesionario todos los años habría de basarse en el número de usuarios y la eficiencia de los planes propuestos.

83. En vista del hecho de que la Concesión continuaría por el término de 30 años, era importante y se esperaba que el Decreto del Agua incluyera un mecanismo para revisar las tarifas teniendo en cuenta el cambio de circunstancias. En el artículo 48 del Decreto del Agua se disponen dichos mecanismos. Se especificaban dos tipos de revisiones de las tarifas, a saber: revisiones periódicas y revisiones extraordinarias. Revisiones periódicas son las derivadas de los planes de expansión aprobados por el Ente Regulador y necesarios para satisfacer o mejorar las metas de calidad y cobertura del servicio que se especifiquen en el Contrato de Concesión. Son revisiones extraordinarias las derivadas de cuatro hechos específicos: (a) la variación significativa de costos del Concesionario, y de acuerdo con las normas contenidas en el Contrato de Concesión; (b) cambios sustanciales e imprevistos en las condiciones de prestación de los servicios y en las normas de calidad del agua potable o los desagües cloacales, cambios que se justifican en la relación entre inversiones en activos y costos de operación del servicio; (c) cuando en condiciones de eficiencia haya conflicto entre los objetivos establecidos en el artículo 44 y lo reglado en el artículo 47, el Concesionario o el Ente Regulador podrán requerir que se realice una revisión excepcional de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión, y (d) cuando se proponga otro régimen que permita lograr incrementos de eficiencia y signifique una mejor aplicación de los principios del artículo 44. En el artículo 48 se dispone que ninguna revisión podrá usarse como un medio de penalizar al Concesionario por beneficios pasados y/o logrados en la operación de los servicios, ni tampoco deberá ser usada para compensar déficits incurridos derivados del riesgo empresario ni convalidar ineficiencias en la prestación de los servicios. En consecuencia, las pérdidas incurridas por el Concesionario en el curso normal de la operación del sistema no justificarían un aumento de la tarifa al amparo del Decreto del Agua.

⁴⁹ Artículo 47 del Decreto del Agua (Documento de prueba C-33).

84. El capítulo VIII del Decreto del Agua se refiere a los principios aplicables al pago de los servicios. En términos generales, el Concesionario tenía el derecho y la obligación de cobrar el pago de los servicios prestados, y el Decreto del Agua imponía una obligación a los usuarios, incluido el Estado, sus subdivisiones y entidades estatales, de pagar por los servicios prestados. En caso de que el Gobierno ordenara al Concesionario prestar servicios gratuitos o subvencionados a algunas clases de usuarios, su pago se haría con cargo al Tesoro Nacional.

85. El capítulo IX se refiere al proceso de preparación y aprobación de planes de mejoras y expansión del servicio. Para la elaboración de dichos planes, el Concesionario debía consultar a los usuarios, a las autoridades locales y nacionales y al Ente Regulador. El Concesionario tenía la obligación de ejecutar los planes aprobados y su incumplimiento se consideraba, en virtud del artículo 57, una “falta grave”.

86. El capítulo X del Decreto del Agua se refiere al régimen de bienes de la Concesión. El Decreto resultaba aplicable a todos los bienes transferidos al Concesionario, así como también a los bienes que el Concesionario adquiriera o construyera posteriormente con el objeto de cumplir sus obligaciones derivadas del Contrato de Concesión. Dichos bienes formaban un conjunto denominado “unidad de afectación”. El concesionario tenía el derecho de administrarlos conforme a las disposiciones del Contrato de Concesión, pero no tenía la propiedad de ellos. El Concesionario también tenía la obligación de mantener y proteger dichos bienes. Al término de la Concesión, el Concesionario debía transferir, sin cargo al Estado, todos los bienes y activos utilizados en el servicio en buenas condiciones como sistema integral en correcto estado de funcionamiento.

87. El capítulo XI se refiere a la extinción del Contrato de Concesión en términos generales. El contrato se extinguiría por vencimiento del plazo contractual o por rescisión resuelta por una medida del Presidente y con la intervención del Ente Regulador.

88. El capítulo XII del Decreto del Agua se refiere a las diferencias que afecten la Concesión y en él se disponía la aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos a dichas diferencias, sin perjuicio del derecho de las Partes a iniciar demanda judicial. En el caso de las diferencias no derivadas del ejercicio del poder de policía establecido por el artículo 17, los conflictos que se suscitaban entre el Ente Regulador y el Concesionario podrían también ser resueltos por vía de árbitros o amigables componedores, por acuerdo de las Partes.

89. **El Pliego de Bases y Condiciones.** Para poner en marcha el proceso necesario de licitación pública internacional para seleccionar a un concesionario, la Argentina emitió el Pliego

de Bases y Condiciones⁵⁰, el 24 de junio de 1992, en el que se establecían minuciosamente el procedimiento para la privatización de OSN y las normas que se utilizarían para evaluar las ofertas. El Pliego de Bases y Condiciones constaba de cuatro Partes: (i) los aspectos generales de la Concesión, incluidos su finalidad, plazo y reglas de interpretación; (ii) el procedimiento del proceso de licitación; (iii) las reglas relativas al Contrato de Concesión, incluidos los regímenes tarifarios, las obligaciones y los derechos de las Partes, sus inversiones y financiamiento, y (iv) anexos que incluían un Modelo de Contrato de Concesión de cobertura del servicio.

90. En el Pliego de Bases y Condiciones⁵¹ se disponía expresamente que los posibles licitantes podían pedir aclaraciones con respecto a sus disposiciones. De hecho, así lo hicieron, y Argentina contestó estas preguntas en documentos denominados “Aclaratorias al Pliego”. Muchas de estas preguntas se referían al sistema tarifario, en particular a los componentes que se considerarían para efectuar las revisiones de las tarifas. Por último, como resultado del proceso de aclaratoria, la Argentina emitió un nuevo pliego, que las Demandantes en sus escritos denominan el “**Pliego Revisado de Bases y Condiciones**”⁵², en el que constaban los cambios y las aclaratorias solicitados o recomendados por los posibles licitantes. En el texto del Pliego Revisado de Bases y Condiciones, emitido por Resolución No. 249/42 del 24 de agosto de 1991 de la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones (SOPyC), dichas modificaciones aparecen en cursiva, y en el anexo XI del dicho Pliego Revisado, que contiene un Modelo de Contrato de Concesión, se disponía que todas las modificaciones del pliego original resultarían directamente aplicables al Modelo de Contrato contenido en el Pliego Revisado de Bases y Condiciones. El análisis del Tribunal se centrará sobre todo en el Pliego Revisado de Bases y Condiciones como componente del marco jurídico de la Concesión de AASA.

91. El Pliego Revisado de Bases y Condiciones empezaba con una larga introducción en la que se explicaban los antecedentes de la decisión de otorgar una concesión a un operador privado para prestar los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales que antes suministraba OSN, y que el concesionario estaría sujeto a un régimen regulatorio aplicable a los cargos, a la calidad y a los pagos de los servicios prestados a los usuarios. En la introducción se presentaba una descripción muy general del servicio existente, pero también se señalaba que la calidad de la información disponible acerca del servicio existente era limitada debido a la falta de un sistema moderno de controles y medición.

⁵⁰ Documento de prueba C-32.1.

⁵¹ Artículo 2.5 (Documento de prueba C-32).

⁵² Resolución SOPyC No.249/42 del 24 de agosto de 1992 (Resolución de la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones) (Documento de prueba C-36).

92. En la sección I del Pliego Revisado de Bases y Condiciones se presentaban las disposiciones básicas de la Concesión propuesta, incluidos su objetivo, plazo y normas básicas aplicables, definiciones de los términos importantes y reglas de interpretación, la mayoría de lo cual se integró, en última instancia, directa y textualmente en el Contrato de Concesión que se analizará más adelante.

93. En la sección II del Pliego Revisado de Bases y Condiciones se definía el procedimiento relativo al proceso de licitación que determinaría al que sería el futuro concesionario. Se disponía que la oferta constaría de dos partes o “sobres”: uno relativo a los aspectos técnicos de la oferta y el segundo, a los aspectos económicos y financieros.

94. Revestían especial importancia las condiciones relativas a la oferta económica y financiera, puesto que esa era la oferta que, de mantenerse invariables otros factores, determinaría quién sería el adjudicatario del Contrato de Concesión. En el anexo X del Pliego Revisado de Bases y Condiciones constaba una descripción del régimen tarifario, que se expresaba como valor numérico, denominado “factor K”, que era una tarifa de referencia. Cada oferta económica y financiera contendría un número, con tres decimales, ya sea mayor, menor o igual a uno. Este número se mencionaba en el Pliego Revisado de Bases y Condiciones como el “coeficiente de ajuste sobre el factor K”, conocido también como “CAFK”. El CAFK, cuando se multiplicara por el factor K, redundaría en la aplicación del régimen tarifario durante todo el período de la Concesión⁵³. De esa manera, un CAFK bajo redundaría en un nivel bajo de tarifa propuesta y un CAFK elevado redundaría en una tarifa propuesta elevada.

95. En el proceso de evaluación, las ofertas que se recibieran se clasificarían por orden creciente de CAFK propuesto. La oferta con el menor CAFK propuesto se consideraría la ganadora de la licitación y se la consideraría preliminarmente capaz de ser adjudicataria de la Concesión⁵⁴. De modo que el Pliego Revisado de Bases y Condiciones parecería haber sido diseñado para asegurar la adjudicación a un Concesionario que operaría el sistema a la tarifa más baja posible.

96. En el Pliego Revisado de Bases y Condiciones se estipulaba además, con cierto grado de detalle, la naturaleza de la documentación e información que debía acompañarse a la oferta, el procedimiento por el cual se analizaría y evaluaría la oferta, el método por el que se tomaría una

⁵³ Artículo 4.4.1, Pliego Revisado de Bases y Condiciones (Documento de prueba C-36).

⁵⁴ Artículo 4.6 del Pliego Revisado de Bases y Condiciones: “Las ofertas, cuyo Sobre 2 hubiese sido descalificado según 4.5, serán ordenadas según coeficientes CAFK crecientes. De entre ellas, aquella oferta de menor CAFK será considerada, ganadora de la licitación y preadjudicataria, susceptible de ser adjudicada.” (Documento de prueba C-36).

decisión acerca de la oferta ganadora y el proceso para resolver toda objeción que se planteara contra esa decisión. También se estipulaba que el licitante de la oferta ganadora debía constituir una sociedad anónima en virtud de la ley argentina y que dicha empresa concesionaria debía tener determinadas características jurídicas específicas, incluido un capital mínimo de US\$120.000.000, que el operador de la Concesión tuviera por lo menos el 25% de dicho capital, que el domicilio y sede la empresa estuvieran en la Ciudad de Buenos Aires y que el objeto de la empresa fuera exclusivamente el cumplimiento de la Concesión.

97. En la sección III del Pliego Revisado de Bases y Condiciones se especificaban las disposiciones que se incluirían en el Contrato de Concesión, y en particular las obligaciones del Concesionario con respecto a la calidad del servicio, expansión e inversiones en el sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales, relaciones con el Ente Regulador, estudios y planes para el desarrollo del sistema, planes quinquenales de inversión, régimen de bienes, regímenes aplicables a los bienes y el personal de la Concesión y los sistemas tarifarios. La mayoría de estos principios se incorporaron en el Contrato de Concesión, por lo general textualmente, y se los analizará detenidamente más adelante. Cabe señalar que el Pliego Revisado de Bases y Condiciones también contenía 21 anexos, incluido, entre otros, un Modelo de Contrato de Concesión, un inventario de los bienes e instalaciones existentes que pasarían al futuro concesionario, el marco tarifario de la Concesión, y el marco regulatorio aplicable.

B. *El Contrato de Concesión*

98. **El Contrato de Concesión.** El 28 de abril de 1993 se firmó un largo y pormenorizado documento de 129 páginas, más anexos, el Contrato de Concesión celebrado entre el Estado argentino, denominado en el Contrato “el Concedente”, y Aguas Argentinas S.A., denominada “el Concesionario”, el que entró en vigor a medianoche del 1 de mayo de 1993, cuando AASA tomó posesión del sistema objeto de la concesión de provisión de agua potable y desagües cloacales de la zona de Buenos Aires. La finalidad del Contrato de Concesión era especificar los respectivos derechos y obligaciones de las Partes con respecto a la transferencia, operación y expansión de ese sistema durante el plazo de la Concesión, un período de 30 años que finalizaría el 30 de abril de 2023. Como se señaló antes, la Concesión por sus términos se interpretaría dentro de una jerarquía establecida de normas legales especificadas en el artículo 1.6. Estas normas comprendían: 1) la Ley No. 23696 (la Ley de Reforma del Estado); 2) el Decreto del Agua; 3) el Pliego y las diversas aclaraciones conexas, y 4) la oferta de AASA aprobada por la Comisión de Privatización.

99. El Contrato de Concesión se divide en 12 capítulos. En el capítulo 1, sobre los aspectos generales, se establecen los fines de la Concesión, y se definen términos importantes utilizados en el Contrato, se establecen las reglas de interpretación y se especifica que la duración de la Concesión sería de 30 años a partir de la fecha de la toma de posesión del sistema por parte de AASA. Debe observarse también que en el Contrato de Concesión se establece que la Concesión se otorga a AASA sin que se exija ningún pago o “canon” por parte de AASA⁵⁵. Muchas de las disposiciones del Contrato de Concesión son versiones específicas de los principios establecidos en el Decreto del Agua y el Pliego de Bases y Condiciones.

100. El capítulo 2, titulado “Sociedad Concesionaria”, se refiere a la empresa concesionaria y, según lo exigido por el Pliego Revisado de Bases y Condiciones, en él se establecían los principios básicos relativos a su capital mínimo (US\$120.000.000), y la exigencia de que su domicilio estuviera en la ciudad de Buenos Aires y que la finalidad de la empresa durante todo el período de la concesión fuera exclusivamente el cumplimiento del Contrato de Concesión. Además, se exigía que el Operador (que entonces era Lyonnaise des Eaux, y ahora es Suez) tuviera el 25% del capital de la empresa, además de otras reglas que afectan a sus accionistas. Un Contrato de Administración anexo regía los derechos y las obligaciones del Operador.

101. En el capítulo 3 del Contrato de Concesión se definía el proceso por el cual AASA tomaría posesión del sistema y se establecían algunas reglas que debían seguirse durante esta etapa de transición de las operaciones, incluidas las aplicables a la condición del personal, los contratos, créditos y obligaciones de OSN existentes. AASA, el Concesionario, no asumiría las deudas de OSN⁵⁶; sin embargo, en el Contrato se daba a AASA la opción de asumir un préstamo por valor de US\$98 millones, aprobado, aunque aún no firmado, del Banco Interamericano de Desarrollo para el Estado argentino para mejoras importantes del sistema de agua potable, si se cumplía con algunas condiciones específicas.

102. En el capítulo 4 del Contrato de Concesión se establecían las normas de servicio que debía seguir AASA para el cumplimiento de la concesión del suministro de agua potable y desagües cloacales. Estas normas se refieren a la continuidad, regularidad, calidad y generalidad del servicio que prestaría el Concesionario a los usuarios. Disposiciones específicas se referían a la zona de cobertura de los sistemas, requisitos específicos de la presión del agua, volúmenes requeridos de flujo de agua, interrupciones del servicio, desbordamiento de aguas servidas, tratamiento de efluentes y niveles requeridos de relaciones con los clientes.

⁵⁵ Artículo 1.4 (Documento de prueba C-44).

⁵⁶ Artículo 3.11 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

103. Por ser un servicio público, la Concesión estaba sujeta a estrecha regulación por parte del Ente Regulador, y en el capítulo 5 del Contrato de Concesión se procuraba definir los principios aplicables a la relación entre el Concesionario y el Ente Regulador. Como principio general, ambas partes debían “[...] establecer y mantener una relación fluida que facilite el cumplimiento de este Contrato de Concesión”⁵⁷. Según los términos del Contrato de Concesión, el Concesionario tenía la obligación de cooperar con el Ente Regulador, y la naturaleza de esa cooperación requerida se especificaba con algún detalle. Al mismo tiempo, el Contrato de Concesión requería que el Ente Regulador cooperara con el Concesionario, entre otras cosas, “[...] ejerciendo sus facultades de policía, reguladoras y de control de manera razonable, considerando especialmente los derechos e intereses de los usuarios”⁵⁸.

104. El hecho de que se transferiría al Concesionario la posesión de un sistema existente de provisión de agua potable y desagües cloacales con su personal — del cual tendría la responsabilidad de ejercer una administración eficiente, así como su explotación y expansión durante un período fijo de tiempo y que además tenía la obligación de volver a transferir ese sistema al Estado argentino una vez terminada la Concesión — requería la aplicación de reglas especiales relativas a los bienes y al personal del sistema y todo contrato celebrado por el Concesionario durante la vigencia de la Concesión. En consecuencia, en el capítulo 6 del Contrato de Concesión se definen las reglas aplicables al régimen de bienes, y se especifican las diversas categorías de bienes sujetos a la Concesión, así como las normas aplicables a su adquisición, uso, protección, amortización y disposición. Entre otras cosas, en él se establecía que, al término del plazo de 30 años de la Concesión, el Concesionario debería transferir de vuelta al Estado argentino, sin recibir pago financiero alguno, todos los activos de la Concesión, incluidos los que hubiera adquirido o construido con posterioridad⁵⁹. El capítulo 7 sobre, el régimen de personal, rige los derechos básicos de los empleados de la Concesión. En el capítulo 8, sobre el régimen tributario, se responsabilizaba a la Concesión por el pago de varios impuestos y cargos públicos, en tanto que en el capítulo 9, sobre el régimen de contratos, se disponía un sistema por el que la Concesión, un servicio público, celebraría contratos con terceros.

105. A fin de asegurar el cumplimiento de la Concesión y la prestación de los servicios públicos esenciales a los que se refiere, en el capítulo 10 del Contrato de Concesión se exigía que el Concesionario constituyera a favor del Estado argentino una garantía bancaria por valor de US\$150 000 000, con sujeción a reajustes periódicos según la inflación y los cambios de los

⁵⁷ Artículo 5.1 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

⁵⁸ Artículo 5.3 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

⁵⁹ Artículo 6.9.2 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

planes de inversión⁶⁰. En el capítulo 10 del Contrato de Concesión, titulado “Garantías y Seguros”, se definía la naturaleza de esta garantía, las contingencias y los riesgos que cubría y las condiciones en las cuales podría ser ejecutada. En el capítulo 10 también se especificaba el tipo de seguro, fundamentalmente seguro contra daños a terceros, seguro de accidentes de trabajo, daños materiales y de vida, que el Concesionario debía mantener durante todo el período del Contrato de Concesión.

106. Las disposiciones del Contrato de Concesión relativas a las tarifas, contenidas en el capítulo 11 (“Régimen Tarifario y Económico”), así como en el anexo VII, son fundamentales en la presente diferencia entre las Partes. En la primera parte del capítulo 10, y en su anexo VII conexo, se establecían las tarifas que se aplicarían a los usuarios al inicio de la Concesión. En el artículo 11.3 se estipulaba que dicha tarifa permanecería en vigencia durante todo el período de la Concesión, sin perjuicio de la aplicación del artículo 11.11, relativo a las revisiones tarifarias. En el artículo 11.11 se autorizaban y definían los procedimientos para la revisión de las tarifas por parte del Ente Regulador. En virtud del Contrato de Concesión, las revisiones tarifarias no podían usarse para penalizar al Concesionario por beneficios pasados, ni podría usarse para compensar al Concesionario por déficits incurridos derivados del riesgo empresario⁶¹. En el artículo 11.11.1.3 del Contrato de Concesión se establecía específicamente lo siguiente: “La Concesión está basada en el principio del riesgo empresario”⁶². Al considerar las solicitudes de revisiones de tarifas, el Ente Regulador siempre debía tener en cuenta los principios del artículo 44 del Decreto del Agua⁶³ analizado antes.

107. De acuerdo con los principios del Decreto del Agua y del Pliego Revisado de Bases y Condiciones, en el Contrato de Concesión se disponían tres tipos de revisiones tarifarias: 1) revisiones periódicas, comprendidas en el artículo 11.11.3 del Contrato de Concesión; 2) revisión extraordinaria por modificación de costos, comprendida en el artículo 11.11.4, y 3) otras revisiones extraordinarias, comprendidas en el artículo 11.11.5.

108. Las revisiones periódicas sólo tendrían lugar por cambios producidos en los planes quinquenales de inversión propuestos por el Concesionario. De conformidad con el Pliego Revisado de Bases y Condiciones, se exigía a los licitantes la presentación de un plan de inversión por el período de 30 años de la Concesión dividido en distintos planes quinquenales. El licitante adjudicatario debía ejecutar su plan propuesto de inversión de 30 años y presuntamente

⁶⁰ Artículo 10.1.1 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

⁶¹ Artículo 11.11.1.2 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

⁶² Artículo 11.11.1.3 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

⁶³ Artículo 11.11.1.5 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

en su tarifa propuesta se habrían tenido en cuenta estos requisitos de inversión a largo plazo. Debido al cambio de circunstancias y necesidades, en el Contrato de Concesión se reconocía que dichos planes de inversión podrían tener que modificarse y la tarifa vigente revisarse en consecuencia. En el artículo 11.11.3 del Contrato de Concesión se establecían las normas y los procesos para efectuar dichas revisiones periódicas de la tarifa.

109. Se debía proceder a revisiones extraordinarias por modificación de costos cuando se produjera un aumento o una disminución de más del 7% de los costos de una lista específica y exclusiva de componentes necesarios para la operación de la Concesión, a saber: combustibles, productos químicos, electricidad, seguro, personal, materiales de construcción, repuestos, vehículos, pago de la deuda y costos financieros⁶⁴. En el artículo 11.11.4.2 se especifican los métodos de cálculo de dichos aumentos o disminuciones del costo de estos rubros, comúnmente en referencia a índices específicos.

110. Además de la revisión extraordinaria por modificación de costos, en el Contrato de Concesión se disponían posibles revisiones extraordinarias de tarifas cuando acaecieran determinados hechos especificados en el artículo 11.11.5. Estos hechos especificados son los siguientes: 1) cambios en las normas aplicables exigidas que redundan en un cambio sustancial de las condiciones de prestación del servicio; 2) la necesidad de introducir cambios sustanciales en la prestación del servicio o las obras necesarias para la prestación de dicho servicio; 3) modificaciones legales de la paridad monetaria fijada en la Ley de Convertibilidad, la creación de nuevos impuestos o la modificación o eliminación de impuestos existentes que afecten directamente al Concesionario, y 4) la sanción de nuevas normas ambientales o cambios en las existentes que afecten directamente la prestación del servicio por parte del Concesionario. En el caso de ambos tipos de revisiones extraordinarias de tarifa, en el Contrato de Concesión se exige que el Ente Regulador tome una decisión dentro de los 30 días⁶⁵.

111. En las demás disposiciones del capítulo 11 se establecían varios principios aplicables a la modificación del régimen tarifario, uno de los cuales era que, si bien el Ente Regulador estaba autorizado a introducir cambios en el régimen tarifario a fin de alcanzar objetivos sociales, dichos cambios no podrían redundar en la variación del monto total de ingresos por tarifas facturados por el Concesionario⁶⁶.

⁶⁴ Artículo 11.11.4.2 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

⁶⁵ Artículo 11.11.6 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

⁶⁶ Artículo 11.12.4 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

112. Durante todo el período de la Concesión, el Concesionario tenía la obligación de realizar estudios, formular planes de expansión y mejora, mantener registros y proporcionar información acerca de los pormenores del servicio que estaba prestando. En el capítulo 12, titulado “Estudios, Planes, e Informes”, se especificaba detalladamente la naturaleza de las obligaciones del Concesionario respecto de estas cuestiones. En particular, debía preparar planes de mejoras y expansión del servicio, denominados PMES, y planes quinquenales que sirvieran de guía para el desarrollo de los sistemas de provisión de agua y desagües cloacales a fin de satisfacer las necesidades de la zona objeto de la prestación.

113. El capítulo 13 del Contrato de Concesión se refiere a las obligaciones del Concesionario en lo que respecta a la prestación del servicio en virtud de la Concesión y a las sanciones por incumplimiento que puedan imponerse al Concesionario. En el artículo 13.1 se establecía la naturaleza básica de la responsabilidad del Concesionario: el Concesionario debía asumir la Concesión a su propio riesgo técnico, económico y financiero y era responsable ante el Estado argentino y terceros por las obligaciones y exigencias desde el comienzo del servicio al momento en que tomara posesión. Ni el Concedente (es decir, el Estado argentino) ni el Ente Regulador eran responsables ante terceros por las obligaciones asumidas por el Concesionario. El incumplimiento de sus obligaciones podría dar lugar a una de las tres sanciones siguientes, a saber: apercibimiento, multas o rescisión del contrato. El Ente Regulador tenía la facultad de aplicar las dos primeras, pero sólo el Presidente podía rescindir el Contrato de Concesión⁶⁷. En el capítulo 13 se definían las normas que se aplicarían para juzgar y sancionar al Concesionario, el procedimiento a seguirse y la naturaleza de los apercibimientos y las multas que aplicaría el Ente Regulador.

114. El capítulo 14 se refería a la extinción y prórroga de la Concesión. En el artículo 14.1 se establecía que la extinción del Contrato de Concesión podría suceder por vencimiento del período del Contrato, la rescisión por culpa del Concesionario, la rescisión por culpa del Concedente, la rescisión por caso fortuito o fuerza mayor, quiebra, concurso preventivo, disolución o liquidación del Concesionario o rescate del servicio. Más adelante se define minuciosamente la naturaleza de cada una de estas causas de extinción. Por ejemplo, entre las 13 causales de culpa del Concesionario que justificaban la extinción del Contrato de Concesión se encuentran las deficiencias del servicio por no cumplir con las disposiciones legales o reglamentarias ya sea del

⁶⁷ Artículo 13.3 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

Ente Regulador o el Contrato y las demoras reiteradas e injustificadas en la realización de las inversiones anuales acordadas o previstas⁶⁸.

115. Al mismo tiempo, en el Contrato de Concesión se otorgaba al Concesionario el derecho a rescindir el contrato por falta cometida por el Concedente. Al respecto, en el artículo 14.4 se dispone a lo siguiente: “El Concesionario podrá rescindir este Contrato de Concesión por culpa del Concedente, cuando de una disposición normativa, acto, hecho u omisión del Ente Regulador o del propio Concedente, resulte un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por el Concedente en este Contrato”⁶⁹.

116. Las consecuencias de la rescisión por culpa del Concesionario y la rescisión por culpa del Concedente se establecen en los artículos 14.8.2 y 14.8.3 del Contrato de Concesión, respectivamente.

117. En caso de rescisión por culpa del Concesionario, en el artículo 14.8.2 se establecía que devendrían tres consecuencias básicas. Primero, se perderá la garantía de cumplimiento del Contrato sin perjuicio de la obligación del Concesionario de indemnizar todos los daños y perjuicios causados al Concedente y al servicio⁷⁰. Segundo, el valor no amortizado de los activos y bienes afectados al servicio por el Concesionario, que hubiera de reembolsarse al Concesionario, se retendrá hasta el momento de realizarse una liquidación definitiva de los créditos y deudas recíprocas y hasta que se extinga cualquier demanda judicial indemnizatoria promovida por el Concedente o el Ente Regulador contra el Concesionario⁷¹. En consecuencia, el derecho del Concesionario a recibir el valor no amortizado de su inversión en el servicio se difería hasta tanto pudiera realizarse una conciliación final. Tercero, el Ente Regulador tenía el derecho de efectuar la liquidación provisional de los créditos y las deudas emergentes de la Concesión a fin de satisfacer las reclamaciones pendientes del Ente Regulador o el Estado argentino.

⁶⁸ Artículos 14.3.1 y 14.3.2 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

⁶⁹ Artículo 14.4 del Contrato de Concesión (Documento de prueba C-44).

⁷⁰ En el primer párrafo de la versión original en español del Artículo 14.8.2 se establece lo siguiente: “En caso de rescisión por culpa del Concesionario, se perderá automáticamente la Garantía de Cumplimiento del Contrato sin perjuicio de la obligación del Concesionario de indemnizar todos los daños y perjuicios causados al Concedente y al servicio.”

⁷¹ A continuación se presenta la versión original en español del segundo párrafo del Artículo 14.8.2: “El valor de los bienes afectados al servicio, adquiridos o construidos por el Concesionario y no amortizados totalmente, que correspondiera ser restituído, se retendrá hasta el momento de realizarse una liquidación definitiva de los créditos y deudas recíprocas y hasta que se extinga cualquier demanda judicial indemnizatoria promovida por el Concedente o el Ente Regulador contra el Concesionario”.

118. En caso de rescisión del Contrato por culpa del Concedente, el Concesionario recuperaría la garantía de cumplimiento del Contrato y el valor de los activos no amortizados adquiridos o construidos por el Concesionario conforme a planes quinquenales de inversión aprobados, así como los daños emergentes directamente de la rescisión, y estos se acreditarían directamente. El Concesionario también sería indemnizado por el lucro cesante, el que no debería exceder del monto de las utilidades obtenidas por la empresa durante los últimos cinco ejercicios o, en caso de ser menor, el número de ejercicios previos a la extinción del plazo de la Concesión. En caso de que la rescisión tuviera lugar antes de finalizado el quinto ejercicio, el lucro cesante indemnizable no sería superior a cinco veces el promedio de utilidades obtenidas por la empresa durante el período de duración de la Concesión⁷².

119. En el artículo 14.9 del Contrato de Concesión se especifican los diversos procedimientos aplicables a cada tipo de extinción del Contrato de Concesión.

120. El capítulo 15, el último capítulo del Contrato de Concesión, se refiere a las disposiciones finales. Cabe señalar que las partes en el Contrato acordaron someter toda cuestión relativa a la interpretación y aplicación del Contrato de Concesión a la jurisdicción exclusiva de los tribunales administrativos federales de la Ciudad de Buenos Aires⁷³.

121. **Revisiones posteriores.** El marco jurídico de la Concesión, tal como se describe en los párrafos precedentes, se mantuvo estable desde la fecha en que las Demandantes asumieron la responsabilidad del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales de Buenos Aires el

⁷² En la versión original en español del Artículo 14.8.3, “Terminación por Culpa del Concedente”, se establece lo siguiente:

“En caso de rescisión por culpa del Concedente, o rescate, se restituirá la Garantía de Cumplimiento del Contrato, el valor de los bienes no amortizados adquiridos o construidos por el Concesionario, conforme los Planes Quinquenales aprobados y se indemnizará al mismo los daños emergentes de la rescisión, y que se acreditarán debidamente.

El lucro cesante, si es que el mismo existiera, solo será indemnizado en caso de culpa del Concedente. En ningún caso el lucro cesante indemnizable será superior a la suma de las utilidades de la sociedad durante los últimos cinco (5) ejercicios, o durante tantos ejercicios inmediatos anteriores como faltaran para la expiración del plazo de la Concesión, lo que fuere menor. En caso que la extinción se opere antes de finalizado el quinto ejercicio el lucro cesante indemnizable no será superior a cinco (5) veces el promedio anual de las utilidades de la sociedad obtenidas durante el período que hubiere durado la Concesión.”

⁷³ Artículo 15.4 del Contrato de Concesión. La siguiente es la versión original en español del Artículo 15.4:

“15.4 Jurisdicción

A los efectos de la interpretación y aplicación de este Contrato las Partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los Tribunales Federales en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires.”

1 de mayo de 1993 hasta la crisis de Argentina de 2001-02. Durante ese período de más de siete años, las partes al parecer aceptaron dicho marco como base de su relación. Durante ese tiempo, a fin de hacer frente al cambio de circunstancias, las partes acordaron una modificación del marco en dos ocasiones: en 1994 y en 1999.

122. En 1994, el ETOSS, el Ente Regulador, realizó y aprobó una revisión extraordinaria de la tarifa, de acuerdo con las disposiciones del Decreto del Agua y el Contrato de Concesión, por la que se ordenaron algunas inversiones extraordinarias por parte del Concesionario que no constaban en los planes existentes y al mismo tiempo se permitió un aumento de las tarifas⁷⁴.

123. En 1997, el Gobierno de Argentina, por Decreto No. 149/97 del 20 de febrero de 1997⁷⁵, abrió formalmente un proceso de renegociación del Contrato de Concesión con AASA a fin de abordar algunas cuestiones que habían surgido desde la firma del Contrato, incluido el efecto de nuevas leyes ambientales, la aprobación por parte de la Argentina de un tratado por el que se prohibía la eliminación marítima de efluentes, quejas contra el cargo por infraestructura que AASA aplicaba para conectar a nuevos usuarios al sistema y la necesidad de desarrollar un modelo financiero más eficiente para la Concesión. El proceso de renegociación se desarrolló durante el período de 1997-99 y, a medida que se decidía sobre las cuestiones, estas se aprobaban mediante varios decretos y resoluciones⁷⁶. La renegociación concluyó formalmente por Decreto No. 1369/99 del 29 de noviembre de 1999⁷⁷.

C. *Consideraciones generales*

124. En conjunto, el marco jurídico de la Concesión intentaba lograr dos objetivos básicos, así como un equilibrio entre ellos. Primero, de procuraba atraer capital y tecnología de origen privado y extranjero para la administración y explotación de los sistemas de provisión de agua potable y desagües cloacales de Buenos Aires, servicio que antes había sido exclusivamente público. A fin de atraer la gran cantidad de capital necesario, el marco debía asegurar a los inversores privados la oportunidad de obtener un beneficio económico razonable. Habida cuenta

⁷⁴ Resolución del ETOSS No.81/94, del 30 de junio de 1994 (Documento de prueba H-6).

⁷⁵ Documento de prueba C-53.

⁷⁶ Véanse el Decreto No.1167/97, del 20 de noviembre de 1997, por el que se aprobó el Acuerdo del 30 de octubre de 1997, obrante en la Documento de prueba C-56 del Memorial de las Demandantes; la Resolución No.1103/98, del 29 de enero de 1999, de la Secretaría, por la que se aprobó el acuerdo del 21 de noviembre de 1998, obrante en la Documento de prueba C-60 del Memorial de las Demandantes; la Resolución No.601/99, del 8 de julio de 1999, de la Secretaría (Documento de prueba C-61); la Resolución No.602/99, del 8 de julio en el 1999, de la Secretaría (Documento de prueba C-62); la Resolución No.1111/99, del 22 de octubre de 1999, de la Secretaría (Documento de prueba C-64).

⁷⁷ Documento de prueba C-65.

del hecho de que dichos inversores tendrían que comprometer grandes cantidades de capital en los primeros años de la Concesión y tan sólo se les recompensaría con un rendimiento adecuado a lo largo de un período de 30 años, con cargo a los ingresos de la Concesión, el sistema tarifario era un factor clave para permitir al inversor obtener utilidades. Un componente importante del sistema tarifario, teniendo en cuenta la inestable historia económica de Argentina, era el mecanismo de revisión de la tarifa para tener en cuenta el cambio de circunstancias durante ese período de 30 años. En consecuencia, a fin de atraer el interés de los inversores, la Argentina creó un marco jurídico que aseguraba a los inversores la posibilidad de obtener utilidades y de hacer frente a cambios que podrían afectar gravemente la rentabilidad de la empresa. La celebración por parte de la Argentina de unos 57 TBIs, tres de los cuales resultan aplicables a estos casos, procuró impulsar sus esfuerzos de promoción de las inversiones valiéndose del derecho internacional para dar mayor seguridad a los inversores extranjeros, como las Demandantes, acerca de sus derechos si optaban por invertir en el país.

125. Un segundo objetivo importante del marco jurídico era asegurar la prestación eficiente del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales a un bajo costo. A tal fin, el marco jurídico brindaba a las autoridades públicas de Argentina algún grado de discreción reguladora para fijar las tarifas y determinar otras cuestiones importantes relativas a las actividades de AASA. Si bien las Demandantes afirman que el régimen tarifario del Decreto del Agua se basaba en el “principio de equilibrio” que garantizaba al Concesionario la recuperación de todos los costos más una tasa de retorno sobre el capital invertido, en este momento es importante señalar tres características del marco jurídico: 1) la expresión “principio de equilibrio” no aparece en ninguna parte del texto del Decreto del Agua; 2) en el Decreto del Agua se condicionan las tarifas al logro de la eficiencia del servicio por parte del Concesionario, y 3) el Concesionario debía asumir el riesgo empresarial de la operación.

126. Además, el marco jurídico de la Concesión no contenía algunos componentes que sí tenían otras concesiones de servicios privatizados en Argentina de otros sectores de la economía. Por lo tanto, el marco jurídico a que se encontraba sometida AASA: 1) no permitía el pago ni la conversión de las tarifas en dólares de los Estados Unidos ni otras monedas convertibles; 2) no preveía el ajuste de las tarifas en momentos determinados conforme a un índice acordado, y 3) no eximía específicamente a la Concesión de los controles de precios⁷⁸. Además, en lugar de estipularse específicamente que la tarifa cubriría todos los costos y una tasa de retorno razonable

⁷⁸ Véase, por ejemplo *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad (3 de octubre de 2006), para un análisis del marco jurídico aplicable a un proyecto de transmisión de gas.

para el inversor, en el artículo 44(d) del Decreto del Agua se adoptó una norma flexible al establecerse, como se señaló antes, lo siguiente:

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 planes de expansión aprobados (énfasis añadido).

Por otra parte, está claro que el marco jurídico de la Concesión procuraba proteger al Concesionario de cambios en la paridad legal del peso argentino y de los aumentos significativos de costos. La operación y desarrollo del sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales en una zona metropolitana grande de un país que había atravesado problemas económicos y financieros importantes en el pasado involucraban muchos riesgos. El marco jurídico de la Concesión procuraba repartir esos riesgos entre los inversores privados y el Estado argentino. Es decir, ni las Demandantes ni la Argentina asumían por sí solos la totalidad de los riesgos que dicha actividad encararía.

V. La naturaleza general de las reclamaciones de las Demandantes y las defensas de Argentina

127. Para presentar sus casos ante este Tribunal, las Demandantes se basan en derechos específicos de los tratados que aducen que la Argentina no ha respetado. En efecto, alegan que el trato dispensado por la Argentina a las inversiones de las Demandantes infringe tres disposiciones específicas de los tratados, a saber: 1) las garantías contra la expropiación directa e indirecta de sus inversiones; 2) las garantías de acordar a sus inversiones protección y seguridad plenas, y 3) las garantías de dispensar a sus inversiones un trato justo y equitativo. En respuesta, la Argentina aduce que ninguna de sus acciones infringe disposiciones de los tratados. Además, esgrime dos defensas afirmativas basadas en el derecho internacional, a saber: 1) que la defensa del estado de necesidad en virtud del derecho internacional la exime de responsabilidad por el incumplimiento de sus compromisos en virtud del TBI, y 2) que las disposiciones del TBI Argentina-Francia y el TBI Argentina-Reino Unido con respecto a las emergencias nacionales impiden la aplicación de otras disposiciones de los TBIs como resultado de la situación emergente de la crisis de Argentina y las medidas adoptadas por el Gobierno para enfrentarla. El Tribunal examinará a continuación la naturaleza y validez de las tres presuntas violaciones de los tratados, así como las defensas de Argentina bajo el derecho internacional.

VI. Responsabilidad por expropiación directa o indirecta

A. Las disposiciones aplicables de los tratados

128. Cada uno de los tres TBI aplicables en este caso brindan protección a las inversiones de inversores de una Parte Contratante contra los actos de expropiación directa o indirecta de la otra Parte Contratante en términos bastante similares.

En el artículo 5(2) del TBI Argentina-Francia se establece lo siguiente:

“2. Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular.

Las medidas mencionadas que podrían ser adoptadas deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a la situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión.”

En el artículo V del TBI Argentina-España se dispone lo siguiente:

“Nacionalización y expropiación

La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversores de la otra Parte en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por causas de utilidad pública conforme a las disposiciones legales y en ningún caso deberá ser discriminatoria. La Parte que adoptara alguna de estas medidas pagará al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible.”

Y por último, en el artículo 5(1) del TBI argentina-Reino Unido se establece lo siguiente:

Artículo 5
Expropiación

“Las inversiones de inversores de una Parte Contratante no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que tengan un efecto equivalente a una nacionalización o expropiación (en adelante denominadas “expropiación”) salvo por razones de utilidad pública relacionada con necesidades internas de esa Parte Contratante, sobre una base no discriminatoria y a cambio de una compensación pronta, adecuada y efectiva [...]”

129. Para que estas disposiciones resulten aplicables a este caso y de esa manera se permita a las Demandantes obtener compensación por la pérdida de sus inversiones, este Tribunal debe llegar a la conclusión, siguiendo las reglas de interpretación establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de que dichas pérdidas fueron consecuencia de las “medidas” (*mesures* en francés o *measures* en inglés) adoptadas por Argentina y redundaron en la expropiación de la inversión de las Demandantes o tuvieron por efecto dicha expropiación. La aplicación de las disposiciones de los tratados antes mencionadas exige la existencia de tres elementos: 1) una inversión expropiable de una Demandante, 2) una medida adoptada por Argentina y 3) una expropiación de esa inversión como resultado de esa medida.

130. La primera cuestión, entonces, consiste en saber si las Demandantes tenían una inversión susceptible de expropiación en virtud de los tres TBI aplicables a estos casos. En la Decisión sobre Jurisdicción dictada en estos casos, este Tribunal sostuvo que las Demandantes habían efectuado una inversión a los fines tanto del artículo 25 del Convenio del CIADI como de las disposiciones pertinentes de los tres TBIs aplicables⁷⁹. A fin de evaluar la reclamación de expropiación de las Demandantes, el Tribunal debe ahora determinar los activos específicos presuntamente expropiados. Las Demandantes, en su calidad de accionistas de AASA, tenían una participación indirecta en la Concesión para operar el sistema de provisión de agua potable y desagües cloacales de Buenos Aires por un período de 30 años. Ni AASA ni sus accionistas eran propietarios ni tenían participación alguna en los activos físicos del sistema. Esos activos, ya sea

⁷⁹ Decisión sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2005, párrafos 29 y 49.

que existieran al momento del otorgamiento de la Concesión o fueran construidos o incorporados en el sistema posteriormente, eran propiedad del Estado argentino. En su calidad de titular de la Concesión, AASA sólo tenía el derecho legal de recibir un flujo de ingresos proveniente de la operación del sistema por un período de tiempo en las condiciones especificadas en el marco jurídico de la Concesión antes descrito. Ese derecho, que era propiedad de AASA, encuadra dentro de la definición de “inversión” que figura en los tratados, que por los términos del TBI aplicable abarca lo siguiente: “reclamaciones y derechos relativos a cualquier beneficio que tenga un valor económico” (artículo 1.1(c) del TBI Argentina-Francia), “derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico” (artículo I.2 del TBI Argentina-España), y “reclamaciones pecuniarias que estén directamente vinculadas con una inversión específica” (artículo 1(a)(iii) del TBI Argentina-Reino Unido). En su calidad de accionistas de AASA, las Demandantes tenían una participación indirecta en esos mismos derechos. Las acciones de las empresas se consideran “inversiones” en virtud del TBI Argentina-Francia (artículo 1 b)), el TBI Argentina-España (artículo 1 b) 2)), y el TBI Argentina-Reino Unido (artículo 1 a) ii)). El valor económico de dichas acciones se vería directamente afectado por cualquier medida adoptada en contra de los activos de AASA. Por lo tanto, las Demandantes tenían inversiones susceptibles de protección contra cualquier expropiación.

131. Ninguno de los tratados aplicables a estos casos define el sustantivo “medida.”⁸⁰ Una definición de diccionario indica que “medida” es “un acto realizado para lograr un fin en particular.”⁸¹ Por lo tanto, las diversas medidas legislativas, reglamentarias y administrativas adoptadas por las autoridades argentinas antes, durante y después de la crisis financiera que afectó al país reúnen por cierto las condiciones de “medidas”. Dichas medidas tuvieron, sin lugar a dudas, un efecto en la Concesión. Muchas pueden haber complicado o dificultado la operación de la Concesión por parte de las Demandantes y reducido la rentabilidad de su inversión. Otras, como el artículo 2 de la Ley No. 25790, del 1 de octubre de 2003, que entre otras cosas dispuso que las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo no se hallarán limitadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios de la Concesión, pueden haber anulado o restringido los derechos de AASA y las Demandantes en virtud de la legislación argentina. Sin embargo, es muy distinto determinar si cualquiera o todas esas medidas constituyen una expropiación o tienen un efecto expropiatorio. Es esta la cuestión que este Tribunal debe abordar.

⁸⁰ Comparar con la sección 201 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que establece que “medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.”

⁸¹ En inglés, según el Oxford English Dictionary: “a plan or course of action taken to achieve a particular purpose.”

132. Las disposiciones de los tratados mencionadas antes abarcan tanto a las expropiaciones directas como a las indirectas. En la primera de estas situaciones, un Gobierno receptor utiliza sus facultades soberanas para incautar activos privando al inversor de su titularidad o control de esos activos. En caso de una expropiación indirecta, a veces denominada “expropiación por vía reglamentaria”⁸², los Estados receptores invocan sus facultades legislativas y reglamentarias para sancionar medidas que reducen los beneficios que los inversores obtienen de sus inversiones, aunque sin modificar ni cancelar efectivamente la titularidad de sus activos ni disminuir su control sobre los mismos⁸³. Si bien normalmente no es difícil determinar la existencia de una expropiación directa debido a las manifestaciones físicas por lo general evidentes que se desprenden de privar a un inversor de la titularidad y el control, sin embargo identificar una expropiación indirecta suele ser una cuestión mucho más complicada, que requiere investigar si la medida regulatoria tiene un efecto expropiatorio sobre una inversión o es un ejercicio válido de la potestad regulatoria del Estado. Como lo reconoció el tribunal del caso *TLCAN Feldman c. México*, reconocer una expropiación directa no es difícil pero “[...] es mucho menos claro determinar cuándo un acto gubernamental que interfiere con derechos de propiedad definidos en manera amplia [...] dejan de ser una reglamentación válida y se transforman en una afectación de la propiedad sujeta a indemnización, y es justo reconocer que nadie ha podido trazar en forma satisfactoria una clara línea divisoria entre ambos conceptos”⁸⁴. Como se verá más adelante, las Demandantes afirman que Argentina tomó medidas de expropiación tanto directa como indirecta.

133. Un problema inicial para aplicar las disposiciones mencionadas de los tratados a estos casos es que en ninguno de los TBIs se define el término “expropiación”. Sin embargo, el artículo 5(2) del TBI Argentina-Francia antes citado proporciona cierta elaboración del término cuando se hace mención a “[...] actos similares de desposesión [...]” y “[...] dichas medidas de desposesión [...]” Por lo tanto, para que haya expropiación, por lo menos según el TBI Argentina-Francia, se requiere la “desposesión” del inversor. El requisito de la “desposesión” como componente de la expropiación está respaldado por la doctrina y jurisprudencia de casos anteriores en que los tribunales tuvieron que determinar si había tenido lugar una expropiación. La investigación se dirige particularmente a los “efectos” de la medida sobre una inversión, y no a la intención del Gobierno que sanciona la medida. Cada uno de los artículos de los TBIs antes citados se refieren

⁸² S.R. Ratner, *Regulatory Takings in the Institutional Context Beyond the Fear of Fragmented International Law*, 102 AJIL 475 (2008).

⁸³ Véanse, por ejemplo: R. Dolzer y Ch. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2007), 89-92; A. Reinisch, *Expropriation*, en P. Muchlinski y cols. (comps.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008), 407 a 412.

⁸⁴ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos* (caso CIADI No.ARB(AF)/99/1), Laudo (16 de diciembre de 2002), párrafo 100.

específicamente a los “efectos” de una medida expropiatoria, y por lo tanto afirman la importancia de evaluar los efectos de una medida sobre la inversión a fin de determinar si ha tenido lugar una expropiación.

134. Los tribunales internacionales consideran la gravedad del impacto económico ocasionado por una medida regulatoria como un aspecto importante para determinar si la medida constituye una expropiación que debe indemnizarse. Una pregunta que suele hacerse es si la medida gubernamental redundó en una “privación sustancial” de la inversión o de sus beneficios económicos. Así, el tribunal del caso *Occidental c. Ecuador*⁸⁵ aplicó “el criterio de la privación sustancial” para determinar si la aplicación de un impuesto ecuatoriano constituyó una expropiación indirecta. En el caso *CMS c. Argentina*, que también está relacionado con la crisis argentina de 2001-2003, la demandante, un inversor en una compañía de transporte de gas, alegó que la decisión de Argentina de suspender una fórmula de ajuste tarifario aplicable al transporte del gas durante la crisis constituyó una expropiación indirecta. Al evaluar esta reclamación, el tribunal, luego de examinar la jurisprudencia arbitral pertinente, afirmó: “Lo esencial, por consiguiente, es establecer si efectivamente el goce de la propiedad ha sido restringido”, porque “tribunales [...] en [casos] en los que se alegaba la existencia de una expropiación indirecta han aplicado el criterio de la *privación sustancial*”⁸⁶ (énfasis añadido). Además, dicha privación debe tener resultados permanentes o duraderos. Por ejemplo, en el caso *LG&E c. Argentina*, el tribunal concluyó que los efectos de las medidas de Argentina en la inversión de las demandantes no fueron permanentes, y afirmó que dichas medidas no podrían constituir expropiación “sin una privación permanente y severa de los derechos de LG&E con respecto a su inversión, o al menos, la casi completa privación del valor de la inversión de LG&E”⁸⁷. En consecuencia, al aplicar las disposiciones de los tres TBIs aplicables a estos casos, este Tribunal deberá determinar si ellos produjeron una privación sustancial y permanente de las inversiones de las Demandantes o del goce de los beneficios económicos de esas inversiones.

135. Las Demandantes reclamaron en sus escritos contra las “Medidas” de Argentina, y se refirieron en conjunto a muchas medidas adoptadas por Argentina desde el momento en que la crisis comenzó a surgir en 1999 hasta la rescisión de la Concesión en 2006. A fin de evaluar la naturaleza expropiatoria de estas numerosas medidas, el Tribunal debe examinarlas

⁸⁵ *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Laudo definitivo (1 de julio de 2004), párrafo 89.

⁸⁶ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina* (caso CIADI No.ARB/01/8) Laudo (12 de mayo de 2005), párrafo 262.

⁸⁷ *LG&E supra* nota 78, párrafo 200.

individualmente. Básicamente, las medidas objeto de reclamación de las Demandantes se encuadran en tres categorías, a saber: 1) actos de naturaleza jurídica o regulatoria en general, no dirigidos específicamente a AASA ni a las Demandantes, sancionados para hacer frente a la crisis financiera y sus consecuencias; 2) el incumplimiento del Gobierno argentino, en respuesta a los reiterados pedidos de AASA, de proceder a la revisión de la tarifa aplicada a los usuarios por la Concesión durante la crisis y después de ella, y 3) las medidas adoptadas por el Gobierno argentino al momento de la rescisión de la Concesión. El Tribunal examinará la naturaleza de estas tres categorías de medidas a fin de determinar si constituyeron medidas de expropiación en virtud de los TBIs aplicables.

B. Medidas adoptadas por Argentina para hacer frente a la crisis

136. A partir de 2001, el Gobierno argentino sancionó varias medidas en un esfuerzo por hacer frente a la crisis financiera que experimentaba el país. Entre estas medidas objeto de reclamación por las Demandantes se encuentran el Decreto No. 1570/01, del 3 de diciembre 2001, que impuso un “corralito” a las cuentas bancarias a fin de limitar los montos de retiros en efectivo por parte de los titulares de las cuentas, la aplicación de impuestos nuevos y, sobre todo, la Ley de Emergencia⁸⁸ No. 25.561, del 6 de enero de 2002, que i) derogó el engranaje monetario que había vinculado el peso argentino con el dólar de los Estados Unidos, lo que redundó en una considerable depreciación del peso argentino; ii) derogó el ajuste de los contratos de servicios públicos conforme a indexaciones acordadas, y iii) autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar todos los contratos de servicios públicos y dio lugar a varias otras medidas en torno a los esfuerzos del Gobierno argentino por renegociar los contratos de servicios públicos. Estas medidas hicieron, por cierto, más difícil la operación de la Concesión, redujeron considerablemente su rentabilidad y parecen haber revocado o modificado algunos derechos adquiridos de las Demandantes. Sin embargo, no afectaron la posesión de la Concesión por parte de AASA. AASA permaneció en posesión de la Concesión durante este período y continuó prestando los servicios de provisión de agua potable y desagües cloacales en Buenos Aires y municipalidades aledañas. Además, las Demandantes en calidad de accionistas de AASA continuaron teniendo el control de AASA y manteniendo sin alteraciones la posesión de sus acciones de AASA. Por lo tanto, el Tribunal llega a la conclusión de que durante el período no se produjo ninguna expropiación manifiesta de los derechos de la Concesión como resultado de las

⁸⁸ Ley No.25.561 (Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario), del 6 de enero de 2002.

medidas y, por lo tanto, ninguna expropiación directa, tal como se entiende ese término en los TBIs y en el derecho internacional.

137. ¿Constituyeron estas medidas una expropiación indirecta o medidas equivalentes a una expropiación? El hecho de que el efecto de dichas medidas pueda haber disminuido el valor de una inversión no constituye en sí mismo ni por sí sólo una expropiación indirecta. En *LG&E*⁸⁹, que consideró el efecto que tuvieron las medidas que Argentina adoptó para abordar la crisis en los inversores en el sector del gas, el tribunal concluyó que dichas medidas no constituían una expropiación directa ni indirecta en virtud del TBI Argentina-Estados Unidos. Citando el caso *CME Czech Republic B.V. c. República Checa*, el tribunal del caso *LG&E* afirmó que una medida equivalente a una expropiación ocurre cuando las medidas gubernamentales “neutralizan efectivamente los beneficios del inversor extranjero en su calidad de propietario”. Más adelante afirmó: la propiedad o el goce se ‘neutralizan’ cuando una parte deja de estar en control de su inversión, o cuando no puede dirigir las operaciones del día a día sobre la inversión”⁹⁰. El tribunal del caso *LG&E* concluyó que no se había producido expropiación, ni directa ni indirecta, como resultado de las medidas adoptadas por Argentina. Análogamente, en *CMS*, antes mencionado, si bien el tribunal reconoció que las medidas objeto de la diferencia tuvieron un efecto importante en la actividad del inversor, concluyó que no existía una privación sustancial y por lo tanto tampoco un incumplimiento de la disposición relativa a la expropiación contenida en el TBI Argentina-Estados Unidos. También señaló que “el inversionista ejerce el control de la inversión, el Gobierno no administra las operaciones diarias de la empresa [...] y el inversionista tiene la plena propiedad y el control de la inversión”⁹¹. Lo mismo cabe decir de las Demandantes en los presentes casos con respecto a las medidas adoptadas por Argentina para hacer frente a la crisis. Los eventos en torno a la rescisión de la Concesión de AASA son una cuestión distinta que se analizará más adelante.

138. Las demandantes en muchos otros arbitrajes entre inversores y el Estado que tuvieron lugar a raíz de la crisis de 2001-03 han alegado que las medidas de Argentina para enfrentar la crisis constituían actos de expropiación indirecta. En casi todos esos casos, los tribunales rechazaron la reclamación sobre la base de que esas medidas no equivalían a una privación

⁸⁹ *LG&E*, *supra* nota 78, Laudo (25 de julio de 2007)

⁹⁰ *Ibid.* Párrafo 188. Citando el caso *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, Laudo Parcial, párrafo 100 (26 de junio de 2000).

⁹¹ *CMS supra* nota 84, párrafo 263.

permanente y sustancial de la sustancia económica de la inversión⁹². Sólo en un caso, *Siemens c. Argentina*⁹³, el tribunal llegó a la conclusión de que las medidas de Argentina constituían una expropiación. En ese caso, el tribunal no concluyó que las medidas generales sancionadas por la Argentina para enfrentar la crisis constituían expropiaciones, sino que un decreto gubernamental específico por el que se rescindía el contrato celebrado entre Siemens y el Gobierno argentino constituía una expropiación.

139. Como se ha señalado en muchos casos, al evaluar una reclamación por expropiación es importante reconocer el legítimo derecho del Estado a regular y ejercer su poder de policía en beneficio del interés común y no confundir medidas de esa naturaleza con la expropiación. En *The American Law Institute's Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* se subraya al respecto lo siguiente: “[...] un Estado no es responsable por la pérdida de propiedad u otro daño económico resultante de los gravámenes generales impuestos de buena fe, reglamentaciones, penas por delitos u otras acciones similares, comúnmente aceptadas dentro del poder de policía del Estado, siempre que no sean discriminatorias [...]”⁹⁴. En el contexto de las diferencias relativas a inversiones, se ha hecho referencia a la doctrina del poder de policía en casos como los de *Methanex c. Estados Unidos*⁹⁵ y *Saluka c. República Checa*. En esta última decisión, el tribunal señaló que “el principio de que un Estado no comete una expropiación y por lo tanto no es responsable del pago de indemnización al inversor extranjero que ha sido desposeído cuando adopta reglamentaciones generales que son ‘comúnmente aceptadas como encuadradas dentro del poder de policía de los Estados’ actualmente forma parte del derecho consuetudinario”⁹⁶.

140. Al analizar las medidas adoptadas por Argentina para hacer frente a la crisis, el Tribunal concluye que, habida cuenta de la naturaleza de la grave crisis que encaraba el país, esas medidas generales se encontraban dentro del poder de policía general del Estado argentino, y no constituyeron una privación permanente ni sustancial de las inversiones de las Demandantes. Si bien pueden haber afectado negativamente la rentabilidad de la Concesión de AASA, no

⁹² *LG&E supra* nota 78; *CMS supra* nota 84; *Azurix Corp. c. Republica Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/12), Laudo (14 de julio de 2006); *Enron Corp. y Ponderosa Assets S.A. c. Republica Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), Laudo, (22 de mayo de 2007).

⁹³ *Siemens AG c. Republica Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo (6 de febrero de 2007).

⁹⁴ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, sección 712, comentario g.

⁹⁵ *Methanex Co. c. Estados Unidos de América* (CNUDMI), Laudo (3 de agosto de 2005), parte IV, capítulo D, párrafo 7.

⁹⁶ *Saluka Investments B.V. c. República Checa* (CNUDMI), Laudo parcial (17 de marzo de 2006), párrafo 262.

redundaron en la incautación ni la reducción de los derechos de propiedad de AASA ni sus inversores, y no afectaron la capacidad de AASA para detentar la Concesión y dirigir sus operaciones y actividades. El Tribunal concluye por lo tanto que dichas medidas no violaron los artículos antes mencionados de los TBIs con respecto a la expropiación directa o indirecta; esto no quiere decir, sin embargo, que no hayan violado otros compromisos de los tratados.

C. *Negativa de la Argentina a ajustar las tarifas*

141. Las Demandantes también afirman que la negativa de la Argentina a revisar las tarifas en respuesta a las reiteradas solicitudes de AASA constituye una expropiación directa o indirecta. Al efectuar una interpretación literal de los TBIs, surge una pregunta inicial respecto de la afirmación de las Demandantes. Los tres tratados exigen la existencia de una “medida” gubernamental a fin de fundamentar una reclamación por expropiación. ¿Puede una *omisión* de actuar, como revisar una tarifa, constituir una “medida”? En el caso *Olguín c. Paraguay*⁹⁷, el tribunal expresó: “La expropiación exige pues que se actúe teleológicamente en orden a su realización; para que se dé no es suficiente haber incurrido en omisiones, aunque estas fueren graves”. Una “medida”, término que no se define en ninguno de los tres TBI, comúnmente se interpreta como una acción realizada para lograr un fin específico. En este caso, si bien la Argentina se negó a revisar la tarifa, esa acción de negativa no constituyó una omisión sino el resultado de una decisión estudiada cuidadosamente y comunicada formalmente a AASA, y esa decisión constituye una medida en el marco del significado de los tres tratados. La decisión de no revisar la tarifa en respuesta a los pedidos de AASA es ciertamente una acción impulsada teleológicamente.

142. Las Demandantes aducen que la omisión por parte de Argentina de ajustar la tarifa conforme a los términos del marco jurídico las privó del beneficio económico de su inversión y, por lo tanto, constituye una expropiación indirecta. El valor económico de la inversión era el ingreso por tarifas que AASA recibiría del pago efectuado por los consumidores por los servicios de provisión de agua y desagües cloacales. Conforme al marco jurídico antes descrito, esos ingresos dependían de la tarifa, que a su vez sería determinada de manera de permitir a AASA obtener un beneficio económico sobre sus operaciones. La Concesión, de acuerdo con las Demandantes, se basaba en el principio del equilibrio financiero, el principio de que la tarifa aplicable se fijaría a un nivel que asegurara que los ingresos en forma de pagos de los consumidores cubrirían todos los costos de operación, incluido el servicio de la deuda, y brindaría

⁹⁷ *Eudoro A. Olguín c. República del Paraguay* (caso CIADI No.ARB 96/5), Laudo (26 de enero de 2001), párrafo 84.

a AASA un beneficio económico razonable. Al negarse a aplicar el marco jurídico para ajustar la tarifa ante el pronunciado aumento de los costos, las medidas de las autoridades de Argentina impidieron a AASA lograr el equilibrio financiero necesario y, por lo tanto, destruyeron el valor económico de la Concesión, lo que redundó en una expropiación indirecta.

143. La Argentina rechaza que su negativa a revisar la tarifa fuera una medida de expropiación o que constituyera una apropiación por vía reglamentaria. Aduce que no estaba obligada a aumentar la tarifa según el marco jurídico de la Concesión; que el principio del equilibrio financiero no estaba incorporado en la Concesión, y que AASA, en su calidad de Concesionario, había asumido algunos riesgos incidentales a la operación de la Concesión contra los que Argentina, en su calidad de Concedente, no estaba obligada a proteger a AASA. Señala el hecho de que su negativa a ajustar la tarifa no redundó en la confiscación necesaria para que exista expropiación y que todas las reclamaciones de AASA con respecto a la aplicación del régimen tarifario eran, en verdad, reclamaciones contractuales que debían resolverse conforme al mecanismo de resolución de diferencias de la Concesión, y no reclamaciones en virtud de los tratados que debieran resolverse por arbitraje internacional.

144. En apoyo de sus reclamaciones por expropiación como consecuencia del ejercicio de Argentina de su facultad reglamentaria o por omisión, las Demandantes se basan fundamentalmente en los casos *CME* y *Vivendi II*. En ambos casos, las Demandantes habían perdido sus inversiones como consecuencia de medidas del Estado, y los tribunales en ambos casos concluyeron que habían habido expropiaciones. Con respecto al primer caso, el presente Tribunal observa que el caso *Lauder c. República Checa*⁹⁸, que las Demandantes no discutieron en sus alegatos, se refería a hechos idénticos a los del caso *CME* y a un TBI similar, pero en este último caso se llegó a la conclusión de que las medidas del Gobierno checo no constituyeron una expropiación, con lo que se reduce considerablemente el valor del caso *CME* como precedente. Además, en el caso *CME*, la medida impugnada del Gobierno checo era una acción afirmativa de ese Gobierno, en tanto que en los presentes casos las Demandantes se quejan de la omisión por parte de de la Argentina de ejercer afirmativamente sus facultades reglamentarias a favor de AASA. Con respecto al caso *Vivendi II*, que no surgió a raíz de la crisis de Argentina de 2001-2003, el Gobierno provincial tomó varias medidas deliberadas, como prohibir el cobro judicial de facturas impagas por provisión de agua y desagües cloacales, que tuvieron por efecto privar al concesionario de los medios para hacer valer reclamaciones pecuniarias legítimas, lo que era

⁹⁸ *Ronald S. Lauder c. República Checa* (CNUDMI), Laudo final 3 de septiembre de 2001.

necesario para la viabilidad económica de su empresa. En el presente caso, las autoridades gubernamentales no adoptaron acciones similares contra AASA o las Demandantes.

145. Una expropiación indirecta requiere una privación sustancial de la inversión. Tal privación sustancial no se produjo como resultado de la negativa de Argentina a ajustar las tarifas que aplicaría AASA. Durante el período de 1999-2006, AASA continuó en control de la Concesión, y su facultad para administrar y dirigir la operación del sistema de provisión de agua y desagües cloacales no se vio disminuida. Por lo tanto, el Tribunal concluye que la omisión por parte de Argentina de ajustar la tarifa, a pesar de las reiteradas solicitudes de AASA durante este período, no constituyó expropiación directa ni indirecta de la inversión de las Demandantes en AASA.

D. *Terminación de la concesión por Argentina*

146. El 21 de marzo de 2006, Argentina dio por terminada abruptamente la Concesión otorgada a AASA en 1993 y retomó posesión de los sistemas de suministro de agua y desagües cloacales que habían constituido el objeto de la Concesión. Asimismo, ejecutó la garantía de cumplimiento que AASA y las Demandantes habían establecido para asegurar el cumplimiento de la Concesión. ¿Constituyeron dichas medidas una expropiación directa o indirecta de la Concesión?

147. Las Demandantes sostienen que dichas medidas, que privaron completamente a AASA de sus derechos en el marco de la Concesión, constituyeron un caso claro de expropiación, no sólo indirecta, sino también directa. Afirman que, habida cuenta de la rescisión, su situación difiere de la que prevaleció en los casos *CMS c. Argentina*, *LG&E c. Argentina*, *Azurix c. Argentina*, y en los otros casos citados anteriormente, en que los tribunales que se pronunciaron sobre casos originados por la crisis argentina concluyeron que las medidas adoptadas por Argentina para hacer frente a la crisis no constituyeron una expropiación directa ni indirecta. La principal diferencia, según las Demandantes, radica en que en esos casos los inversores mantuvieron la propiedad y el control de sus inversiones, lo que no ocurrió con las Demandantes en el presente caso, debido a la abrupta rescisión de la Concesión por parte de Argentina. Las Demandantes afirman que, como resultado de la rescisión, Argentina obtuvo un sistema de suministro de agua y desagües cloacales muy mejorado y extendido sin tener que pagar ningún tipo de compensación. En apoyo de su postura, citan los casos *CME c. República Checa*⁹⁹ y *Vivendi II*¹⁰⁰. En ambos, las

⁹⁹ *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial, 13 de septiembre de 2001.

Demandantes habían perdido sus inversiones como resultado de las medidas del Gobierno, y los tribunales llegaron a la conclusión de que se habían llevado a cabo expropiaciones.

148. A fin de determinar si hubo expropiación como consecuencia de la rescisión de la Concesión por parte de Argentina, el Tribunal debe examinar y analizar los derechos de que gozaba AASA en virtud de la Concesión. Ni AASA ni sus accionistas eran propietarios ni tenían derechos de propiedad respecto de los activos físicos del sistema de suministro de agua y desagües cloacales de Buenos Aires. Si el sistema hubiera sido de su propiedad, la confiscación de este por el Gobierno argentino habría constituido un acto de expropiación y las Demandantes habrían tenido derecho a recibir protección al amparo de las disposiciones de los TBIs sobre expropiación aplicables a este caso. En cambio, AASA tenía derechos contractuales como Concesionario para operar el mencionado sistema y obtener beneficios de dicha actividad. Esa Concesión le confería a AASA ciertos derechos, entre ellos, el de percibir, durante un período de 30 años, ingresos generados por tarifas abonadas por los consumidores. Sin embargo los derechos de AASA a tales ingresos y a continuar operando el sistema de suministro de agua y desagües cloacales de Buenos Aires no eran, en forma alguna, absolutos, como parecen sugerir las Demandantes en sus escritos, sino que estaban sujetos a varias condiciones relacionadas con aspectos tales como eficiencia, suficiencia de los servicios, y logro de compromisos de inversión para el mejoramiento y la ampliación del sistema. Asimismo, como se señaló anteriormente, el Contrato de Concesión otorgaba específicamente al Gobierno argentino la facultad de rescindir la Concesión por incumplimiento del Concesionario y de reasumir la posesión del sistema de suministro de agua y desagües cloacales.

149. En septiembre de 2005, la propia AASA había intentado abandonar la Concesión, solicitud que fue rechazada por Argentina. Dicha solicitud significó cierto grado de presión para Argentina, que se vio obligada a hacer planes ante la eventual rescisión unilateral de AASA. Posteriormente, el Gobierno argentino, confrontado con un creciente deterioro de la situación y ante la acuciante necesidad y el deber público de asegurar el suministro ininterrumpido de agua y servicios de desagües cloacales a millones de personas en una vasta zona urbana, invocó sus derechos en el marco del Contrato de Concesión y dio por terminada esta última, alegando diversas deficiencias del Concesionario, en particular, los excesivos niveles de nitratos en el agua suministrada por este. Argentina sostiene que, en virtud del Contrato de Concesión, tenía el derecho a rescindir la Concesión por incumplimiento grave, y que los elevados niveles de nitratos que aducía constituía tal incumplimiento grave. Durante el intento de renegociar el Contrato de

¹⁰⁰ *Supra* nota 10, Laudo (20 de agosto de 2007).

Concesión, las autoridades reguladoras de Argentina también habían aplicado a AASA diversas multas elevadas por determinadas deficiencias en las operaciones.

150. En respuesta, las Demandantes sostienen que la afirmación de Argentina sobre la presencia de elevados niveles de nitrato es falsa, que fue una mera excusa para dar por terminada la Concesión por otros motivos, y que las multas fueron esencialmente una táctica de presión utilizada por el Gobierno argentino para asegurarse de que AASA adhiriera a la introducción de nuevas e injustificadas condiciones en el Contrato de Concesión.

151. En el derecho internacional se ha reconocido, al menos desde el caso *Norwegian Shipowners' Claims*¹⁰¹, que los derechos contractuales pueden ser objeto de expropiación. En el caso *Chorzów Factory* se llegaría a una conclusión similar¹⁰². Si bien ninguno de los tres tratados aplicables a los presentes casos lo establece específicamente, la inferencia resulta clara por el hecho de que las definiciones de “inversión” contenidas en ellos abarcan concesiones otorgadas por ley o contrato, de modo que los derechos contractuales emanados de una concesión, al igual que los que recaen sobre activos físicos, están protegidos frente a cualquier expropiación. Sin embargo, como sucede en el caso de la expropiación de activos físicos, antes de determinar si los derechos presuntamente expropiados lo han sido en el marco del derecho internacional, un tribunal debe comprender la naturaleza de tales derechos. Para evaluarla, en el caso de una supuesta expropiación de derechos contractuales, es preciso analizar el derecho interno que les dio origen. Los derechos contractuales de AASA y las Demandantes derivados de la Concesión, que según alegan estas últimas fueron expropiados, emanan del marco legal y del Contrato de Concesión descritos anteriormente.

152. En ese marco legal, la Argentina tenía derecho a rescindir el Contrato de Concesión bajo ciertas condiciones, mencionadas anteriormente. En enero de 2006, la Argentina pretendió ejercer sus derechos contractuales cuando dio por terminada la Concesión con AASA. En este sentido, la situación era diferente de la que existía en los casos *Norwegian Shipowners' Claims*, *Chorzów Factory*, y *CME c. República Checa*, en que se apoyan las Demandantes. En esos casos, el Estado demandado estaba interfiriendo en un contrato entre las demandantes y un tercero. En el presente caso, la Demandada estaba tomando medidas con respecto a un contrato en que era parte y cuyos términos le otorgaban derecho de rescisión en determinadas circunstancias. El Tribunal también

¹⁰¹ *Norwegian Shipowners' Claims* (Noruega c. Estados Unidos), (Corte Permanente de Arbitraje 1922) 1 RIAA 307.

¹⁰² *Caso relativo a la Fabrica de Chorzów* (RFA c. Pol) (1927) CPJI Series A No 9.

hace notar que en el caso *Lauder c. República Checa*¹⁰³, que las Demandantes no analizaron en sus escritos, se abordaron hechos idénticos a los del caso *CME* y regía un TBI similar, pero se llegó a la conclusión de que en ese caso las medidas del Gobierno checo no constituían una expropiación.

153. En arbitrajes entre inversores y Estados relativos a violaciones de contratos celebrados entre una parte demandante y un país receptor, los tribunales han trazado una distinción entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*, es decir, actos de un Estado en ejercicio de sus facultades soberanas y actos de un Estado en calidad de parte contratante. Es el uso que hace un Estado de sus facultades soberanas lo que da lugar al incumplimiento de los tratados, mientras que los actos realizados en calidad de parte contratante sólo dan lugar a reclamaciones contractuales, que normalmente no están amparadas por un tratado de inversión. Como se señaló en el caso *Siemens c. Argentina*, “[...] el comportamiento del Estado como parte de un contrato sólo puede considerarse como incumplimiento de un tratado de inversiones si va más allá de la medida que podía adoptar una parte contratante ordinaria, e implica una interferencia, de parte del Estado, en la ejecución del contrato”¹⁰⁴. En el caso *Siemens*, el tribunal llegó a la conclusión de que Argentina había adoptado una serie de medidas que no estaban basadas en su contrato con la subsidiaria de Siemens, sino en el ejercicio de su autoridad pública, lo que incluyó un decreto gubernamental que no estaba basado en un contrato, pero que puso fin al contrato. Por lo tanto, concluyó que Argentina había expropiado derechos contractuales de Siemens. A una conclusión similar se llegó en el caso *Vivendi II*, en que el tribunal determinó que las medidas tomadas por la Provincia de Tucumán constituyeron expropiación de los derechos contractuales del inversor¹⁰⁵. Sin embargo, el solo hecho de que el Gobierno tenga algún grado de participación en los hechos que conducen a la rescisión de un contrato no significa necesariamente que dicha rescisión sea resultado del ejercicio de las potestades soberanas, como señaló recientemente el tribunal del caso *Bayindir c. Pakistán*¹⁰⁶.

154. En los presentes casos, ¿actuó Argentina en ejercicio de sus potestades soberanas (*acta iure imperii*) o como una parte contratante ordinaria (*acta iure gestionis*) cuando rescindió el Contrato de Concesión con AASA? Si se confirma la primera hipótesis, es posible que Argentina haya expropiado los derechos contractuales de AASA y de las Demandantes. De confirmarse la

¹⁰³ *Supra* nota 97.

¹⁰⁴ *Supra* note 91, párrafo 248.

¹⁰⁵ *Supra* nota 10, Laudo (20 de agosto de 2007), párrafos 7.5.34.

¹⁰⁶ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A. Ş. c. Republica Islámica de Pakistán* (caso CIADI No.ARB/03/29) (en adelante, “*Bayindir c. Pakistán*”), Laudo (27 de agosto de 2009), párrafos 128, 129 y 315.

segunda, no se produjo ninguna expropiación y las Demandantes sólo pueden formular reclamaciones contractuales en el marco legal descrito anteriormente. Si bien Argentina ejerció su autoridad pública en varias ocasiones durante la crisis, el Tribunal no considera que la decisión de rescindir el Contrato de Concesión haya constituido el ejercicio de dicha autoridad, sino que se trata de medidas que Argentina adoptó conforme a los derechos que reclamaba al amparo del Contrato de Concesión y del marco legal. Efectivamente, el comportamiento de Argentina al poner fin al Contrato de Concesión no parece diferir del comportamiento de cualquier parte contratante privada que enfrenta la amenaza de rescisión de un importante contrato de suministro a largo plazo: se apresuró a tomar otras medidas tendientes a asegurar el suministro del bien o servicio necesario y luego tomó medidas encaminadas a poner fin a la relación contractual misma, que se había deteriorado.

155. Este Tribunal considera que la controversia entre las Demandantes y Argentina en torno a la terminación de la concesión es de naturaleza esencialmente contractual. En efecto, la decisión de Argentina de dar por terminada la Concesión, presuntamente de conformidad con los términos de esta, no constituyó un acto de expropiación, sino más bien el ejercicio de derechos contractuales que supuestamente la asistían. Incluso la ejecución de la garantía de cumplimiento que dispuso se basó en un supuesto derecho contractual, dado que Argentina era beneficiaria de dicha garantía. Determinar si el supuesto ejercicio de derechos contractuales era jurídicamente congruente con el Contrato de Concesión y con la garantía de cumplimiento es un asunto que debe abordarse en los procesos de resolución de controversias aplicables al contrato y a la garantía. El Tribunal no ignora que en determinadas circunstancias el ejercicio ilícito de un recurso contractual puede respaldar la conclusión de que se ha incurrido en incumplimiento de un tratado. Como se señala en un laudo dictado recientemente por otro tribunal del CIADI,

“[...] al evaluar si ha habido incumplimiento de un tratado, un tribunal puede examinar asuntos contractuales [...]. Estas consideraciones no implican que, al evaluar el incumplimiento de un tratado en el contexto de una relación contractual, se deba determinar que se ha habido cumplimiento del contrato. El incumplimiento de un contrato y el incumplimiento de un tratado son cuestiones separadas que dan lugar a análisis separados [...]. Dado que los análisis son distintos, el hecho de que un Estado ejerza un derecho o recurso contractual no excluye de por sí el posible incumplimiento de un tratado”¹⁰⁷.

¹⁰⁷

Ibíd., párrafos 136 a 138.

156. Al evaluar si ha habido incumplimiento de un tratado, el Tribunal ha tenido en cuenta, en lo pertinente, la conducta contractual de Argentina. Sin embargo, ha llegado a la conclusión de que las medidas adoptadas por Argentina de rescindir la concesión constituían, a todas luces, un ejercicio de sus derechos contractuales, y que no se trató de medidas expropiatorias. Por lo tanto, independientemente de las conclusiones a las que conduzcan los procesos de resolución de diferencias aplicables al Contrato de Concesión y a la garantía de cumplimiento, el Tribunal concluye que la conducta de Argentina en este sentido no infringió las cláusulas sobre expropiación contenidas en los TBIs.

E. *Conclusiones del Tribunal*

157. Tras examinar las diversas medidas adoptadas por Argentina desde el comienzo de la crisis, en 1999, hasta la rescisión de la Concesión, en 2006, el Tribunal concluye que ninguna de ellas violó, individual ni colectivamente, las disposiciones de los TBIs que regulan las expropiaciones directas e indirectas.

VII. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de brindar protección y seguridad

A. *Disposiciones aplicables de los tratados*

158. Las Demandantes también alegan que la Argentina ha violado las disposiciones de los TBIs, por cuanto les ha negado protección y seguridad. Para ello se basan en disposiciones específicas, entre ellas, el artículo 5 1) del TBI Argentina-Francia, en que se establece lo siguiente:

Las inversiones efectuadas por inversores de una u otra de las Partes Contratantes gozarán, en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte Contratante de protección y plena seguridad en aplicación del principio del trato justo y equitativo mencionado en el art. 3 del presente acuerdo.

En el artículo III.1 del TBI Argentina-España se dispone:

Artículo III
PROTECCIÓN

Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, o inversores de la otra Parte y no obstaculizará, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.

Finalmente, en el artículo 2(2) del TBI Argentina-Reino Unido, titulado “Promoción y protección de inversiones”, se dispone lo siguiente:

Las inversiones de inversores de cada Parte Contratante recibirán en toda ocasión un trato justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad constante en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna Parte Contratante perjudicará de alguna manera con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación en su territorio de las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará todo compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante.

159. Cabe observar, ante todo, que, si bien en los escritos de las Demandantes se señala que estas disposiciones de tratados garantizan la “plena protección y seguridad”, término que se encuentra en muchos tratados bilaterales de inversión, dicha frase específica no aparece en ninguna parte en los tres TBIs aplicables a estos casos. En el TBI Argentina-Francia se garantiza que las inversiones “gozarán [...] de protección y plena seguridad”; en el TBI Argentina-España se asegura únicamente que las partes contratantes “protegerá[n] [...] las inversiones”, y en el TBI Argentina-Reino Unido se garantiza “protección y seguridad constante”. Aún queda por ver si en estos tres TBI se prometen, en efecto, distintos niveles de protección, y si el nivel de protección que brindan difiere del que ofrecen los muchos tratados en que se emplea la terminología relacionada con “protección y seguridad plenas”.

B. *Análisis y jurisprudencia*

160. Al tratar de aplicar estas disposiciones, este Tribunal se enfrenta, en principio, a dos preguntas básicas: ¿Protección frente a quién? y ¿protección contra qué? En otras palabras, ¿de quién debe proteger la Parte Contratante a un inversor y contra qué actos específicos de esa persona debe la Parte Contratante garantizar protección? Las Demandantes sostienen que, al retirar determinadas supuestas garantías ofrecidas al Concesionario y a sus inversores, Argentina retiró “[...] la protección y seguridad legal conferidas anteriormente a la inversión [...]”¹⁰⁸. Por lo tanto, según la interpretación de las Demandantes sobre las disposiciones de los tratados arriba citadas, Argentina prometió proteger las inversiones de la otra Parte Contratante contra las acciones que la propia Argentina pudiera tomar en ejercicio de su autoridad legal y reglamentaria. La Demandada, por otro lado, adopta la postura de que las disposiciones relativas a protección y

¹⁰⁸

Escrito de las Demandantes posterior a la Audiencia, párrafo 361.

seguridad son aplicables principalmente a la protección frente a interferencias físicas cometidas contra un inversor o una inversión, y que sólo en circunstancias excepcionales deben aplicarse a otras situaciones.

161. El origen de los términos “protección y seguridad plenas”, “protección y seguridad constante” o, simplemente, “protección y seguridad” parece residir en los tratados comerciales bilaterales que algunos países celebraron en el siglo XIX y a comienzos de siglo XX, como los tratados de amistad, comercio y navegación celebrados por los Estados Unidos durante ese período¹⁰⁹. Por ejemplo, en 14 de 22 tratados comerciales celebrados por los Estados Unidos antes de 1920 se hacía referencia a “protección especial”, y, en los ocho restantes, a “protección plena y absoluta” de la propiedad privada de las personas¹¹⁰. A modo de ejemplo, en el artículo 3 del tratado de amistad, comercio y navegación que los Estados Unidos celebraron con Brunei en 1850 se estableció que Su Alteza, el Sultán de Borneo, “[...] garantiza que dichos ciudadanos de los Estados Unidos de América gozarán, en la medida en que lo permita su autoridad, dentro de los límites de su dominio, de *protección y seguridad plenas y absolutas* respecto de su persona y de toda propiedad que puedan adquirir [...]” (énfasis añadido)¹¹¹. Estos términos también se emplearon en tratados bilaterales de otros países¹¹².

162. Tradicionalmente, las cortes y los tribunales han interpretado ese estándar de tratamiento en el sentido de que impone al Estado receptor una obligación positiva de ejercer la diligencia debida a fin de proteger al inversor y su propiedad de amenazas y lesiones físicas, no así la obligación de proteger a las inversiones cubiertas y a todos los inversores frente a cualquier tipo de lesión proveniente de cualquier fuente. En el caso *ELSI*¹¹³, en que los Estados Unidos presentaron una reclamación contra Italia argumentando que la requisita de una fábrica de un inversor de dicho país ordenada por el Alcalde de Palermo (Italia) violaba el artículo V(1) del Tratado de amistad, comercio y navegación entre los Estados Unidos e Italia, que obligaba a las Partes Contratantes a brindar a los inversores “protección y seguridad constantes”, la Cámara de

¹⁰⁹ K. Vandeveld, *The Bilateral Investment Treaty Program of the United States*, 21 Cornell Int’l L.J. 203, 204 (1988).

¹¹⁰ W. Wilson, R., *Property-protection Provisions in United States Commercial Treaties*, 45 Am. J. Int’l L. 84, 92 a 96 (1951).

¹¹¹ Tratado de amistad, comercio y navegación con Brunei, 10 Stat. 909; Treaty Series 331 (entró en vigencia el 11 de julio de 1853) (traducción del Tribunal).

¹¹² Véase, por ejemplo, el tratado bilateral entre Italia y Venezuela, en que se establece: “los ciudadanos de un Estado gozarán, en el territorio del otro Estado, del ‘más alto grado de protección y seguridad relativas a personas y bienes, y gozarán, en este sentido, de los mismos derechos y privilegios otorgados a los nacionales’”. Cita extraída del caso *Sambiaggio*, Comisión Mixta Italia-Venezuela, *U.N. Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, pág. 512.

¹¹³ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, ICJ Reports, 1989.

la Corte Internacional de Justicia manifestó: “La referencia que se hace en el artículo V a la obligación de brindar ‘protección y seguridad constantes’ no puede interpretarse como una garantía de que la propiedad no será ocupada ni alterada en ninguna circunstancia”¹¹⁴.

163. Con el desarrollo de los tratados bilaterales de inversión, en cuyo texto influyó el de los tratados de amistad, comercio y navegación anteriores, sus redactores incorporaron el término “protección y seguridad plenas”, o alguna variante de este, a este nuevo instrumento jurídico destinado a proteger y promover la inversión extranjera en una nueva era. Según las primeras interpretaciones de las disposiciones de los TBIs relativas a protección y seguridad plenas, estas estaban orientadas esencialmente a proteger a los inversores y a las inversiones frente a perjuicios y amenazas físicas, en especial frente a actos, generalmente no autorizados, de unidades del Ejército o soldados individuales de un país, o de trabajadores descontentos¹¹⁵. En cada uno de estos casos, los tribunales destacaron que esas disposiciones no constituían una garantía contra todos los perjuicios que pudiera experimentar una inversión, sino que sólo imponían al país receptor la obligación de ejercer la debida diligencia. Con respecto al significado de “debida diligencia”, los tribunales y la doctrina a menudo han hecho referencia a lo aseverado por el profesor A. V. Freeman en sus conferencias dictadas en la Academia de derecho internacional de La Haya: “La ‘debida diligencia’ no es ni más ni menos que el conjunto de medidas razonables de prevención que cabe esperar que un Gobierno bien administrado ejerza en circunstancias similares”¹¹⁶. El difunto profesor Brownlie observó que las decisiones de los tribunales no definen “debida diligencia”, pero que “obviamente ninguna definición demasiado dogmática sería apropiada, dado que se trata de un estándar que varía según las circunstancias”¹¹⁷.

164. El hecho de que el estándar de “protección y seguridad plenas” implique sólo una obligación de debida diligencia, en lugar de una responsabilidad objetiva, también ha recibido amplio reconocimiento en decisiones arbitrales más recientes¹¹⁸. Parece no existir acuerdo, en cambio, en cuanto a la medida en que el estándar de protección y seguridad plenas puede exceder la obligación del Estado de brindar tan sólo seguridad física al inversor y a sus activos.

¹¹⁴ *Ibid.*, § 108, pág. 65.

¹¹⁵ Véanse, por ejemplo, *Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka* (caso CIADI No.ARB/87/3) Laudo (27 de junio de 1990), y *American Manufacturing & Trading, Inc. c. Zaire* (caso CIADI No.ARB/93/1), Laudo (1 de febrero de 1997).

¹¹⁶ A. V. Freeman, *Responsibility of States for the Unlawful Acts of Their Armed Forces*, 88 *Receuil des Cours* (1956), 261 (traducción del Tribunal)

¹¹⁷ I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (1990), 454.

¹¹⁸ Véanse, entre otros, *Saluka supra* nota 94, párrafo 483; *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Republica de Kazajstán* (caso CIADI No.ARB/05/16), Laudo (29 de julio de 2008), párrafo 668; *Waguih Elie George Siag & Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto* (caso CIADI No.ARB/05/15), Laudo (1 de junio de 2009), párrafo 447.

165. Tradicionalmente, los casos relativos a la protección y seguridad plenas han girado en torno a daños provocados por terceros a activos físicos de los inversores, en un contexto en que los Gobiernos receptores no han actuado con la debida diligencia para evitar el daño o sancionar a sus autores. En estos casos, las Demandantes pretenden aplicar la cláusula de protección y seguridad a un tipo de situación diferente. No se quejan de que sus activos físicos o su persona hayan sufrido daños o lesiones a manos de terceros, como sucede en los casos típicos de protección y seguridad, sino que afirman que Argentina les negó protección y seguridad, en virtud de las medidas que adoptó, en ejercicio de sus potestades gubernamentales, contra los derechos contractuales de AASA derivados del Contrato de Concesión y del marco legal vigente. Por lo tanto, este Tribunal debe decidir la cuestión de si las disposiciones de los tratados se aplican a la situación de las Demandantes.

166. En los últimos años, algunos tribunales de arbitraje han procurado ampliar el alcance y contenido de la cláusula de “protección y seguridad plenas” más allá de la protección contra daños materiales, y la han interpretado en el sentido de que se aplica a las medidas administrativas y legales injustificadas de un Gobierno o de sus subdivisiones que menoscaban supuestos derechos legales de los inversores. Las Demandantes se apoyan precisamente en estas decisiones, en particular las recaídas en los casos *CME c. República Checa*¹¹⁹ y *Azurix Corp. c. Argentina*¹²⁰. Por ejemplo, en *CME*, que las Demandantes citan en apoyo de su argumento, el tribunal declaró: “El Estado receptor está obligado a asegurar que no se retire ni menoscabe, mediante enmienda de sus leyes ni actos de sus órganos administrativos, la seguridad y protección convenidas y aprobadas”¹²¹.

167. Sin embargo, el efecto del caso *CME* como precedente podría verse atenuado por el hecho de que no se trató de una decisión unánime y que el tribunal no realizó un análisis detallado de este punto en particular. Asimismo, como es notorio, el Tribunal del caso *Lauder*, estrechamente relacionado con el caso *CME*, llegó a una conclusión diametralmente opuesta. Con respecto a la aplicación de la cláusula de la protección y seguridad plenas en el TBI Estados Unidos-República Checa, el tribunal del caso *Lauder* sostuvo: “[...] ninguno de los hechos alegados por las Demandantes constituye una violación, por parte de la Demandada, de la obligación de brindar protección y seguridad plenas en el marco del Tratado”¹²².

¹¹⁹ *Supra* nota 99.

¹²⁰ *Supra* note 90.

¹²¹ *Supra* nota 100, párrafo 613.

¹²² *Supra* nota 99, párrafo 309.

168. El tribunal del caso *CME* interpretó el artículo 3(2) del TBI Países Bajos-República Checa, que establece: “cada Parte Contratante brindará a dichas inversiones seguridad y protección plenas” (énfasis añadido) (traducción del Tribunal). Ese enunciado difiere en cierta medida de las disposiciones de los TBIs aplicables al presente caso. Cabe destacar que los TBIs Argentina-España y Argentina-Reino Unido utilizan únicamente los términos “protección” y “proteger”, sin agregar los calificativos “plenas” o “plenamente”; mientras que en el TBI Argentina-Francia se establece que los inversores gozarán de “protección y plena seguridad”. ¿Afecta esa diferencia de texto el alcance de la protección otorgada por los TBIs? El tribunal del caso *Azurix Corp. c. Argentina* así lo estableció implícitamente, pues se valió de dicho argumento para justificar la conclusión de que el TBI Argentina-Estados Unidos, en que se hacía referencia a la “protección y seguridad plenas”, se aplicaba a las medidas adoptadas por un Gobierno y no se limitaba a acciones físicas. En ese sentido, afirmó: “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”¹²³. Así pues, en el caso *Azurix* parecía sugerirse que la omisión de los vocablos “plenas” o “plenamente”, como sucede en dos de los TBIs aplicables a los presentes casos, restringía el alcance de la protección a la seguridad y protección físicas exclusivamente. El tribunal del caso *Biwater* adhirió a la misma línea argumental y señaló que protección y seguridad plenas “implican la garantía de estabilidad que brinda un Estado en un entorno seguro desde el punto de vista físico, comercial y jurídico. En opinión del Tribunal de Arbitraje, sería injustificadamente forzado restringir la noción de ‘seguridad plena’ a sólo un aspecto del concepto de seguridad, sobre todo a la luz del uso que se da a este término en un TBI destinado a la protección de las inversiones comerciales y financieras”¹²⁴.

169. Otros tribunales han dado menos peso al lenguaje específico empleado en el tratado al determinar el alcance del estándar de protección y seguridad plenas. Por ejemplo, en el caso *Parkerings c. Lituania*¹²⁵, el tribunal llegó a la siguiente conclusión: “En general se acepta que la variación de lenguaje entre la formulación ‘protección’ y ‘protección y seguridad plenas’ no determina el grado de protección que debe brindar un Estado”¹²⁶.

¹²³ Supra nota 92, párrafo 408.

¹²⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania* (caso CIADI No.ARB/05/22), Laudo (24 de julio de 2008), párrafo 729 (traducción del Tribunal).

¹²⁵ *Parkerings-Compangiet AS c. República de Lituania* (Caso CIADI No. ARB/05/08), Laudo (14 de agosto de 2007) (traducción del Tribunal).

¹²⁶ Párrafo 354, en que se cita a Rubins N., Kinsella S., *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution* (2005) para justificar esta aseveración.

170. Con respecto al tercer tratado al que se refieren los presentes casos, el TBI Argentina-Francia exige que los inversores gocen de “[...] protección y plena seguridad en aplicación del principio del trato justo y equitativo mencionado en el artículo 3 [...]”. La interpretación de esta disposición del tratado plantea interrogantes acerca de la interrelación y el alcance de los dos estándares: “protección plena y absoluta” y “tratamiento justo y equitativo”. Si corresponde que el Tribunal concluya que se ha faltado al cumplimiento del estándar de tratamiento justo y equitativo, ¿ello implica también incumplimiento de la garantía de brindar seguridad plena y absoluta? Ante una redacción como la del artículo 3 citado anteriormente, algunos tribunales han llegado a la conclusión de que ambos incumplimientos se producen en forma simultánea¹²⁷.

171. Este Tribunal opina, en cambio, que, en virtud del mencionado artículo 3, el concepto de protección y seguridad plenas está incluido en el de tratamiento justo y equitativo, pero que el alcance de protección y seguridad plenas es más limitado que este último. De ese modo, los actos del Estado que incumplan la cláusula de protección y seguridad plenas constituirían necesariamente un incumplimiento del estándar del tratamiento justo y equitativo bajo el TBI Argentina-Francia. Por otra parte, no todo incumplimiento de este último estándar supone automáticamente el incumplimiento de la obligación de brindar protección y seguridad plenas. En el marco del TBI con Francia, Argentina puede faltar al cumplimiento de su obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo a las Demandantes sin que ello equivalga al incumplimiento de su obligación de brindar protección y seguridad plenas. En resumen, existen actos que, si bien equivalen a incumplimiento del estándar del tratamiento justo y equitativo, no suponen incumplimiento de la obligación de brindar protección y seguridad plenas.

172. El hecho de que en el TBI Argentina-Francia el estándar de tratamiento justo y equitativo y el de protección y seguridad plenas figuren en dos artículos distintos y se haga referencia a ellos como estándares separados y distintos permite concluir que probablemente las Partes Contratantes pretendían que significaran cosas distintas. Por lo tanto, al interpretar esos dos estándares de tratamiento del inversor conviene respetar dicha intención y dar a los dos conceptos significados y campos de aplicación diferentes.

173. En este sentido, este Tribunal opina que la estabilidad del ambiente de negocios y la seguridad jurídica son aspectos más característicos del estándar de tratamiento justo y equitativo, mientras que el estándar de protección y seguridad plenas tiene como objetivo principal proteger a las inversiones frente a posibles daños físicos. Ello no quita la posibilidad de que este último

¹²⁷ *National Grid plc c. República Argentina* (CNUDMI), Laudo (3 de noviembre de 2008).

estándar también entrañe la obligación de proporcionar mecanismos y recursos jurídicos adecuados para incoar acciones contra los organismos del Estado o particulares responsables del perjuicio ocasionado al inversor.

174. El tribunal del caso *Enron* analizó el alcance más limitado del estándar de protección y seguridad plenas, y al respecto señaló: “El Tribunal no puede excluir que como cuestión de principio pudiera haber casos en que los que podría justificarse una interpretación más amplia; aunque en estos caso sería difícil distinguir ésta situación de otra resultante en la violación del trato justo y equitativo, e incluso de algunas formas de expropiación.”¹²⁸. Generalmente este Tribunal también considera que una interpretación demasiado amplia del estándar de protección y seguridad plenas podría dar lugar a superposición con otros estándares de protección de las inversiones, lo que no resulta necesario ni conveniente.

175. Por su parte, este Tribunal se inclina por pensar que el hecho de que no figuren las palabras “plena” o “plenamente” en las disposiciones relativas a la protección y seguridad plenas contenidas en los TBIs Argentina-España y Argentina-Reino Unido respalda la postura de que se trata de una obligación limitada a brindar protección física y recursos legales a las demandantes españolas y británicas y a sus bienes.

176. La importancia de que los TBIs incluyan una formulación legal precisa también se ve ejemplificada en el laudo en *Siemens*¹²⁹. En ese caso, el inversor inició el arbitraje en el marco del TBI Argentina-Alemania, alegando, entre otras cosas, que Argentina violado su obligación de otorgar protección y seguridad plenas mediante una conducta que trajo aparejada la frustración del contrato del inversor. La demandada y la demandante mantenían posiciones distintas sobre el alcance de la protección conferida por el estándar en el TBI. Según la Argentina, el término “seguridad” se refería exclusivamente a seguridad física, mientras que el inversor atribuía a este término un sentido más amplio, en particular porque el Tratado hacía referencia a “seguridad jurídica”. Así pues, el tribunal debió interpretar si el término “seguridad” si se refería solamente a la seguridad física o a la seguridad en un sentido más amplio. Tras observar que la definición de “inversión” incluía activos tangibles e intangibles, el tribunal afirmó que “la obligación de brindar protección y seguridad plenas es más amplia que la de brindar protección y seguridad ‘físicas’”, y, a ese respecto, su razonamiento fue el siguiente:

¹²⁸ *Supra* nota 92, párrafo 286; véanse también *PSEG Global et al. c. República de Turquía* (caso CIADI No. ARB/02/5), Laudo (19 de enero de 2007), párrafo 259.

¹²⁹ *Supra* nota 93.

Resulta difícil entender cómo se podría lograr la seguridad física de un bien intangible. En el presente caso, el término “seguridad” está calificado por “jurídica”. En su significado corriente, “seguridad jurídica” se ha definido como “la calidad del sistema jurídico que implica la existencia de normas ciertas y, en consecuencia, la aplicación previsible de dichas normas”. Está claro que, en el contexto de este significado, el Tratado se refiere a seguridad no física. De hecho, se podría cuestionar, dado el modo en que está calificado el término “seguridad”, si el Tratado en verdad abarca la seguridad física. Cabe sostener que podría considerarse incluido en “protección plena”, pero ello no está en cuestión en este procedimiento. [§ 303]

A partir de esa interpretación de “protección y seguridad plenas”, el tribunal llegó a la conclusión de que la iniciación de la renegociación del contrato, por parte de Argentina, con el solo objetivo de reducir sus costos, sin el respaldo de una declaración de interés público de tal medida, afectó la seguridad jurídica de la inversión de Siemens y por lo tanto constituyó una violación de sus obligaciones bajo el TBI. En estos casos, ninguno de los TBIs en cuestión hace referencia a “seguridad jurídica”. Por lo tanto, este Tribunal considera que las diversas formulaciones de protección y seguridad empleadas en los presentes TBI no pueden extenderse a una obligación de mantener un entorno jurídico y comercial estable y seguro.

177. Si bien una interpretación textual estricta del lenguaje de los tratados llevaría a este Tribunal a concluir que los TBIs aplicables a los casos presentes no tienen el alcance expansivo en que las Demandantes basan su reclamación, hay otra razón para que el Tribunal no adopte la interpretación hecha en casos como *CME* y *Azurix*. En ninguno de los laudos en estos casos se proporciona un análisis histórico del concepto de “protección y seguridad plenas” ni se explica claramente por qué el tribunal decidió alejarse de la interpretación histórica aplicada tradicionalmente por las cortes y los tribunales y ampliar dicho concepto para que incluyera actos y daños no físicos.

178. Unos pocos laudos posteriores a *CME* se ha mantenido el enfoque más tradicional al interpretar el concepto de protección y seguridad plenas. En *Saluka*¹³⁰, el tribunal concluyó que la República Checa, al adoptar medidas encaminadas a dejar de realizar transacciones en títulos valores de las demandantes, no había violado el TBI República Checa-Países Bajos, en que se prometía a los inversores “seguridad y protección plenas”. El tribunal sostuvo: “La práctica de los tribunales de arbitraje parece indicar, sin embargo, que la ‘cláusula de protección y seguridad plenas’ no está destinada a cubrir cualquier tipo de menoscabo que sufran la inversiones de un inversor, sino a proteger, más específicamente, la integridad física de una inversión contra

¹³⁰

Supra nota 96.

interferencias realizadas mediante el uso de la fuerza”¹³¹ (traducción del Tribunal). Más recientemente, los tribunales de arbitraje han invocado argumentos similares en los casos *BG c. Argentina*, *PSEG c. Turquía* y *Rumeli c. Kazajstán*¹³².

C. *Conclusiones del Tribunal*

179. Tras considerar el lenguaje específico utilizado en cada uno de los tres TBIs aplicables, y la evolución histórica del estándar de “protección y seguridad plenas” en el marco del derecho internacional, así como la jurisprudencia reciente, este Tribunal no está persuadido de que deba apartarse de la interpretación que normalmente se da a dichos términos. En consecuencia, concluye que en virtud de todos los TBIs aplicables, Argentina está obligada a actuar con la debida diligencia para proteger a los inversores y a las inversiones principalmente contra daños físicos, y que en todo caso las obligaciones que le imponen las disposiciones pertinentes no admiten una interpretación extensiva que abarque el mantenimiento de un entorno jurídico y comercial estable. De ello se desprende que, en el presente caso, Argentina no ha violado las obligaciones que le imponen las disposiciones pertinentes de los TBIs.

VIII. Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo

A. *Disposiciones aplicables de los tratados*

180. Las Demandantes alegan, asimismo, que Argentina violado los TBIs aplicables, dado que no ha otorgado a las inversiones de las Demandantes un “tratamiento justo y equitativo”, como lo exigen los tratados. Específicamente, afirman que Argentina violó los artículos 3 y 5(1) del TBI Argentina-Francia, en que se disponen lo siguiente:

Artículo 3

Cada una de las Partes Contratantes se compromete a otorgar, en su territorio y en su zona marítima, un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios de Derecho Internacional, a las inversiones efectuadas por los inversores de la otra Parte y a hacerlo de manera tal que el ejercicio del derecho así reconocido no sea impedido de hecho ni de derecho.

¹³¹ *Ibid.*, párrafo 484.

¹³² *BG Group Plc c. República Argentina* (CNUDMI), Laudo (24 de diciembre de 2007), párrafos 323 a 328; *PSEG c. Turquía*, *supra* nota 128, párrafos 258 y 259; *Rumeli c. Kazajstán*, *supra* nota 118, párrafo 669.

Artículo 5

Las inversiones efectuadas por inversores de una u otra de las Partes Contratantes gozarán, en el territorio y en la zona marítima de la otra Parte Contratante, de protección y plena seguridad en aplicación del principio del tratamiento justo y equitativo mencionado en el artículo 3 del presente.

181. Asimismo, alegan que Argentina ha violado el artículo IV(1) del TBI Argentina-España:

Artículo IV

TRATAMIENTO

Cada Parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte.

182. Finalmente, sostienen que Argentina ha violado el artículo 2(2) del TBI Argentina-Reino Unido:

Artículo 2

PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES

2) Las inversiones de inversores de cada Parte Contratante recibirán en toda ocasión un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad constante en el territorio de la otra Parte Contratante.

183. En cada uno de los tres TBIs se le impone a Argentina la obligación de otorgar un “tratamiento justo (*fair* en inglés) y equitativo” (TBIs Argentina-España, Argentina-Reino Unido) o “justo (*just* en inglés) y equitativo” (TBI Argentina-Francia), a las inversiones de las Demandantes. Para los fines de estos casos, el Tribunal encuentra que significan lo mismo, así que empleará “justo y equitativo” para referirse a las dos formulaciones (“*fair*” y “*just*”) que aparecen en los tratados. El Tribunal observa, asimismo, que la disposición pertinente del TBI Argentina-Francia difiere de la que figura en los TBIs Argentina-Reino Unido y Argentina-España, ya que el artículo 3 del primero impone a las partes contratantes la obligación de otorgar a las inversiones protegidas “[...] un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios de Derecho Internacional [...]” (“*un traitement juste et équitable, conformément aux principes du*

droit international”), pero ni el TBI Argentina-España ni el TBI Argentina-Reino Unido incluyen una referencia similar a “los principios de derecho internacional”. Ninguna de las partes ha sugerido en sus presentaciones escritas u orales que esta diferencia en el lenguaje de los tratados obligue al Tribunal, al aplicar el TBI Argentina-Francia, a dar al estándar de tratamiento justo y equitativo un significado diferente del que este recibió al aplicarse los otros dos TBIs que resultan pertinentes en estos casos. La Demandada alega, sin embargo, que la referencia a “los principios de derecho internacional” que se hace en el TBI Argentina-Francia limita explícitamente el contenido de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo al estándar mínimo internacional, y que dicha limitación también se encuentra implícita en los otros dos TBI aplicables a este caso¹³³. El argumento de la Demandada suscita dos interrogantes a los que el Tribunal debe dar respuesta: 1) ¿La referencia a “los principios de derecho internacional” que se hace en el TBI Argentina-Francia significa que el estándar de tratamiento justo y equitativo se limita al estándar mínimo internacional?; y 2) si bien los otros dos TBI no contienen ninguna referencia específica al derecho internacional o al estándar mínimo internacional, ¿el término “tratamiento justo y equitativo” que figura en dichos TBI debería limitarse también al estándar mínimo internacional?

184. Como se analizará más adelante en la presente Decisión, el significado de “tratamiento justo y equitativo” ha sido objeto de numerosos y variados comentarios por parte de la doctrina y tribunales de arbitraje. Una pregunta umbral para su interpretación se refiere a las fuentes de derecho de las que debe valerse un tribunal al aplicar el concepto de tratamiento justo y equitativo en una situación fáctica concreta. Un escrutinio que abarcó aspectos prácticos y teóricos de esta cuestión revela tres puntos de vista: el tratamiento justo y equitativo 1) sólo debe medirse en relación con el estándar mínimo exigido por el derecho internacional consuetudinario; 2) debe medirse en relación con el derecho internacional, incluidas todas sus fuentes, y 3) debe medirse en función de estándar autónomo y autosuficiente de un tratado¹³⁴. Al adoptar una decisión acerca de este tema en los casos presentes, el Tribunal debe ceñirse al lenguaje específico de cada uno de los TBIs aplicables. Con respecto al TBI Argentina-Francia, cabe señalar que el texto de ese tratado se refiere simplemente a “los principios de Derecho Internacional”, y no al “estándar mínimo en el marco del derecho internacional consuetudinario”. Esta última formulación, o simplemente la de “estándar mínimo internacional”, es tan conocida y está tan firmemente establecida en el derecho internacional que se puede suponer que, si Francia y Argentina hubieran

¹³³ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 875.

¹³⁴ OCDE, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law* (documento de trabajo sobre inversión internacional 2004/3, septiembre de 2004), pág. 8.

tenido la intención de limitar el contenido del tratamiento justo y equitativo al estándar mínimo internacional, la habrían utilizado expresamente.

185. A partir de los principios aceptados de interpretación de los tratados, en particular el artículo 31(1) de la CDVT, que dispone que los términos de los tratados deben interpretarse conforme a su “sentido corriente”, el Tribunal concluye que la expresión “conforme a los principios de Derecho Internacional” no significa otra cosa que lo que surge de su tenor literal: que en el marco del artículo 3 del TBI Argentina-Francia el tribunal debe interpretar la referencia al tratamiento justo y equitativo teniendo en cuenta todas las fuentes pertinentes del derecho internacional, y que su interpretación no está limitada al estándar mínimo internacional. El sentido corriente de la frase “principios de derecho internacional” es “principios jurídicos derivados de todas las fuentes de derecho internacional”. En documentos con fuerza de autoridad en que se utiliza la expresión “derecho internacional” no se da a entender que ella se limite al estándar mínimo internacional, y se respalda ampliamente la interpretación adoptada por este Tribunal del término “derecho internacional”. Así, en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se establece que la función de la Corte consiste en “decidir conforme al derecho internacional” y luego se procede, en términos amplios, a enumerar las fuentes básicas del derecho internacional. En forma análoga, en *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, párrafo 101, se dispone que “el derecho internacional [...] consiste en normas y principios de aplicación general relativos a la conducta de los Estados y los organismos internacionales y a sus relaciones *inter se*, así como a algunas de sus relaciones con personas bien sea naturales o jurídicas”. Por lo tanto, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandada de que el contenido del estándar de tratamiento justo y equitativo que figura en el TBI Argentina-Francia se limita al estándar mínimo internacional.

186. Con respecto a los otros dos TBIs aplicables, que no contienen ninguna referencia específica a los principios de derecho internacional, resulta menos plausible aún limitar la interpretación del estándar de tratamiento justo y equitativo al estándar mínimo internacional. En consecuencia, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandada de que el estándar de tratamiento justo y equitativo, contenido en el TBI Argentina-España y en el TBI Argentina-Reino Unido, esté implícitamente limitado por el estándar mínimo internacional. El Tribunal también concluye que la referencia a “los principios de derecho internacional” incluida en el TBI Argentina-Francia no implica que el contenido de dicho tratado difiera del contenido de los otros dos. Al interpretar la frase “tratamiento justo y equitativo,” - en su acepciones en inglés de “fair”

y “just” -, que figura en estos dos últimos TBIs y aplicarla para determinar la responsabilidad de la Demandada, el Tribunal, tal como declaró en los párrafos 60 a 62, *ut supra*, al analizar el derecho aplicable, está obligado a aplicar los principios de derecho internacional.

187. El término “tratamiento justo y equitativo” posee ciertas características que deben reconocerse al aplicarlo en estos casos. En primer lugar, se trata, a primera vista, de una expresión vaga y ambigua que no se encuentra definida en ninguno de los tratados aplicables a estos casos. En segundo lugar, se ha empleado profusamente en cientos de tratados de inversión en todo el mundo a lo largo de los años, con el resultado de que numerosos tribunales de arbitraje lo han interpretado y aplicado a diferencias entre inversores y Estados surgidas en muy diversas circunstancias. En tercer lugar, se trata de un término flexible, que se aplica a todo tipo de inversiones en todos los sectores y las actividades económicas¹³⁵. En efecto, se le invoca con tanta frecuencia en los arbitrajes contemporáneos entre inversores y Estados que un autor lo ha considerado “de una presencia casi ubicua” en los litigios referidos a inversiones¹³⁶.

188. Una cuarta característica importante del término es que su aplicación depende fundamentalmente de la evaluación de los hechos que se haga en cada caso. Como señaló el tribunal en el caso *Mondev*, “no se puede determinar en forma abstracta si algo es justo y equitativo, sino que es preciso basarse en los hechos que presenta el caso en particular”¹³⁷. En tal sentido, el tribunal del caso *Waste Management (II)* afirmó que “el criterio es, hasta cierto punto, flexible y debe adaptarse a las circunstancias de cada caso”¹³⁸. Una quinta y última característica, de la que dan cuenta su uso frecuente, su nivel de generalidad y flexibilidad, es que los Estados contratantes parecen considerar el término “tratamiento justo y equitativo” como un estándar básico del tratamiento que debe otorgarse a los inversores. Los objetivos fundamentales de los tratados de inversión, como lo indica su nombre, consisten en promover y proteger las inversiones. Desde luego, ninguno de esos objetivos podría alcanzarse si los tratados prometieran a los inversores extranjeros un tratamiento que fuera menos que justo y equitativo. En efecto, para emplear la terminología de Hans Kelsen¹³⁹, no resulta exagerado afirmar que la obligación de un

¹³⁵ Véase C. Schreuer, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, 6 JWIT 3, págs. 357 a 386.

¹³⁶ Rudolph Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, 39, *The International Lawyer*, 87 (2005).

¹³⁷ *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2), Laudo (11 de octubre de 2002), 6, ICSID Reports 192, párrafo 118 (traducción del Tribunal).

¹³⁸ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3), Laudo (30 de abril de 2004), párrafo 99.

¹³⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1934).

Estado receptor de otorgar un tratamiento justo y equitativo a los inversores extranjeros es la *Grundnorm* o norma básica del derecho de las inversiones internacionales.

189. Al interpretar este término vago, flexible, básico y ampliamente utilizado de los tratados, este Tribunal tiene la ventaja de contar con decisiones de tribunales anteriores que se han afanado con tenacidad y conocimiento de causa, en ocasiones arduamente, a interpretar la frase “justo y equitativo” en una gran variedad de situaciones fácticas y de relaciones de inversión. Muchos de estos casos surgieron a raíz de la crisis económica argentina de 2001-2003. Si bien dichas decisiones no obligan a este Tribunal¹⁴⁰, constituyen “un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho [internacional]”¹⁴¹. Asimismo, por consideraciones elementales de justicia, los tribunales suelen guiarse por el principio judicial básico de que “los casos similares deben resolverse en forma similar”, a menos que exista una razón de peso para distinguir el caso actual de otros anteriores. Por otra parte, un objetivo reconocido del derecho internacional de las inversiones es establecer un marco jurídico previsible y estable para las inversiones, factor que justifica la práctica de los tribunales de considerar atentamente las decisiones anteriores sobre cuestiones similares. Así pues, a menos que existan sólidas razones en sentido contrario, un tribunal debe siempre tener muy en cuenta las soluciones establecidas en casos anteriores similares entre sí.

B. *Posición de las Demandantes*

190. Las Demandantes afirman que Argentina no otorgó a sus inversiones un tratamiento justo y equitativo, conforme a lo exigido en los tres TBI aplicables. Basándose en varias decisiones arbitrales, muchas de las cuales tuvieron origen en la crisis argentina, como la presente diferencia, las Demandantes sostienen que el principio de tratamiento justo y equitativo protege a los inversores extranjeros contra alteraciones fundamentales del marco de inversiones que menoscaben sus expectativas legítimas. Las Demandantes se basan en dos conceptos básicos; a saber, que las medidas adoptadas por Argentina (1) alteraron fundamentalmente el marco de la inversión y (2) frustraron las expectativas legítimas de las Demandantes en su calidad de inversores. En tal sentido, afirman que Argentina las alentó activamente a invertir en los sistemas de suministro de agua y de desagües cloacales de Buenos Aires, y que un importante elemento de

¹⁴⁰ En el artículo 53(1) del Convenio del CIADI se establece: “El laudo será obligatorio para las partes [...]”. Schreuer sugiere que esta disposición debe interpretarse con el sentido de que “[...] excluye la aplicabilidad del principio de la fuerza vinculante para los sucesivos casos del CIADI”. (traducción del Tribunal). Asimismo observa que no hay nada en los trabajos preparatorios del Convenio que sugiera que la doctrina del precedente deba aplicarse al arbitraje del CIADI. C. Schreuer, *A Doctrine of Precedent?*, en P. Muchlinksi y cols., *The Oxford Handbook of International Investment Law* (2008), 1190.

¹⁴¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38(1)(d).

dicho incentivo eran las diversas promesas que Argentina les hizo en el marco jurídico aplicable a la inversión. El hecho de que Argentina haya introducido, en forma unilateral, alteraciones fundamentales a dicho marco, frustrando así las expectativas legítimas de las Demandantes, constituye la denegación del tratamiento justo y equitativo que prometió otorgar a los inversores en cada uno de los tres TBIs aplicables a la presente diferencia. Las Demandantes observan que el tratamiento justo y equitativo se distingue del estándar mínimo internacional, que, en todo caso, también sanciona la conducta que altera el marco de inversiones en detrimento de las expectativas legítimas del inversor. Para determinar la violación de un estándar de tratamiento no es necesario que haya mala fe ni actitud dolosa de parte del Estado demandado.

191. Las Demandantes señalan, en especial, tres esferas generales en que las medidas adoptadas por Argentina constituyeron incumplimiento de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes: 1) el hecho de que Argentina no haya garantizado la observancia del principio de equilibrio ni revisado la tarifa de la Concesión conforme a lo previsto en el marco jurídico, con lo cual alteró dicho marco en detrimento de las expectativas legítimas de las Demandantes; 2) los esfuerzos de Argentina por forzar la renegociación del Contrato de Concesión, y 3) la rescisión unilateral, por parte de Argentina, del Contrato de Concesión, en 2006. El Tribunal analizará, sucesivamente, cada uno de estos tres tipos de actos.

1. Medidas que alteraron el marco de inversiones

192. Las Demandantes afirman que en 2002 Argentina adoptó numerosas medidas que constituyeron alteraciones fundamentales del marco de inversiones, en detrimento de sus expectativas legítimas. Estas medidas fueron, en resumen: (i) la Ley de enero de 2002, que alteró formalmente el marco regulatorio al abolir los ajustes tarifarios anuales automáticos en función de los costos, de acuerdo con índices internacionales (artículo 8) al anular el régimen tarifario y establecer un proceso de renegociación obligatorio (artículo 9) y al exigir a todas las empresas afectadas que siguieran cumpliendo todas sus obligaciones emanadas de los contratos y los marcos regulatorios pertinentes (artículo 10); (ii) el Decreto No. 293/02, de fecha 14 de febrero de 2002, que establece el proceso de renegociación obligatoria de los contratos en lugar de las revisiones tarifarias prometidas; (iii) la carta del ETOSS a AASA, de fecha 14 de febrero de 2002, en que se confirma que la Ley de enero de 2002 había dejado sin efecto el régimen tarifario de AASA, lo que de otro modo habría requerido un ajuste tarifario, dada la alteración de la paridad entre el peso argentino y el dólar, denegando así cualquier tipo de ajuste tarifario y recordando a AASA su obligación de no suspender ni alterar el cumplimiento de todas las

obligaciones, conforme al artículo 10 de la Ley de enero de 2002; (iv) la Resolución No. 38/02 del Ministerio de Economía, de fecha 10 de abril de 2002, en la cual se prohibía a las autoridades reguladoras, como el ETOSS, adoptar cualquier medida que incrementara las tarifas sujetas a su supervisión hasta el fin del proceso de renegociación, con lo que se impedía que el ETOSS aplicase cualquiera de las disposiciones referidas al ajuste tarifario del marco regulatorio y en la práctica se derogaba el régimen tarifario de AASA, y (v) el Decreto No. 1090/02, de fecha 26 de junio de 2002, y la Resolución No. 308/02 del Ministerio de Economía, de fecha 20 de agosto de 2002, en virtud de los cuales Argentina amenazó a las empresas de servicios públicos, incluida AASA, para que no hicieran valer sus derechos legítimos ni recursos presentando reclamaciones ante ninguna corte o tribunal, incluido el arbitraje internacional, so pena de quedar excluidas del proceso de renegociación.

193. Las Demandantes también alegan que Argentina impuso a AASA una carga desproporcionada y discriminatoria, lo que resulta contrario a su deber de proteger activamente las inversiones de las Demandantes conforme al estándar de tratamiento justo y equitativo. Los precios no fueron congelados en todos los demás sectores de la economía, como los de producción de gas y los sectores bancarios. Por ejemplo, Hidrovía S.A., sociedad en participación entre una empresa belga y una argentina, que maneja la concesión de un canal de navegación en el río Paraná, obtuvo un incremento tarifario garantizado del 45%¹⁴².

2. Renegociación impuesta

194. Las Demandantes también afirman que numerosas medidas adoptadas durante el proceso impuesto para renegociar la concesión de AASA violaron la obligación de la Demandada de otorgar a las inversiones de las Demandantes un tratamiento justo y equitativo.

195. En la primera etapa de estos esfuerzos de renegociación, Argentina postergó reiteradamente el plazo de renegociación o, en palabras de las Demandantes, dispuso un “[...] sinfín de prórrogas sistemáticas del infructuoso proceso de renegociación a partir del mes de junio de 2002, fecha en que venció el plazo inicial de 120 días previsto para la renegociación, hasta la fecha de abandono de la Concesión en marzo de 2006, sin que se concediera a AASA ningún tipo de asistencia en relación con su grave desequilibrio económico-financiero”¹⁴³.

196. Según las Demandantes, la segunda etapa de intento de renegociación, que comenzó en mayo de 2003 con la elección del presidente Kirchner, también incluyó numerosas instancias de

¹⁴² Memorial de las Demandantes, párrafos 525 y 366.

¹⁴³ Réplica de las Demandantes, párrafo 307.

tratamiento injusto y contrario a la equidad por parte de Argentina, entre ellas: (1) un pronunciado incremento de las sanciones impuestas; (2) la ampliación unilateral del fideicomiso, es decir, la cuenta fiduciaria establecida, a la cual se destinaría el producto de ciertos aumentos tarifarios para financiar parte de las inversiones previstas en el servicio, y (3) el requisito de que AASA prestara servicios en zonas no incluidas anteriormente en la Concesión. Estas medidas se pusieron en práctica mediante (i) la carta dirigida a AASA por la Comisión de Renegociación el 2 de abril de 2003, a la que se acompañaba la primera propuesta de acuerdo transitorio, que, según las Demandantes, no reflejaba ninguna de las cuestiones discutidas durante los 14 meses de renegociación ya transcurridos; esa propuesta concedía a AASA tan sólo 5 días para realizar un análisis y ofrecer una respuesta. Por otra parte, lo propuesto no habría aliviado, sino agravado, la presión a la que estaba sometida AASA; (ii) la carta No.17407/03, del ETOSS a AASA, del 27 de junio de 2003, mediante la cual Argentina exigió que AASA suscribiera el contrato de fideicomiso, lo que en opinión de las Demandantes agravó aún más la situación financiera de AASA; (iii) el Decreto No. 311/03, del 4 de julio de 2003, mediante el cual Argentina modificó las reglas del proceso de renegociación y creó una nueva entidad, la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN), a cargo de la renegociación, con lo cual en la práctica hizo que el proceso se reiniciara de cero; (iv) la Resolución No. 86/03 del ETOSS, del 6 de agosto de 2003, mediante la cual Argentina obligó a AASA a constituir el fideicomiso y transferirle los montos correspondientes a los incrementos tarifarios del 3,9% que AASA aplicó en 2001 y 2002, sin tomar en consideración las dificultades que atravesaba AASA, bajo la amenaza de ejecución de la garantía de cumplimiento y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento por parte de AASA; (v) la Ley 25790, del 22 de octubre de 2003, mediante la cual se dispuso que el proceso de renegociación de contratos públicos no estaba “limitad[o] o condicionad[o]” por las disposiciones de los marcos regulatorios pertinentes, es decir, que Argentina podía derogarlos o ignorarlos por completo, y que la competencia de los entes reguladores en materia de revisión tarifaria podía ejercerse únicamente con sujeción a lo decidido en el proceso de renegociación; (vi) la Disposición No. 76 de la SSRH¹⁴⁴, del 2 de diciembre de 2003, y la Disposición No. 58 de la SSRH, del 29 de diciembre de 2004, por las cuales se prorrogó unilateralmente el Fideicomiso para los años 2004 y 2005 y se agravó así una vez más la situación financiera de la Concesión.

¹⁴⁴

Subsecretaría de Recursos Hídricos.

197. La tercera fase de la renegociación, que comenzó a fines de 2003, con la reanudación de las negociaciones con el Gobierno, dio lugar al Acuerdo Transitorio de 2004¹⁴⁵, suscrito con la UNIREN el 11 de mayo de 2004. Si bien el acuerdo no preveía un inmediato ajuste de tarifas, daba “un respiro a AASA, junto con la promesa de un acuerdo definitivo hacia finales de 2004”¹⁴⁶. En consecuencia, se suspendió el arbitraje hasta diciembre de 2004 (lo que puso de manifiesto la intención de las Demandantes de cooperar), AASA realizó otra inversión de US\$230 millones, y su deuda iba a ser reestructurada antes del 30 de junio de 2004. El 15 de julio de 2004 se celebró un Acuerdo Financiero Provisorio, por el cual el endeudamiento de AASA se redujo en US\$145 millones. La reestructuración de la deuda de AASA tuvo lugar en marzo de 2006.

198. La cuarta fase de la renegociación comenzó con el vencimiento del Acuerdo Transitorio de 2004, sin que se lograra ninguna mejora en el proceso de renegociación. Las Demandantes alegan que el Gobierno argentino no cumplió las obligaciones que le imponía el Acuerdo Transitorio. Asimismo, en ese momento, según las Demandantes, la actitud de Argentina hacia AASA se había “torna[do] hostil”¹⁴⁷. El Gobierno impuso otra prórroga unilateral del Fideicomiso, que exigía que AASA asignara AR\$42 millones por año para financiar ciertas inversiones en expansión especificadas por el Estado. El 11 de enero de 2005 se intimó a AASA a cumplir todas las obligaciones que le imponía el Contrato de Concesión, incluido el pago de las sanciones pendientes (Resolución No. 1/05 del ETOSS).

199. Ese mismo día, AASA fue sancionada con una multa de AR\$2 millones a raíz de un corte de emergencia del servicio. Las Demandantes reclaman, en particular, contra (i) las Resoluciones 1/05 y 2/05 del ETOSS, del 11 de enero de 2005, por las cuales, respectivamente, se obligaba a AASA a cumplir todas sus obligaciones derivadas del Contrato de Concesión y se le imponían multas por no informar a las autoridades acerca de un corte de emergencia del servicio (dispuesto ante riesgos para la salud pública); (ii) la propuesta efectuada por la UNIREN el 25 de julio de 2005, referente a un acuerdo transitorio renegociado que no reflejaba lo discutido hasta el momento ni identificaba aspectos básicos del futuro acuerdo, a la vez que exigía que las Demandantes desistieran de sus reclamaciones ante el CIADI y renunciaran a todo reclamo existente o futuro antes de que el Poder Ejecutivo dictara los actos de ratificación y autorización correspondientes; (iii) la carta dirigida a AASA por el Subsecretario de Recursos Hídricos el 29 de julio de 2005, en que se pasaba por alto una vez más la solicitud formulada por AASA el 26 de

¹⁴⁵ Documento de Prueba 148 de las Demandantes.

¹⁴⁶ Réplica de las Demandantes, párrafo 210.

¹⁴⁷ Réplica de las Demandantes, párrafo 211.

julio de 2005 tendiente al restablecimiento del equilibrio de la Concesión, y se negaba el derecho de AASA de promover la rescisión del Contrato de Concesión; (iv) el constante vilipendio de AASA en los medios de comunicación, que se intensificó en el segundo semestre de 2005, y v) la frustración, por parte de Argentina, de los intentos efectuados por los accionistas de AASA, a fines de 2005 y a principios de 2006, de transferir acciones de AASA a inversores locales.

3. Terminación de la Concesión por parte de la Argentina

200. Las Demandantes sostienen también que la abrupta terminación de la Concesión, dispuesta por la Argentina en 2006, violó los compromisos asumidos por la Demandada de otorgar un tratamiento justo y equitativo. Específicamente, impugnan el Decreto No. 303/06, fechado el 21 de marzo de 2006, en virtud del cual, según sostienen, Argentina dio por terminada unilateralmente y con falsos pretextos la Concesión, sin indemnización, desconociendo así su responsabilidad por haber infringido el principio de equilibrio. Señalan, a ese respecto, que tras la rescisión el Secretario de Obras Públicas anunció que se invertirían inmediatamente AR\$349 millones en el nuevo operador de propiedad estatal, contradiciendo así su manifestación anterior acerca de la existencia de restricciones financieras que impedían revisar la tarifa. Sostienen que, conforme al estándar de tratamiento justo y equitativo, Argentina tenía la obligación de proteger activamente a las Demandantes y sus inversiones, pero que, en lugar de hacerlo, Argentina “[r]echazó colaborar con AASA y sus accionistas durante más de cuatro años, y luego rescindió la Concesión unilateralmente, sin importarle las pérdidas sufridas por AASA y sus accionistas”¹⁴⁸.

C. Posición de la Demandada

201. La Argentina alega que las Demandantes no han demostrado que los actos y las omisiones que le atribuyen representarían una conducta que no estuviera a la altura del estándar de tratamiento justo y equitativo. Además niega que las medidas que adoptó en relación con las inversiones de las Demandantes hubieran violado dicho estándar. Sostiene que a la luz de las circunstancias del caso cumplió sus obligaciones. De todos modos, aun cuando hubiera incurrido en incumplimiento del Contrato de Concesión, esa falla no representaría un tratamiento injusto y contrario a la equidad. La prueba de la violación de un tratado debe ser clara, pero, según la Argentina, los argumentos de las Demandantes no permiten llegar a una conclusión inequívoca. Además, Argentina alega que, si bien las Demandantes pueden invocar su participación accionaria en AASA para demostrar que, a los efectos jurisdiccionales, poseen una inversión, no

¹⁴⁸ Réplica de las Demandantes, párrafo 465.

pueden aspirar a la protección sustancial de los TBIs con respecto a una relación contractual en la que no son partes.

202. La Argentina alega que el Tribunal debe analizar la conducta de las partes teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Sostiene que en todas las circunstancias “[actuó] de manera responsable, no discriminatoria y proporcional a la luz de la responsabilidad debida a la población comprendida dentro del ámbito territorial de la concesión de AASA, ante la situación económica extraordinaria imperante”¹⁴⁹, al ser el suministro de agua potable y servicios de desagües cloacales una de las más prominentes finalidades públicas. Por lo tanto, alega que todas las medidas que adoptó durante la crisis financiera estaban comprendidas dentro de sus poderes de policía como Estado soberano. Específicamente, con respecto a la terminación de la Concesión, Argentina afirma que actuó razonablemente en las circunstancias del caso, que las Demandantes habían manifestado su intención de abandonar la Concesión, y que la Argentina tenía la responsabilidad de garantizar la continuación de la prestación de un servicio público vital para la salud y el bienestar de su población.

203. En segundo lugar, la Argentina alega que sus actos eran enteramente previsibles, por lo cual no frustró las expectativas legítimas de los inversores. Según Argentina, era previsible que el Gobierno de ese país adoptara medidas especiales en caso de crisis, que en una situación de crisis trataría de renegociar los contratos de concesión, y que, frente a las amenazas de las Demandantes de abandonar la Concesión, tendría que adoptar medidas encaminadas a garantizar la continuación de un servicio público vital. Además, en relación con las expectativas legítimas de las Demandantes, Argentina alega que, si el Estado efectuó alguna declaración o asumió algún compromiso, fue ante AASA, y no ante sus accionistas. El estándar del tratamiento justo y equitativo no puede generar expectativas que no encuentren fundamento en los documentos contractuales que regulan la relación entre el Estado y el inversor. Como no existían garantías contractuales adicionales sobre el ajuste automático de tarifas, otorgadas a AASA ni a las Demandantes, no era en absoluto razonable, dada la gravedad de la crisis, que las Demandantes esperaran que la República respaldara un incremento de tarifas de gran escala. Como surge del análisis realizado por el comité *ad hoc* en el caso *MTD c. Chile*¹⁵⁰, y como lo confirmó el caso

¹⁴⁹ Memorial de Contestación de la Demandada, párrafo 892.

¹⁵⁰ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile* (caso CIADI No. ARB/01/7), Decisión de Anulación (21 de marzo de 2007), párrafo 67.

*MCI c. Ecuador*¹⁵¹, el estándar del caso *Tecmed*¹⁵², que convierte las expectativas del inversor en obligaciones internacionales, es cuestionable.

204. Con respecto a los esfuerzos realizados para renegociar el Contrato de Concesión a la luz de la crisis, Argentina sostiene que actuó razonablemente, y que AASA y las Demandantes no actuaron del mismo modo ni con ánimo de cooperación durante ese proceso. La Argentina sostiene, por ejemplo, que, tras la sanción de la Ley de Emergencia, la primera actitud de AASA fue desconocer dicha ley y solicitar revisiones de la tarifa. El plan de emergencia que presentó AASA en febrero de 2002 estaba encaminado a dejar en suspenso muchas de sus obligaciones. La Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos creada el 12 de febrero de 2002 formuló sus comentarios sobre dicho plan el 16 de mayo de 2002. La Comisión preparó un informe preliminar sobre la Concesión en junio de 2002 y presentó su informe final el 31 de octubre de 2002. La Comisión señaló que, dado el contexto macroeconómico, el sistema de revisión de tarifas 1997-1999 no era viable, y que las propuestas de AASA implicaban una profunda renegociación del acuerdo, en lugar de constituir exclusivamente un mero incremento de tarifas. La Comisión ofreció alternativas de negociación. Las partes convinieron en un acuerdo de emergencia a corto plazo y en una renegociación final e integral del Contrato de Concesión. Se pidió a AASA que presentara un plan económico-financiero y un plan de mejora y expansión de servicios. Se presentaron escritos el 4 de diciembre de 2002.

205. Aunque las Demandantes alegan que el proceso de renegociación fue coactivo, Argentina manifiesta que AASA, en el escrito que presentó a la Comisión de Renegociación el 4 de diciembre de 2002, manifestó estar de acuerdo con el referido proceso y consintió en adaptar el acuerdo a la nueva realidad económica para lograr un nuevo equilibrio económico-financiero. Por lo tanto, la afirmación de que las Demandantes hayan sido forzadas a renegociar no es razonable. Las Demandantes ratificaron voluntariamente el memorando de 2004. La Argentina niega que las renegociaciones hayan sido innecesariamente prolongadas, señalando que las negociaciones de 1997, en las que AASA tuvo plena participación y a partir de las cuales dicha compañía obtuvo las revisiones solicitadas, tardaron tres años en completarse.

206. A lo largo de las renegociaciones, AASA no adaptó su actitud para la cooperación. Según Argentina, el fracaso de la renegociación final obedeció a la conducta de AASA, que no sólo no reestructuró su deuda, sino que tampoco proporcionó importantes documentos solicitados

¹⁵¹ *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. c. República del Ecuador*, (caso CIADI No. ARB/03/6) Laudo (31 de julio de 2007), párrafo 278.

¹⁵² *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (caso CIADI No. ARB(AF)00/2) Laudo, (29 de mayo de 2003).

en agosto de 2004. Otros actos de AASA que contribuyeron al fracaso de la renegociación consistieron en que “a) no cumplió con su compromiso de presentar la empresa modelo; b) no presentó la contabilidad regulatoria en su debido tiempo; c) no presentó un análisis de impacto sobre los usuarios de las alternativas de incrementos tarifarios; d) no definió los aumentos tarifarios que pretendía. Tampoco presentó la propuesta de un nuevo régimen tarifario; e) no presentó un análisis de impacto sobre los recursos de la Concesión”¹⁵³.

207. Pese a esos incumplimientos de AASA, el 14 de junio de 2005, la UNIREN presentó un proyecto de memorando de acuerdo; en él se establecía que AASA recuperaría su base de capital a través de ingresos tarifarios y del pago final que le efectuaría el Estado al término de la Concesión. AASA rechazó esta oferta el 1 de agosto de 2005 y, para septiembre de 2005, las negociaciones se habían roto.

208. En general, la Argentina sostiene que el proceso de renegociación fue abierto y transparente; que no entrañaba una obligación de resultados, sino simplemente una de medios, y que Argentina procuró también un resultado equitativo, para lo cual efectuó concesiones a AASA. Sostiene, específicamente, que “[e]ntre las concesiones que hizo el Estado a fin de llegar a un acuerdo figura[ban] las siguientes: a) La autorización a constituir en pesos las Garantías de Cumplimiento de Contrato; b) no tomar por el momento medidas sancionatorias pese a los constantes incumplimientos de la empresa; c) la pesificación de las deudas contraídas en dólares con instituciones financieras argentinas; d) la eliminación, en ese momento, de la invocación de la presentación en concurso preventivo o la solicitud de quiebra de las empresas concesionarias, como causal de rescisión de los contratos de concesión. Nuevamente, caídos los acuerdos, nada pudo impedir al Estado ejercer tales facultades convencionales y legales”¹⁵⁴.

209. Tras la asamblea de accionistas celebrada el 22 de septiembre de 2005, en la que se autorizó a AASA a dar por terminada la Concesión, AASA promovió ante las autoridades argentinas la rescisión y la aceptación provisional, cuanto antes, de los activos de la Concesión, así como la restitución de la garantía de cumplimiento del acuerdo. El Subsecretario de Recursos Hídricos rechazó esa solicitud, sosteniendo que no existía causa de rescisión por incumplimiento de la autoridad concedente, como lo requerían el Contrato de Concesión y el marco legal.

210. Con respecto a los esfuerzos realizados por AASA para dar por terminada la Concesión, Argentina sostiene que el Banco de Galicia, que era el tenedor del 8,26% de las acciones de

¹⁵³ Dúplica de la Demandada, párrafo 664.

¹⁵⁴ Dúplica de la Demandada, párrafo 645.

AASA, instituyó en Argentina procedimientos tendientes a la declaración de nulidad de la decisión de la asamblea de accionistas del 22 de septiembre de 2005, por detrimento de los intereses de la compañía e infracción de la Ley de Sociedades. Agrega que, a su juicio, las Demandantes usaron la crisis argentina como excusa para abandonar el país, dado que la Concesión de AASA no era suficientemente rentable.

D. *Análisis*

211. Para evaluar los argumentos de las Demandantes y de la Demandada, este Tribunal debe interpretar y aplicar las disposiciones arriba citadas de los TBIs referentes a las obligaciones de Argentina de acordar a las inversiones cubiertas un tratamiento justo y equitativo. Toma como guía, para realizar esa tarea, el artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conforme al cual “1) [a] 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*” (énfasis añadido). Por lo tanto, tres elementos revisten especial importancia para interpretar las disposiciones pertinentes del tratado: (1) el sentido corriente del término “justo y equitativo”, (2) el contexto en que él se utiliza, y (3) el objeto y fin de los tres TBIs.

212. Para comenzar, corresponde observar que en ninguno de los TBIs aplicables a los presentes casos se define ninguna de las tres palabras clave: “justo”, “equitativo”, y “tratamiento”. “Tratamiento”, conforme al Diccionario la Lengua Española de la Real Academia Española, significa “acción de tratar”; y, “tratar”: “5. Proceder bien, o mal, con una persona, de obra o de palabra.” En su decisión sobre jurisdicción en el presente caso, el Tribunal señaló, con respecto al significado del término “tratamiento:” “[l]a palabra ‘tratamiento’ no está definida en el texto del tratado. No obstante, el sentido corriente de ese término en el contexto de la inversión incluye los derechos y privilegios otorgados y las obligaciones y cargas impuestas por un Estado contratante a las inversiones realizadas por inversores cubiertos por el tratado”. El Tribunal seguirá utilizando esa definición a los efectos de la presente Decisión sobre Responsabilidad. Corresponde señalar, asimismo, que conforme a los términos contenidos en los tres TBIs, el objeto del tratamiento justo y equitativo prometido no es el inversor, sino las inversiones hechas por el inversor.

213. Definir el término “justo y equitativo” es especialmente arduo, dadas su generalidad y vaguedad y las diversas maneras en que puede interpretarse en diversas culturas y países. Como lo señaló el tribunal en el caso *Saluka*, tras realizar sus propios arduos esfuerzos a ese respecto:

El “sentido corriente” del estándar de “tratamiento justo y equitativo” sólo puede definirse mediante términos de casi igual vaguedad. En el caso MTD, el tribunal declaró: “[e]n su sentido ordinario, los términos ‘justo’ y ‘equitativo’ [...] significan ‘ecuaníme’, ‘imparcial’, ‘no sesgado’, ‘legítimo’. Sobre la base de esas y similares definiciones nada se puede añadir a lo manifestado por el tribunal en el caso S.D. Myers al declarar que la configuración de una infracción del estándar requiere un “tratamiento a tal punto injusto y arbitrario que alcance un nivel inaceptable desde una perspectiva internacional”¹⁵⁵.

(Traducción del Tribunal)

Como resultado, analizar el sentido corriente del término “tratamiento justo y equitativo”, tal como se utiliza en los tres TBIs aplicables a la presente diferencia, arroja sólo un poco más de claridad.

214. El contexto del término “justo y equitativo” depende en gran medida del contenido del tratado en que se utiliza. Debe interpretarse, por lo tanto, no como tres vocablos extraídos del texto de los TBIs, sino en el contexto de los diversos derechos y responsabilidades acordados por las Partes Contratantes, con todas sus diversas condiciones y limitaciones. No obstante, un análisis de ese tipo realizado *in abstracto*, es decir, sin tener en cuenta las relaciones específicas entre disposiciones específicas de los TBIs, no sería más provechoso que analizar el sentido corriente del término “justo y equitativo”.

215. Finalmente, siguiendo las directrices del artículo 31(1) de la CVDT, el Tribunal debe tener en cuenta el objeto y fin de cada uno de los tres TBIs. A este respecto es preciso acudir a los preámbulos de esos tratados, en donde se expresan esos objetos y fines. Cada uno de esos TBIs, establece su respectivo objeto y fin en términos levemente diferentes, con ligeras diferencias en cuanto al énfasis. El preámbulo del TBI Argentina-Francia, por ejemplo, establece:

Con el deseo de intensificar la cooperación económica entre los dos Estados y de crear las condiciones favorables para las inversiones francesas en la Argentina y las inversiones argentinas en Francia,

Convencidos que la promoción y la protección de estas inversiones son propicias para estimular las transferencias de capital y de tecnología entre los dos países con vistas al desarrollo económico de ambos [...].

Por lo tanto, el fin del tratado no consiste meramente en proteger inversiones, sino en promover la cooperación económica entre Francia y Argentina y lograr el desarrollo económico de los dos Estados estimulando transferencias de capital y tecnología.

¹⁵⁵

Supra nota 94, párrafo 297.

216. El preámbulo del TBI Argentina-España establece lo siguiente:

Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio económico de ambos países,

Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes en el territorio de la otra, y

Reconociendo que la promoción y la protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimulan las iniciativas en ese campo [...].

También aquí, el TBI procura alcanzar amplios objetivos, que no se limitan simplemente a la protección de los inversores, ya que el objetivo manifiesto consiste en intensificar, en beneficio mutuo, la cooperación económica entre ambos Estados.

217. Finalmente, el preámbulo del TBI Argentina-Reino Unido establece lo siguiente:

Con el deseo de crear condiciones favorables para un aumento de las inversiones por parte de inversores de un Estado en el territorio del otro Estado;

Reconociendo que la promoción y protección recíproca de tales inversiones mediante acuerdos internacionales contribuirán a estimular la iniciativa económica individual e incrementarán la prosperidad en ambos Estados [...].

Este TBI tiene también como objetivos generales estimular la iniciativa económica e incrementar la prosperidad tanto de Argentina como del Reino Unido.

218. Si se examinan los fines declarados de los tres TBI, se percibe que todos ellos persiguen objetivos más amplios que los limitados exclusivamente al otorgamiento de niveles específicos de protección a inversores individuales. En el caso del TBI Argentina-Francia y del TBI Argentina-España, los Estados Contratantes procuran intensificar la cooperación económica mutua. La protección y la promoción de inversiones extranjeras, si bien importantes para alcanzar ese objetivo, constituyen tan sólo un medio para alcanzar ese fin. Análogamente, a través del TBI Argentina-Reino Unido se procura incrementar la prosperidad de los dos Estados. Mediante esos tratados, los Estados Contratantes persiguen los objetivos, más amplios, de intensificar su cooperación económica mutua, con la finalidad de alcanzar una mayor prosperidad o un mayor desarrollo económicos. El Tribunal debe tener en cuenta esos objetivos más amplios al interpretar y aplicar el término “tratamiento justo y equitativo” en estos casos.

219. El Tribunal considera que el objetivo de la “cooperación económica”, declarado en los TBIs Argentina-Francia y Argentina-España, reafirma y, a decir verdad, fortalece, en lugar de

debilitar, la importancia del estándar del “tratamiento justo y equitativo” en la estructura de los tratados creados por las Partes Contratantes. La palabra “cooperación”, interpretada en relación con su raíz latina, significa la realización de un trabajo en común. El término “cooperación económica” hace referencia a un trabajo conjunto en la esfera económica. En la noción de “cooperación económica entre Estados” está implícito el compromiso de otorgar un tratamiento justo y equitativo a importantes protagonistas económicos —por ejemplo, inversores— de una parte contratante con la que un Estado se haya comprometido a cooperar. En efecto, es difícil percibir de qué modo podría llegar jamás a existir cooperación en la esfera económica y de las inversiones a menos que cada uno de los Estados conceda ese tratamiento justo y equitativo a inversores e inversiones protegidos del otro Estado. Por lo tanto, el Tribunal considera que el tratamiento justo y equitativo de los inversores es el requisito *sine qua non* de la cooperación económica prevista por Francia, España y Argentina en dos de los TBIs aplicables al presente caso.

220. Aunque en el TBI Argentina-Reino Unido no se menciona expresamente la cooperación económica como objetivo, el hecho de que haga hincapié en el deseo de “crear condiciones favorables para [...] las inversiones” y “estimular la iniciativa [...] individual” subraya implícitamente la importancia de que las inversiones reciban un tratamiento justo y equitativo, pues ninguno de esos objetivos podría lograrse si una Parte Contratante otorgara a las inversiones de la otra Parte Contratante un tratamiento que no fuera enteramente justo y equitativo.

221. ¿Cuál es, por lo tanto, el significado del término “tratamiento justo y equitativo” con respecto a las inversiones realizadas por las Demandantes? Filósofos y académicos han dedicado volúmenes enteros al tema de la justicia¹⁵⁶. Su labor ayuda a interpretar el concepto abstracto y sus consecuencias, pero no da respuesta a una pregunta fundamental y práctica que todo tribunal de arbitraje debe responder: ¿A qué criterios, estándares o pruebas debe acudir un tribunal arbitral para establecer si el tratamiento específico acordado a las inversiones de determinado inversor extranjero es o no “justo y equitativo” en determinado contexto? Decir que “justo y equitativo” significa, “ecuánime”, “imparcial”, “no sesgado”, o “legítimo”, como lo han hecho algunos tribunales¹⁵⁷, representa, muy francamente, una tautología. Tales formulaciones no son

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, John Rawls, *Justice as Fairness* (2001); Thomas Franck, *Fairness in International Law* (1995).

¹⁵⁷ Véase, por ejemplo, tribunal del caso *MTD c. Chile* (*supra* nota 150), en que se definieron los estándares del modo siguiente “[...] al tenor del TBI, trato justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y ecuánime, que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera”, párrafo 113; aprobado por el Comité de Anulación, Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007, párrafo 71 (“En tercer lugar, y por sobre todo, un criterio formulado en [los] términos [del párrafo 113] es defendible”).

judicialmente operativas, en el sentido de que se presten a una aplicación sencilla a situaciones fácticas complejas de inversiones concretas, como las que se encuentran en los presentes casos.

222. Con la finalidad de elaborar un método operativo para determinar la existencia o inexistencia de tratamiento justo y equitativo, los tribunales de arbitraje han tenido en cuenta, cada vez más, las legítimas expectativas que haya creado un país receptor en el inversor y la medida en que la conducta subsiguiente del Gobierno de ese país frente a la inversión haya frustrado esas expectativas. Cuando un inversor emprende una inversión, el Gobierno del país receptor, a través de sus leyes, reglamentos, políticas declaradas y otras manifestaciones genera en él ciertas expectativas con respecto a la naturaleza del tratamiento que puede prever que se le dará en el Estado receptor. Las expectativas razonables y legítimas resultantes son factores importantes, que influyen sobre las decisiones iniciales sobre inversiones y ulteriormente sobre la manera en que va a administrarse la inversión. La base teórica de este enfoque se encuentra sin duda en la obra del eminente académico Max Weber, quien sostuvo que una de las principales contribuciones del derecho, en cualquier sistema social, consiste en hacer la vida económica más previsible, y además alegó que el capitalismo surgió en Europa porque el derecho europeo ponía de manifiesto un alto grado de “previsibilidad”¹⁵⁸. Las expectativas de un inversor, creadas por la ley de un Estado receptor, son, en la práctica, cálculos acerca del futuro.

223. Ciertos tribunales de arbitraje han concluido que el Gobierno de un país receptor que, a través de actos ulteriores, frustra o trunca esas legítimas expectativas no ha concedido un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de ese inversor. En el caso *Saluka*, por ejemplo, el tribunal declaró:

La decisión de un inversor de efectuar una inversión está basada en una evaluación del estado del derecho y de la totalidad del entorno de negocios existentes a la fecha de la inversión, así como en la expectativa del inversor de que la conducta del Estado receptor, luego de la inversión, haya de ser justa y equitativa.

El estándar de “tratamiento justo y equitativo” está estrechamente ligado, en consecuencia, a la noción de expectativas legítimas, que es su elemento preponderante. En virtud del estándar de “tratamiento justo y equitativo” incluido en [el Tratado] debe considerarse, por lo tanto, que la República Checa asumió la obligación de tratar a los inversionistas extranjeros de

¹⁵⁸ Max Weber, *Economy and Society*, 847, 855 (1922). Véase también David Trubek, *Max Weber and the Rise of Capitalism*, *Wisconsin Law Review* 720-53 (1971), y Richard Swedberg, *Max Weber's Contribution to the Economic Sociology of Law*, 2 *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 61 a 81 (2006).

manera tal de evitar la frustración de las expectativas legítimas y razonables de estos¹⁵⁹.

(Traducción del Tribunal)

224. Muchos otros tribunales han vinculado también el concepto del tratamiento justo y equitativo al respeto, por parte del Estado receptor, de las legítimas expectativas que el inversor tenía a la fecha de la inversión. Por ejemplo, en el laudo del caso *Tecmed*, citado por tribunales que entendieron en casos subsiguientes¹⁶⁰, el tribunal declaró:

El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el Derecho Internacional, 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.

Es cierto es que determinados elementos del estándar adoptado en *Tecmed* han sido criticados como excesivamente amplios. No obstante, sus principales componentes, y especialmente la importancia de las expectativas legítimas y razonables de las partes, han sido confirmados en decisiones ulteriores. Por ejemplo, el comité de anulación que entendió en el caso *MTD c. Chile* y cuestionó determinados aspectos de la decisión del caso *Tecmed* declaró específicamente: “[...] las legítimas expectativas generadas como resultado de las tratativas del inversionista con las autoridades competentes del Estado receptor pueden ser relevantes para la aplicación de las garantías contenidas en un tratado de inversión”¹⁶¹. El comité de anulación en *MTD* criticó como “cuestionable” la decisión del caso *Tecmed*, por basarse en la “aparente confianza del Tribunal en las expectativas del inversionista extranjero como la fuente de las obligaciones del Estado receptor (tal como la obligación de indemnizar por expropiación)”, manifestando el hecho obvio de que, en cualquier diferencia entre inversores y Estados en el marco de TBI, “[l]as obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar”¹⁶². En estos casos, este Tribunal afirma que la fuente de las obligaciones de Argentina para con las Demandantes reside exclusivamente en los TBIs, y que la tarea del Tribunal consiste en interpretar la naturaleza y el alcance de la obligación de Argentina de conceder a las inversiones de las Demandantes un “tratamiento justo y equitativo” en el contexto de los hechos presentados en esos casos.

¹⁵⁹ *Supra* nota 94, párrafos 301 y 302.

¹⁶⁰ Por ejemplo, *LG&E supra* nota 78, párrafo 127; *MTD supra* nota 150, párrafo 114; *Occidental supra* nota 83, párrafo 185; *CMS supra* nota 84, párrafo 279.

¹⁶¹ *Supra* nota 150, párrafo 69.

¹⁶² *Ibid.*, párrafo 67.

225. Otros tribunales también han tenido en cuenta las expectativas de los inversores para interpretar el estándar de tratamiento justo y equitativo. El tribunal en *Bayindir c. Pakistán*, por ejemplo, señaló:

El Tribunal coincide con Bayindir en cuanto identifica los diferentes factores que surgen de decisiones de tribunales de inversión como constitutivos del estándar de TJE. Ellos son, entre otros, la obligación de actuar en forma transparente y conceder las garantías del debido proceso, y la de abstenerse de adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias, ejercer coacción o frustrar las expectativas razonables del inversionista con respecto al marco jurídico que afecta a la inversión¹⁶³.

(Traducción del Tribunal)

226. Al examinar los diversos casos en que se han considerado justificadamente las expectativas legítimas de los inversores y la medida en que el Gobierno del país receptor las ha frustrado, este Tribunal concluye que no se prestó demasiada atención a un elemento importante de esos casos: el hecho de que los inversores, derivando sus expectativas de las leyes y los reglamentos adoptados por el país receptor, *actuaron confiando en esas leyes y reglamentos y modificaron en consecuencia su posición económica*. Por lo tanto, no fueron exclusivamente las expectativas legítimas del inversor las que llevaron a los tribunales a declarar la existencia de una denegación de tratamiento justo y equitativo. Fue la existencia de esas expectativas creadas por la legislación del Estado receptor aunada al acto del inversor de invertir su capital confiando en ellas, y la súbita modificación ulterior de esas leyes, lo que llevó a la conclusión de que el Estado receptor no había tratado a los inversores en forma justa y equitativa.

227. En los presentes casos corresponde hacer hincapié en que las expectativas de las Demandantes con respecto a su inversión en el sistema de agua y desagües cloacales de Buenos Aires no surgieron en su mente tal como Atenea emergió de la cabeza de Zeus. Argentina, a través de sus leyes, de los tratados que suscribió, de las declaraciones de su Gobierno, y especialmente del elaborado marco jurídico que este diseñó y sancionó, procuró deliberada y activamente crear esas expectativas en las Demandantes y en otros potenciales inversores para obtener el capital y la tecnología que necesitaba para revitalizar y ampliar el sistema de agua y desagües cloacales de Buenos Aires.

228. No obstante, en consonancia con el objetivo básico de los TBIs de promover la cooperación económica y la prosperidad, las expectativas subjetivas de las Demandantes no se pueden considerar unilateralmente, sino que el Tribunal debe examinarlas desde un punto de vista

¹⁶³ *Bayindir c. Pakistán*, párrafo 178, y referencias en él citadas.

objetivo y razonable. Debe formular una pregunta fundamental: ¿Cuáles habrían sido las expectativas legítimas y razonables de un inversor razonable en la situación en que se hallaban las Demandantes cuando efectuaron su inversión, en 1993, acerca de una inversión en una concesión de agua y saneamiento propuesta, que iba a mantenerse durante 30 años en Argentina, a la luz del marco jurídico de la concesión y teniendo en cuenta la historia y las circunstancias políticas, económicas y sociales de ese país?

229. Naturalmente, una Parte Contratante sujeta al estándar de tratamiento justo y equitativo de un TBI no tiene la obligación de cumplir todas las expectativas de un inversor. Está obligada a respetar exclusivamente las que sean legítimas y razonables en las circunstancias del caso. ¿Qué características específicas tienen esas expectativas? El tribunal en *LG&E c. Argentina* trató de dar respuesta a esa pregunta, y manifestó: “[p]or tanto se puede decir que las justas expectativas del inversionista tienen las siguientes características: están fundamentadas en las condiciones ofrecidas por el Estado receptor para el momento de la inversión; no pueden establecerse unilateralmente por una de las partes; tienen una existencia real, por lo que son exigibles; su incumplimiento por parte del Estado receptor hace nacer en él la obligación de indemnizar los daños causados por tal incumplimiento, salvo aquéllos producidos durante estados de necesidad; sin embargo, las justas expectativas del inversionista no pueden dejar de considerar parámetros como el riesgo del negocio y los patrones habituales en la industria”¹⁶⁴.

230. En el mismo orden de ideas, el tribunal que entendió en el caso *Duke c. Ecuador* declaró: “[l]a estabilidad del entorno jurídico y económico está directamente vinculada a las expectativas justificadas del inversionista. El Tribunal reconoce el hecho de que esas expectativas constituyen un elemento importante del concepto de trato justo y equitativo. Al mismo tiempo, tiene presentes sus limitaciones. Para que puedan gozar de protección, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista efectúa la inversión. Para evaluar esa razonabilidad o legitimidad, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias incluyendo no sólo los hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor. Además, esas expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado haya ofrecido al inversionista y, este último debe haberse basado en ellas al decidir la realización de la inversión”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ *LG&E supra* nota 78, párrafo 130.

¹⁶⁵ *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador* (caso CIADI No. ARB/04/19), Laudo (18 de agosto de 2008), párrafo 340.

231. El Contrato de Concesión y el marco jurídico de la Concesión arriba descritos cumplen claramente las condiciones propuestas en los casos a los que acaba de hacerse referencia. Establecen las condiciones ofrecidas por la Argentina a la fecha en que las Demandantes realizaron su inversión; no fueron establecidos unilateralmente, sino en virtud el acuerdo mutuamente celebrado por Argentina y las Demandantes, y tenían existencia real y eran exigibles. Al igual que todo inversor racional, las Demandantes concedieron gran importancia al régimen de tarifas estipulado en el Contrato de Concesión y en el marco regulatorio. De hecho, su capacidad de obtener ganancias dependía en forma decisiva de ello. La importancia del régimen tarifario quedó de manifiesto aun antes de que tuviera lugar la licitación, como lo demuestra, *inter alia*, la modificación de la redacción de los artículos 18.11.4.1 y 18.11.5.1 del Pliego de Bases y Condiciones relativo a las revisiones extraordinarias de tarifas destinadas a tener en cuenta la modificación de los costos financieros y una modificación jurídica de la paridad cambiaria establecida por la Ley de Convertibilidad. Más tarde, esas modificaciones se incluyeron en el Contrato de Concesión, documento que ciertamente encierra las legítimas expectativas de las Demandantes, así como las de la Argentina. En vista del papel cardinal que el Contrato y el marco jurídico de la Concesión dieron al establecimiento de la Concesión, y el cuidado y la atención que Argentina dedicó a la creación de ese marco, las expectativas de las Demandantes de que Argentina hubiera de respetar el Contrato de Concesión a lo largo de los 30 años de vida de esta última eran legítimas, razonables y justificadas. Fue confiando en ese marco jurídico que las Demandantes invirtieron fondos considerables en Argentina. Y no cabe duda de que Argentina reconoció, a la fecha en que otorgó la Concesión a las Demandantes, que sin esa creencia en la confiabilidad y estabilidad del marco jurídico, las Demandantes nunca habrían accedido a invertir en el sistema de agua y desagües cloacales de Buenos Aires, así como tampoco lo habría hecho, a decir verdad, ningún inversor.

1. Medidas de Argentina que modificaron el marco de la inversión

232. La persistente negativa de Argentina de revisar la tarifa conforme al marco jurídico y al Contrato de Concesión frustró las expectativas de las Demandantes. De hecho, el ETOSS, la autoridad reguladora, así lo reconoció en la carta que dirigió a AASA el 14 de febrero de 2002, al manifestar: “[p]or lo tanto, la Ley 25.561 modifica los términos de las Revisiones Anuales y de la Revisión Extraordinaria que, si [la Ley] no hubiera sido sancionada, se habrían aplicado conforme a las disposiciones de la cláusula 3.3 de la Resolución SRNyDS No. 602/99, del tercer

párrafo de la cláusula 11.11.5.1 del Contrato de Concesión y de la cláusula 3.6 del Acuerdo aprobado por Decreto No. 1167/97, en virtud de la modificación de la paridad AR\$1=US\$1”¹⁶⁶

233. Más allá de los términos y compromisos específicos previstos en el marco regulatorio y el Contrato de Concesión, las Demandantes, habiendo entablado una relación de 30 años con Argentina, tenían derecho a esperar que Argentina manejara esa relación en forma cooperativa, es decir, que ambas partes “trabajaran juntas” en pos de una relación mutuamente beneficiosa. De hecho, el artículo 5.1 del Contrato de Concesión imponía al Concesionario y al ETOSS la obligación de “[...] arbitrar todos los medios a su alcance para establecer y mantener una relación fluida que facilite el cumplimiento de este Contrato de Concesión”¹⁶⁷. De hecho, el marco jurídico parecía concebir una relación entre el Concesionario y las autoridades argentinas que constituiría un ejemplo concreto de la cooperación económica que procuran promover los TBIs. Durante los primeros ocho años, esa relación de cooperación pareció prevalecer, pero evidentemente se disipó en virtud de la crisis económica y de los subsiguientes cambios de Gobierno y de políticas, y todos los signos de fluidez se esfumaron. De hecho, como se analiza en mayor detalle más abajo, las autoridades argentinas pusieron de manifiesto una rigidez extrema en su trato con AASA y con las Demandantes.

234. El argumento de que las Demandantes no podían esperar razonablemente que, en el contexto de una crisis económica y financiera, Argentina no se condujera como lo hizo a la luz de historia de inestabilidad económica del país no es convincente. Fue en gran medida debido a la historia de inestabilidad del país que las Demandantes insistieron en incorporar las cláusulas específicas sobre revisiones extraordinarias de tarifas arriba mencionadas. Además, un país no puede alegar en forma persuasiva su inestabilidad económica para eludir su responsabilidad frente a inversores extranjeros, en situaciones en que procuró específicamente eliminar ese desincentivo para la inversión extranjera proporcionando seguridades específicas en un Contrato de Concesión y en tratados bilaterales de inversión. De hecho, puede decirse, sin exagerar, que la finalidad de las diversas medidas adoptadas por Argentina con respecto a los inversores extranjeros en la década de 1990 consistió en superar la impresión causada en la comunidad financiera y de negocios internacional por la historia económica negativa de ese país.

235. Además, existen sólidas pruebas de que Argentina pudo haber recurrido a mecanismos más flexibles que habrían protegido sus intereses y los de las Demandantes. Por ejemplo, si la

¹⁶⁶ Documento de prueba C-91

¹⁶⁷ Documento de prueba C-44 “El Concesionario y el Ente Regulador deben arbitrar todos los medios a su alcance para establecer y mantener una relación fluida que facilite cumplimiento de este Contrato de Concesión.”

preocupación de Argentina consistía en evitar un incremento de las tarifas en un período de crisis, podría haber eximido a AASA, por lo menos temporalmente, de compromisos de realización de inversiones que estaban imponiendo una carga abrumadora sobre la Concesión, a condición de que las tarifas no se incrementaran. Si la preocupación de Argentina consistía en proteger a los pobres frente al aumento de las tarifas, podría haber autorizado incrementos de tarifas para otros consumidores y simultáneamente haber aplicado una tarifa social o dispuesto un subsidio para los pobres, solución claramente permitida por el marco regulatorio. Existen pruebas de que los organismos gubernamentales figuraban entre los consumidores con mayores facturas impagas frente a AASA. Argentina podría haber adoptado medidas encaminadas a lograr que sus propios organismos gubernamentales pagaran a AASA sus legítimas deudas. Todas esas alternativas fueron sugeridas a las autoridades argentinas, y todas fueron rechazadas. En resumen, de parte de Argentina parecen haber existido muy pocos deseos o esfuerzos, tras el estallido de la crisis, de un “trabajo en común” con AASA y las Demandantes. Una vez finalizada la crisis, cuando se restableció el crecimiento económico del país, el Gobierno no se mostró más dispuesto a realizar un trabajo en común con AASA y con las Demandantes. Aunque Argentina parece señalar que nada más podría haber hecho en su relación con AASA y con las Demandantes, el Tribunal no está convencido de que no habría podido llegarse a una solución amistosa.

236. Al interpretar el concepto de “justo y equitativo”, el Tribunal debe tener en cuenta asimismo que la Concesión, dados sus términos, estaba sujeta a la potestad regulatoria del Estado argentino, que tenía un derecho razonable de regular. Por lo tanto, al interpretar el contenido del tratamiento justo y equitativo que había de darse a los inversores, el Tribunal debe establecer un equilibrio entre las expectativas legítimas y razonables de las Demandantes y el derecho de Argentina de regular la prestación de un servicio público vital. Como lo señaló el tribunal en *Saluka*, “[l]a determinación de que la República Checa había faltado al cumplimiento del artículo 3.1 [que imponía la obligación de dar un tratamiento justo y equitativo a los inversores] requiere, por lo tanto, sopesar, por una parte, las expectativas legítimas y razonables de la Demandante y, por otra parte, los intereses regulatorios legítimos de la Demandada”¹⁶⁸ (Traducción del Tribunal). Lo que esto significa en el contexto de los presentes casos es que las expectativas legítimas y razonables de quienes realizaron inversiones en AASA deben haber incluido la expectativa de que el Gobierno de Argentina ejerciera sus intereses regulatorios legítimos con respecto a la Concesión de AASA a lo largo de todo el período de 30 años y en respuesta a circunstancias imprevisibles que sobrevinieran en ese período.

¹⁶⁸

Supra nota 94, párrafo 306.

237. No cabe duda de que, en el marco jurídico aplicable, Argentina estaba facultada para regular las actividades de la Concesión en relación con una amplia gama de aspectos, como la estructura tarifaria, los estándares de la inversión y el desempeño. No obstante, AASA y las Demandantes, como participantes en cualquier sector regulado, tenían la legítima expectativa de que las autoridades argentinas ejercerían esa potestad y discrecionalidad regulatoria dentro del marco jurídico detallado que Argentina había establecido para la Concesión. No obstante, al verse confrontada con la crisis, Argentina se rehusó a hacerlo, y persistió en ese rechazo tras la finalización de la crisis. De hecho, a través de diversas medidas indicó a las autoridades reguladoras que no respetaran importantes componentes del marco jurídico¹⁶⁹. Esos actos rebasaron los límites de su legítimo derecho de regular y, en realidad, constituyeron un abuso de la discrecionalidad regulatoria.

238. Por las razones que anteceden, este Tribunal concluye que la persistente e inflexible negativa de Argentina a revisar la tarifa conforme al Contrato de Concesión y al marco regulatorio, especialmente después de la terminación de la crisis y el restablecimiento del crecimiento económico, supone la violación de los compromisos, asumidos por Argentina conforme a los tres TBI, de tratar en forma justa y equitativa las inversiones de las Demandantes.

2. Medidas adoptadas por Argentina para renegociar la Concesión

239. Las Demandantes también manifiestan que Argentina les negó un tratamiento justo y equitativo cuando las obligó a participar en una renegociación de la Concesión. Alegan que nunca aceptaron el proceso de renegociación unilateralmente impuesto por el Gobierno de Argentina en 2002, ni pudieron oponerse a él. Argentina, por su parte, alega que AASA había participado en la renegociación anterior a la crisis y, de hecho, la había solicitado; que había accedido a participar en el proceso de renegociación iniciado en 2002, y además que no lo había objetado.

240. Existen razones para creer que AASA participó voluntariamente, al principio, en el proceso de renegociación y que, pudiendo haberlo objetado, en realidad no lo hizo. No obstante, el Tribunal no cree que esos factores puedan prevalecer sobre el argumento de que, en conjunto, el tratamiento dado por Argentina a las Demandantes durante ese proceso fue injusto o contrario a la equidad, o que, por el hecho de participar en el proceso sin formular objeciones, las Demandantes de algún modo hayan renunciado al derecho que les concedían los tratados de recibir de Argentina un tratamiento justo y equitativo. De hecho, si AASA se hubiera rehusado a participar en el proceso de renegociación puesto en marcha por el Gobierno argentino, podría

¹⁶⁹

Documentos de prueba C-85, C-90, C-91, C-97, C-101, C-108.

haber sido acusada de faltar al cumplimiento de los requisitos del artículo 5.1 del Contrato de Concesión, arriba citado, que impone a las partes la obligación de “[...] arbitrar todos los medios a su alcance para establecer y mantener una relación fluida que facilite el cumplimiento [del] Contrato de Concesión”.

241. Al examinar la naturaleza del proceso de renegociación, el Tribunal concluye que este difiere significativamente de las diversas revisiones o procesos de renegociación previstos por el marco jurídico de la Concesión, y de las renegociaciones y revisiones de la Concesión que habían tenido lugar en 1994 y 1997-99. Para comenzar, tuvo un carácter extremadamente imperativo, que difiere pronunciadamente del previsto por el marco jurídico y de la manera en que se habían realizado negociaciones anteriores. Ese carácter imperativo surge claramente, *inter alia*, de los siguientes elementos a los que se refirieron las Demandantes: (i) la Resolución No. 38/02 del Ministerio de Economía, del 10 de abril de 2002, que prohibió a todos los organismos reguladores, incluido el ETOSS, la adopción de toda medida que directa o indirectamente afectara las tarifas de cualquier entidad sujeta a su supervisión regulatoria hasta que finalizara el período de renegociación¹⁷⁰; (ii) la carta dirigida por la Comisión de Renegociación a AASA el 2 de abril de 2003, que llevaba adjunta la primera propuesta de un acuerdo transitorio, que no reflejaba los temas que habían sido objeto de debate en los 14 meses anteriores de renegociación y concedió a AASA apenas cinco días para analizarlos y responder¹⁷¹; (iii) el Decreto No. 311/03, de fecha 4 de julio de 2003, en virtud del cual Argentina modificó las reglas del proceso de renegociación, creando una nueva entidad, la UNIREN, encargada de la renegociación, y en la práctica reinició desde el principio el proceso de renegociación¹⁷²; (iv) la Resolución del ETOSS No. 86/03, de fecha 6 de agosto de 2003, en virtud de la cual Argentina obligó a AASA a establecer el Fideicomiso y a transferir a este las sumas correspondientes a los incrementos de tarifas del 3,9% aplicados por AASA en 2001 y 2002, y amenazó con ejecutar la garantía de cumplimiento e imponer sanciones en caso de incumplimiento por parte de AASA¹⁷³; (v) la Ley No. 25790, de fecha 22 de octubre de 2003, que establece que las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo en el proceso de renegociación de contratos públicos no “[se hallaban] limitadas o condicionadas” por las disposiciones de sus marcos regulatorios, por lo cual, Argentina podía derogarlas en su

¹⁷⁰ Documento de prueba C-97.

¹⁷¹ Documento de prueba C-124.

¹⁷² Documento de prueba C-127.

¹⁷³ Documento de prueba C-130.

totalidad o dejar de cumplirlas, y que la competencia de los reguladores en materia de revisión de tarifas estaba supeditada al proceso de renegociación¹⁷⁴.

242. En virtud de la severidad de esas medidas, el Tribunal se pregunta si en realidad el proceso así establecido constituyó en realidad una “renegociación” o si fue en verdad un esfuerzo encaminado a imponer, bajo esa etiqueta, la introducción de cambios en la concesión. La esencia de una renegociación es que las partes acuerden libremente la revisión o modificación de un acuerdo existente. Como lo declaró el tribunal en el caso *Enron*, “[t]odo proceso de negociación exige naturalmente que haya un acuerdo genuino de las partes acerca del resultado, y esto no puede imponerse a ninguna de ellas”¹⁷⁵. Es evidente que Argentina, para alcanzar el resultado predeterminado que deseaba, trató de estructurar el proceso de “renegociación” en forma de limitar gravemente o, en realidad, cercenar la libertad contractual de AASA. A juicio del Tribunal, no sería justo decir que ese proceso constituyó una renegociación, en la acepción dada generalmente a ese término. Ciertamente no se trató del tipo de proceso de renegociación o revisión que AASA y las Demandantes fueron inducidas a esperar por el marco jurídico de la Concesión y por lo ocurrido en los primeros ocho años de la Concesión.

243. El Tribunal concluye que el tratamiento dado por Argentina a AASA y las Demandantes durante el proceso de renegociación iniciado en 2002 representó el quebrantamiento de la obligación de conceder el tratamiento justo y equitativo que Argentina había prometido cumplir en los tres TBIs. Esa conclusión encuentra respaldo en la decisión en el caso *BG Group c. Argentina*, en que el tribunal señaló, a ese respecto: “Además, Argentina incumplió el estándar mínimo internacional de trato en relación con la autorización de UNIREN de renegociar los convenios del Gobierno con los proveedores de servicios públicos. Como se indica en el párrafo 80 anterior, la Ley de Emergencia y la legislación posterior, se promulgaron para promover un nuevo pacto con las licenciatarias, impidiendo la aplicación y ejecución del Marco Regulatorio original. Argentina intensificó además, la violación del principio de trato justo y equitativo bajo el TBI, al formalizar, en la Resolución 308/02 y en el Decreto 1090/02, la exclusión del proceso de renegociación de toda licenciataria que buscara reparación en arbitraje u otro foro”¹⁷⁶.

3. Terminación de la Concesión por parte de Argentina

244. La terminación de la Concesión, por parte de Argentina, fue abrupta, y los fundamentos invocados no son totalmente claros. Argentina alegó que los altos niveles de nitratos en el agua

¹⁷⁴ Documento de prueba C-134.

¹⁷⁵ *Enron*, *supra* note 92, párrafo 186

¹⁷⁶ *BG Group*, *supra* note 132, párrafo 309. Véase también *LG&E*, *supra* note 78, párrafos 136 a 139.

justificaban esa decisión. Argentina no solo puso fin a la Concesión, sino que además exigió el pago de la garantía de cumplimiento presentada por las Demandantes para garantizar el desempeño de AASA, alegando como fundamento los altos niveles de nitratos hallados en el agua, que suponían el incumplimiento de la obligación de desempeño satisfactorio. Si bien las autoridades reguladoras ya habían expresado a AASA su preocupación con respecto a los altos niveles de nitrato, Argentina recién inició una investigación oficial sobre el asunto el 17 de marzo de 2006. Cuatro días después, el 21 de marzo de 2006, antes de que pudiera llegarse a una conclusión adecuada en ese procedimiento, conforme al marco jurídico pertinente, Argentina dio por terminada abruptamente la Concesión, aduciendo incumplimiento del Concesionario. El breve lapso transcurrido entre la iniciación de la investigación y la abrupta cancelación de la Concesión permitiría inferir que el tema del nitrato puede haber sido un mero pretexto para una medida que las autoridades argentinas ya habían decidido adoptar.

245. Por otra parte, el Tribunal no deja de tener en cuenta la difícil situación en que se encontraba Argentina como consecuencia de la propia solicitud de las Demandantes, en septiembre del año anterior, de que se diera por terminada la Concesión. No cabe duda de que el rechazo de esa solicitud, por parte de Argentina, en ese momento, fue promovido en parte por el hecho de que, si bien Argentina tenía en definitiva la responsabilidad de proporcionar vitales servicios de agua y desagües cloacales a la población del Gran Buenos Aires, no estaba en condiciones, en ese momento, de asumir efectivamente la responsabilidad operativa por esos servicios. En ese momento, y en tales circunstancias, no dejaba de ser posible, desde la perspectiva de Argentina, que las Demandantes pudieran abandonar el país abruptamente, quedando así el Gobierno argentino privado de medios para prestar un servicio básico a casi 10 millones de personas en una vasta región metropolitana. Es probable que Argentina considerara que tenía que prepararse para esa eventualidad y, a la vez, hacer que AASA prestara el servicio necesario previsto en la Concesión. Por lo tanto, en cierta medida cabe sostener que la solicitud de AASA de dar por terminada la Concesión puede haber contribuido a llevar a Argentina, meses más tarde, a la decisión de dar por terminada súbitamente la Concesión misma. Al mismo tiempo corresponde señalar que fueron los actos de las autoridades argentinas, al rehusarse a revisar la tarifa de acuerdo con el marco jurídico y al obligar a renegociar la Concesión —actos que este Tribunal ha considerado violatorios del estándar de tratamiento justo y equitativo— los que pusieron a las Demandantes en la situación en que, a su juicio, tenían que dejar sin efecto la Concesión.

246. La terminación de la Concesión por parte de Argentina, se realizó de acuerdo con el contrato que Argentina mantenía con AASA. Como ya se señaló, este Tribunal no es competente para juzgar si con ese acto Argentina violó el Contrato de Concesión. De hecho, la presencia de altos niveles de nitrato en el agua puede haber sido un pretexto injustificado. No obstante, en el expediente hay pruebas de que esos altos niveles pueden haber existido. Si Argentina violó el Contrato de Concesión al disponer esa rescisión es cuestión librada a los procedimientos de resolución de diferencias previstos en ese contrato. Al considerar las circunstancias en conjunto y la situación que existía cuando se produjo la rescisión, el Tribunal concluye que los datos del expediente son insuficientes para concluir que el tratamiento dado por Argentina a las inversiones de las Demandantes al rescindir la Concesión haya alcanzado el nivel de violación de los estándares de tratamiento justo y equitativo requeridos por los tres TBI aplicables.

E. *Conclusiones del Tribunal*

247. El Tribunal concluye que Argentina, al rehusarse a ajustar las tarifas conforme al marco jurídico de la Concesión y promover la renegociación forzada del Contrato de Concesión, en contravención de ese marco jurídico, faltó al cumplimiento de las obligaciones que había asumido, en virtud del TBI aplicable, de acordar a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo. A los efectos de la subsiguiente determinación de las consecuencias jurídicas de esos incumplimientos, el Tribunal concluye asimismo que la primera de las transgresiones arriba mencionadas tuvo lugar el 6 de enero de 2002, fecha en que se promulgó la Ley de Emergencia, la primera de una serie de medidas que frustraron las expectativas legítimamente protegidas de los inversores, en tanto que el segundo de los incumplimientos arriba mencionados se produjo el 10 de abril de 2002, fecha de la adopción de la Resolución del Ministerio de Economía No. 38/02, que sería la primera de una serie de medidas que dieron carácter de injusto y contrario a la equidad al proceso de renegociación.

248. Un Estado puede violar el estándar de tratamiento justo y equitativo en un tratado de inversión de muchas maneras y con diferentes consecuencias. La conclusión de la mayoría en estos casos, en cuanto a que diversas acciones de Argentina violaron el estándar de trato justo y equitativo al frustrar las legítimas y razonables expectativas de las Demandantes, no constituye de manera alguna un rechazo a las conclusiones de nuestro estimado colega, el profesor Nikken en su opinión separada, en cuanto que la Argentina no ejerció la debida diligencia en algunos elementos de su tratamiento a las inversiones de las Demandantes. La mayoría está de acuerdo en que la Argentina no ejerció la debida diligencia, como este concepto en general se entiende, y que tal falla resultó en una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo en los tratados.

Como se indicó anteriormente en la presente Decisión, la mayoría del Tribunal encuentra que las acciones de la Argentina también frustraron legítimas expectativas de las Demandantes y ha concluido que es más apropiado basar su decisión sobre ese razonamiento.

IX. Defensa de Argentina basada en el estado de necesidad

A. Naturaleza jurídica de la defensa

248. Argentina sostiene que, aun cuando algunos de sus actos hayan violado disposiciones individuales de los TBIs aplicables a esos casos, no incurrió en responsabilidad, por estar amparada por la defensa del estado de necesidad prevista en el derecho internacional consuetudinario. Tanto las Demandantes como la Argentina coinciden en que el estado actual del derecho internacional sobre estado de necesidad está reflejado en el artículo 25 de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001), que establece:

Artículo 25

Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

- a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o
- b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.

Corresponde señalar que dicho instrumento no define en términos positivos la naturaleza jurídica de la defensa del estado de necesidad, sino que se limita a mencionar las situaciones en que ella *no* puede invocarse.

B. *Posición de Argentina*

249. Argentina alega que adoptó las medidas que adoptó, afectando las inversiones de las Demandantes, ante la necesidad de hacer frente a la crisis financiera para salvaguardar intereses esenciales del Estado. Alega que la crisis no obedeció a sus propios actos, sino a las crisis que habían azotado a otras partes del mundo; a saber, las emergencias financieras y económicas registradas en Indonesia, México, Brasil y Rusia. Para proteger sus intereses esenciales se vio obligada a adoptar las diversas medidas en cuestión, único medio del que disponía para proteger esos intereses.

250. Como respaldo de sus aseveraciones menciona la Decisión sobre Responsabilidad emitida en *LG&E c. Argentina*, en que el tribunal aceptó en estos términos la defensa de Argentina basada en el estado de necesidad:

En resumen, los intereses esenciales de seguridad de Argentina estaban amenazados en diciembre de 2001. La existencia misma del Estado argentino, su sobrevivencia económica y política, las posibilidades de mantener operativos sus servicios esenciales y la preservación de su paz interna estuvieron en peligro. Por otra parte, no hay evidencia contundente de que Argentina haya contribuido a crear la situación de crisis que dio lugar al estado de necesidad. En estas circunstancias, un paquete de medidas para la recuperación económica resultó la única manera de resolver la inminente crisis. Aunque existiesen otras alternativas para desarrollar el contenido del mencionado paquete de medidas para la recuperación económica, la evidencia presentada demuestra que una solución general fue necesaria, y la regulación de las tarifas de los servicios públicos tenía que incluirse en ellas.¹⁷⁷

251. Argentina alega que adoptó las medidas en cuestión para salvaguardar el derecho humano al agua de los habitantes del país. Sostiene que, dada su importancia para la vida y la salud de la población, el agua no puede ser tratada como una mercancía ordinaria. Alega que, dado el papel fundamental del agua en el mantenimiento de la vida y la salud, y el consiguiente derecho humano al agua, al juzgar la conformidad de los actos gubernamentales con las obligaciones que le impuso el tratado, el Tribunal debe conceder a Argentina un margen de discrecionalidad más amplio en los presentes casos que en casos referentes a otros bienes y servicios. Para juzgar si se ha violado una disposición de un tratado —por ejemplo, la referente al tratamiento justo y equitativo—, este Tribunal, según Argentina, debe tener en cuenta el contexto en que actuó Argentina y el hecho de que el derecho humano al agua determina ese contexto.

¹⁷⁷ *Supra* nota 78 at párrafo 257

C. *Posición de las Demandantes*

252. Las Demandantes rechazan como jurídica o fácticamente infundada la defensa de Argentina referente al estado de necesidad. Según la interpretación dada por las Demandantes a los Artículos de la CDI y al derecho internacional consuetudinario, un Estado no puede invocar la necesidad como defensa frente a su responsabilidad por incumplimiento de una obligación internacional si no se cumplen tres condiciones previas: 1) la posibilidad de invocar la defensa no debe haber sido excluida por la obligación internacional que el Estado procura eludir; 2) el Estado no debe haber contribuido a generar la situación de necesidad, y 3) las medidas en cuestión adoptadas por el Estado deben haber sido el único medio de que él disponía para salvaguardar un interés esencial frente a un riesgo grave o inminente. Además, las Demandantes recuerdan al Tribunal la advertencia formulada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, en el sentido de que el artículo 25 “[...] es un remedio extremadamente excepcional, sujeto a muy severas condiciones, pues, de lo contrario, daría pie a eludir cualquier obligación internacional”¹⁷⁸.

253. Las Demandantes alegan, asimismo, que Argentina en realidad no cumple ninguna de las tres condiciones necesarias para invocar la defensa del estado de necesidad. Sostienen que los TBIs en cuestión estaban destinados a proteger a los inversores en períodos de dificultades económicas, lo que excluye la posibilidad de invocar la doctrina de la necesidad. En segundo lugar, alegan que Argentina, en virtud de sus políticas y actos, contribuyó a suscitar la crisis económica que azotó al país, lo que asimismo le impide invocar la referida defensa. Sostienen, finalmente, que las medidas que adoptó la Argentina para hacer frente a la crisis, contra las cuales se alzan las Demandantes, no eran el único medio disponible para salvaguardar un interés esencial del país contra un peligro grave o inminente. De hecho, alegan que la crisis, si bien grave, no comprometía la existencia del Estado, como alega la Argentina, ni constituía una amenaza para un interés esencial. Tampoco representaba un peligro grave e inminente, como lo pone de manifiesto el hecho de que la economía argentina comenzó a recuperarse en el segundo trimestre de 2002. Además, las Demandantes alegan que Argentina pudo haber tomado diversas otras medidas en relación con la Concesión, por ejemplo, otorgar subsidios cruzados, conceder a AASA un exención temporal del cumplimiento de obligaciones de realización de inversiones, o disponer un congelamiento diferenciado de ciertas tarifas entre diferentes categorías de

¹⁷⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungría/Eslovaquia), Sentencia, 25 de septiembre de 1997, CIJ, párrafos 51 y 52.

consumidores, lo que le habría permitido hacer frente a la crisis sin dejar de respetar los compromisos que había asumido frente a los inversores de AASA.

254. Con respecto al papel de los derechos humanos, alegado por Argentina y los *amici curiae* a las que el Tribunal se referirá más abajo, las Demandantes responden que nunca cuestionaron el derecho al agua de la población. Señalan que Argentina decidió privatizar el servicio de agua de Buenos Aires y promover la creación de AASA para hacer más efectivo ese derecho para un mayor número de habitantes de Argentina, ya que el servicio se amplió a través de la labor de AASA. Alegan, además, que fueron los actos del Gobierno argentino durante la crisis, y no de AASA ni de las Demandantes, los que pusieron en peligro el derecho al agua de la población, pues se privó a AASA de los medios prometidos por el marco regulatorio de la Concesión, lo que comprometió la calidad de los servicios de agua y desagües cloacales. Finalmente, las Demandantes alegan que lo que está en cuestión en estos casos es si Argentina infringió los compromisos jurídicos que había asumido en el marco de los TBIs, y que el derecho de los derechos humanos no es pertinente para esa determinación.

D. *Presentación en calidad de amicus curiae*

255. El Tribunal recibió también un escrito *amicus curiae*, de fecha 4 de abril de 2007, presentado por cinco organizaciones no gubernamentales¹⁷⁹ que desarrollaron en mayor detalle la relación del derecho de los derechos humanos con el agua y con los temas planteados en el presente caso. Señalaron que el derecho de los derechos humanos reconoce el derecho al agua y sus estrechos vínculos con otros derechos humanos, como los referentes a la vida, la salud, la vivienda y un adecuado estándar de vida. Sostuvieron que el derecho de los derechos humanos obligaba a Argentina a adoptar medidas que garantizaran el acceso físico y económico al agua de su población, y que los actos adoptados por ese país para hacer frente a la crisis coincidían plenamente con el derecho de los derechos humanos. Como las medidas adoptadas frente a la crisis se sustentan en el derecho de los derechos humanos, alegan que este Tribunal debe considerar ese fundamento al interpretar y aplicar las disposiciones de los TBIs pertinentes.

¹⁷⁹ Como se señala en el párrafo 13, *supra*, esas cinco organizaciones no gubernamentales fueron la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, el Centro de Estudios Legales y Sociales, el Centro para el Derecho Internacional Ambiental, los Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, y la Unión de Usuarios y Consumidores.

E. *Análisis y conclusiones del Tribunal*

256. La crisis en que se vio sumida Argentina en 2001-2003 fue, indudablemente, una de las más graves en la historia de ese país. Se caracterizó por extremas perturbaciones sociales, disturbios, violencia y un colapso casi total del sistema político. Las pruebas en el expediente en los presentes casos ponen claramente de manifiesto la severidad de esa crisis. Tribunales anteriores que decidieron diferencias surgidas de la crisis también reconocieron e hicieron hincapié en su gravedad. Por ejemplo, el tribunal que entendió en el caso *CMS c. Argentina*, que en definitiva rechazó el argumento del estado de necesidad planteado por Argentina, declaró su convicción “de que la crisis fue efectivamente grave y el argumento de que nada importante sucedió no tiene cabida”¹⁸⁰. En el caso *LG&E c. Argentina*, el tribunal concluyó que “[...] desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003, Argentina estuvo sumida en un período de crisis, durante el cual fue necesario tomar medidas con miras a mantener el orden público y proteger sus intereses esenciales de seguridad”¹⁸¹, y describió como “negativo” el escenario del país en ese momento¹⁸².

257. La severidad de la crisis, sea cual fuere su grado, no basta para dar cabida a un argumento de necesidad que libere a un Estado de las obligaciones que le impone un tratado. El derecho internacional consuetudinario, reafirmado en el artículo 25 de los Artículos de la CDI, arriba citado, impone estrictas condiciones adicionales. La razón, naturalmente, es que, dada la frecuencia de crisis y emergencias que cada cierto tiempo enfrentan los países, grandes y pequeños, tolerar que éstos eludan las obligaciones que les imponen los tratados comprometería la trama misma del derecho internacional y, de hecho, la estabilidad del sistema de relaciones internacionales. Es por esa razón que la Corte Internacional de Justicia, otros tribunales y especialistas han advertido que la defensa en cuestión es de carácter excepcional y que su aplicación debe estar sujeta a estrictas condiciones.

258. El artículo 25 impone cuatro condiciones para la aplicación de la defensa del estado de necesidad. Las dos primeras guardan relación con la naturaleza jurídica del acto adoptado en violación de las obligaciones que impone un tratado. Establecen, en efecto, que ese acto 1) debe ser el único modo, para el Estado, de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente, y 2) no debe afectar gravemente a un interés esencial del Estado frente al cual se esté obligado, ni de la comunidad internacional en su conjunto. Las otras dos condiciones guardan

¹⁸⁰ Párrafo 320.

¹⁸¹ Párrafo 226.

¹⁸² Párrafo 237.

relación con la naturaleza jurídica de la obligación internacional afectada por ese acto y con la medida en que ese Estado haya contribuido a la situación de necesidad. Así, la tercera condición es que la obligación en cuestión no excluya la posibilidad de la defensa de la necesidad, y la cuarta consiste en que el Estado no haya contribuido a la situación de necesidad. Examinaremos cada una de esas cuatro condiciones en el contexto de los presentes casos.

259. *La primera condición para invocar la defensa del estado de necesidad consiste en que el acto realizado sea el único modo de salvaguardar un interés esencial.* La prestación de servicios de agua y desagües cloacales a la región metropolitana de Buenos Aires ciertamente era vital para la salud y el bienestar de casi 10 millones de personas, y por lo tanto representaba un interés esencial del Estado argentino. Por otra parte, el Tribunal no está convencido de que el único medio de que disponía Argentina para atender ese interés esencial consistiera en adoptar medidas que subsecuentemente violarían los derechos de las inversiones de las Demandantes, establecidos por el tratado, a un tratamiento justo y equitativo. Como más arriba se explicó, Argentina pudo haber intentado aplicar mecanismos más flexibles para garantizar la continuación de los servicios de agua y saneamiento para la población de Buenos Aires y al mismo tiempo respetar sus obligaciones de acordar un tratamiento justo y equitativo. Ambos aspectos no eran, en modo alguno, mutuamente excluyentes. Por lo tanto, el Tribunal concluye que Argentina no cumplió la primera condición a la que está supeditada la posibilidad de invocar la defensa del estado de necesidad.

260. *La segunda condición para invocar la defensa del estado de necesidad es que no se afecten intereses esenciales de otros Estados.* Al no acordar a las inversiones de las Demandantes un tratamiento justo y equitativo, Argentina puede haber lesionado los intereses de las Demandantes, pero es difícil percibir de qué modo los actos de Argentina han ido en detrimento de un interés esencial de Francia, España, el Reino Unido o la comunidad internacional. Por lo tanto, el Tribunal concluye que Argentina cumplió la segunda condición para invocar la defensa del estado de necesidad.

261. *La tercera condición consiste en que las obligaciones del tratado no excluyan la defensa basada en el estado de necesidad.* Los textos de los tres TBIs en cuestión no excluyen ni permiten específicamente tal defensa. El caso *LG&E*, que invoca Argentina, se refería a la aplicación del TBI Argentina-Estados Unidos, que contenía una cláusula según la cual ninguna disposición del tratado impedía a una Parte Contratante adoptar “[...] las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses

esenciales de seguridad”¹⁸³. Ninguno de los tres TBIs aplicables a los presentes casos contiene una “cláusula de medidas no precluidas”¹⁸⁴. Los escritos de Argentina , así como el presentado al Tribunal con carácter de *amicus curiae*, sugieren que las obligaciones de Argentina, en la esfera de los derechos humanos, de garantizar a su población el derecho al agua, de algún modo prevalecen sobre las obligaciones que le imponen los TBIs, y que la existencia del derecho humano al agua también confiere implícitamente a Argentina la potestad de adoptar medidas que desconozcan sus obligaciones en el marco de los TBIs. El Tribunal no encuentra fundamento para esa conclusión ni en los TBIs ni en el derecho internacional. Argentina está sujeta a obligaciones internacionales, es decir, obligaciones referentes a derechos humanos y a tratados, y debe respetar por igual unas y otras. En las circunstancias de esos casos, las obligaciones de Argentina en materia de derechos humanos y las que le imponen los tratados de inversión no son mutuamente incongruentes, contradictorias ni excluyentes. Por lo tanto, como más arriba se explicó, Argentina pudo haber respetado ambos tipos de obligaciones. Considerando cada tratado en conjunto, el Tribunal no advierte que ninguno de ellos excluya la defensa del estado de necesidad. Por lo tanto, debe considerarse que Argentina cumplió la tercera condición que le permite invocar la defensa del estado de necesidad.

262. *La cuarta condición para poder invocar esa defensa consiste en que el Estado no haya contribuido a la situación de necesidad.* Para invocar dicha defensa, el Estado no debe haber contribuido al surgimiento del estado de necesidad. El vocablo determinante de esa condición es “contribuir”, no “causar” o “crear”. Por lo tanto, el hecho de que otros actores, además del Estado en cuestión, hayan contribuido a generar el estado de necesidad de ese Estado, no significa necesariamente que este no haya contribuido a crearlo. En el comentario al Proyecto de Artículos se establece claramente que esa contribución debe “[...] ser suficientemente sustancial y no simplemente incidental o periférica”. Por lo tanto, una cuestión importante consiste en establecer si Argentina contribuyó a la crisis de 2001-2003 en medida suficientemente sustancial como para que en observancia del derecho internacional deba descartarse la defensa del estado de necesidad. Sin perjuicio de lo señalado, en sus argumentos las Demandantes atribuyen la crisis primordialmente a factores endógenos, principalmente a las políticas económicas de diversos Gobiernos argentinos. La Demandada, por otra parte, describió la crisis como causada por

¹⁸³ Artículo XI.

¹⁸⁴ Véase W.W. Burke-White y A. von Staden, *Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 48 Virginia J of Intl L 307 (2008).

factores exógenos, principalmente las diversas crisis mundiales, como la que azotó a Rusia en 1999.

263. El Tribunal concluye que una combinación de factores endógenos y exógenos contribuyó a la crisis experimentada por Argentina a comienzos de este siglo. Entre los factores de la conducta de Argentina que contribuyeron a la crisis cabe mencionar el excesivo gasto público, la ineficiente recaudación impositiva, una tardía reacción ante los signos tempranos de la crisis, insuficientes esfuerzos para desarrollar un mercado de exportación, y disensiones y problemas políticos internos, que inhibieron una eficaz elaboración de políticas. Al mencionar esos factores, el Tribunal no se propone en modo alguno minimizar la influencia de las poderosas fuerzas externas que estaban golpeando a la economía argentina, sino demostrar que la propia Argentina contribuyó a generar su situación de emergencia. A ese respecto, este Tribunal debe coincidir con el tribunal que entendió en el caso *CMS c. Argentina*, según el cual “[e]l problema es entonces determinar si acaso la contribución de Argentina a la crisis ha sido lo suficientemente importante. Al examinar las circunstancias de la controversia, el Tribunal debe concluir que ese fue en efecto el caso. La crisis no fue generada por un Gobierno en particular y reconoce sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, agravada por las políticas gubernamentales de los años noventa, que alcanzó su punto máximo en 2002 y los años subsiguientes. De ahí que el Tribunal debe tener en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales, ellas no eximen de responsabilidad a la Demandada en esta materia”¹⁸⁵. Podría también señalarse que si fueron exclusivamente factores externos, mundiales, los que generaron la crisis padecida por Argentina, es sorprendente que otros países no hayan experimentado una crisis coetánea de igual magnitud.

264. En resumen, el Tribunal rechaza por lo tanto la defensa del estado de necesidad alegada por Argentina frente a las reclamaciones por violaciones de TBIs formuladas por las Demandantes, porque las medidas adoptadas por Argentina en violación de los TBIs no eran el único medio de que disponía la Demandada para atender sus intereses esenciales, y porque la propia Argentina contribuyó a la situación de emergencia que experimentó en 2001-2003.

X. Disposiciones de los TBIs sobre conflictos armados y estados de emergencia

265. Argentina encuentra una defensa adicional, frente a su responsabilidad por incumplimiento de su obligación de respetar las disposiciones generales de tratamiento arriba

¹⁸⁵

Párrafo 329.

mencionadas, en disposiciones especiales de los TBIs Argentina-Francia y Argentina-Reino Unido referentes a las situaciones de emergencia que sobrevengan en el territorio de una Parte Contratante. Específicamente, el artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia establece:

Los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones hubiesen sufrido pérdidas a causa de una guerra o de cualquier otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional o rebelión ocurrido en el territorio o en la zona marítima de la otra Parte Contratante, recibirán de esta última un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores o a los de la Nación más favorecida.

Análogamente, el artículo 4 (titulado “Indemnización por pérdidas”) del TBI Argentina-Reino Unido establece también:

Los inversores de una de las Partes Contratantes cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas a causa de guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, rebelión, insurrección o motín o como consecuencia de un acto arbitrario de las autoridades ocurrido en el territorio de la otra Parte Contratante, recibirán de esta última un tratamiento no menos favorable que el otorgado por esta última Parte Contratante a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado en lo que se refiera a restituciones, indemnizaciones, compensaciones u otros resarcimientos. Los pagos correspondientes serán libremente transferibles.

Aunque el TBI Argentina-España no contiene una disposición similar, Argentina alega que las disposiciones de los tratados arriba citados, por figurar en tantos TBIs, constituyen derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, los principios que consagran son aplicables también a la Demandante española AGBAR.

266. A este respecto, el argumento de Argentina consiste esencialmente en que las disposiciones de los TBIs arriba citadas constituyen un régimen especial aplicable a inversores en situaciones de emergencia, y que en tales situaciones el único tratamiento que Argentina debe dar a los inversores es un tratamiento no menos favorable que el que concede a sus propios inversores o a inversores de un tercer país. Argentina alega que se encontraba en estado de emergencia en el período en que adoptó los actos contra los que reclaman los inversores de AASA. Por lo tanto, la única obligación que le imponían los TBIs consistía en conceder a las inversiones de las Demandantes un tratamiento no menos favorable que el concedido a las inversiones provenientes de Argentina o de cualquier tercer país. Como las Demandantes no han probado la existencia de tal discriminación, Argentina alega que su tratamiento del inversor no violó ninguna de las disposiciones del tratado.

267. Las Demandantes rechazan el argumento de Argentina a ese respecto. En primer lugar sostienen que las disposiciones del tratado invocadas por Argentina no contienen términos exculpatorios que absuelvan a Argentina de la responsabilidad en que pueda incurrir por violación de otras disposiciones del tratado. Para respaldar ese argumento citan el texto de la decisión del tribunal que entendió en el caso *CMS c. Argentina*, en que se consideró la misma cuestión:

El significado claro del Artículo [Artículo IV(3)] es establecer un trato mínimo al inversionista en el contexto de las medidas adoptadas, respecto de las pérdidas sufridas en la emergencia, que no sea diferente al otorgado a los nacionales o a otros inversionistas extranjeros. Este Artículo no excluye la aplicación de los derechos conferidos por el Tratado; más bien por el contrario, asegura que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria¹⁸⁶.

268. Por lo tanto, las Demandantes alegan que las disposiciones de los TBIs arriba citadas se aplican exclusivamente a situaciones en que a) un inversor haya sufrido perjuicios como resultado de un conflicto armado o circunstancias similares, pero b) en que ese inversor no tenga derecho específico a indemnización en virtud de otra disposición del tratado o del derecho internacional consuetudinario, y c) no se haya otorgado a otro inversor, nacional o extranjero, una reparación en función de otro tratado o del derecho interno, o simplemente de carácter discrecional. En resumen, en virtud de sus condiciones y su estructura, esas disposiciones de los TBIs crean una causal jurídica adicional de indemnización; no establecen una excusa para la adopción de medidas que, de no ser por dichas disposiciones, infringirían los TBIs. Además, como cuestión de interpretación de tratados, las Demandantes señalan que la intención clara de las disposiciones de los TBIs consiste en que estas se apliquen a perjuicios materiales causados por guerras, revoluciones o perturbaciones civiles, y no a daños causados por medidas regulatorias de un Estado.

269. El Tribunal no puede compartir la interpretación de la Argentina sobre las disposiciones de los TBIs arriba mencionadas, cuyo sentido evidente consiste en imponer a las Partes Contratantes la obligación de tratar por igual a las inversiones por pérdidas resultantes de guerras, perturbaciones civiles y emergencias nacionales. En ellas no se hace ninguna referencia, sea cual fuere, a otras obligaciones impuestas por esos tratados a las Partes Contratantes; menos aún se exime de su cumplimiento. Es indudable que, si las Partes Contratantes, tras negociar

¹⁸⁶

Supra nota 84, párrafo 375.

cuidadosamente un complejo conjunto de obligaciones jurídicas encaminadas a proteger y promover inversiones, hubieran tenido la intención de que esas obligaciones no se aplicaran en tiempos de guerra, perturbaciones civiles o emergencias nacionales, así lo habrían establecido específicamente. De hecho, en muchos otros TBIs, las Partes Contratantes han incluido disposiciones sobre excepciones para establecer exenciones limitadas, en situaciones especiales, respecto del cumplimiento de obligaciones impuestas por esos tratados. Las Partes Contratantes de los TBIs de que se trata en estos casos también pudieron haberlo hecho si lo hubieran querido, pero no lo hicieron.

270. El Tribunal considera que las disposiciones de los TBIs arriba citadas significan lo que su texto establece: imponen a Argentina una obligación de igualdad de tratamiento con respecto a pérdidas sufridas por inversiones, resultantes de guerras, perturbaciones civiles y emergencias nacionales. No eximen a Argentina del cumplimiento de las restantes obligaciones que le imponen esos tratados. Por lo tanto, el Tribunal rechaza la interpretación dada por Argentina a las disposiciones pertinentes de los TBIs y a la defensa que opone frente a su responsabilidad por la violación de esas otras disposiciones.

XI. Procedimiento ulterior; costos y gastos

271. Por razones de economía procesal, el Tribunal ha decidido pronunciarse sobre la responsabilidad antes de hacerlo sobre los daños y perjuicios. Dada la complejidad de estos casos y lo extraordinariamente voluminoso del expediente, el Tribunal, al dictar ahora una decisión sobre la responsabilidad y con ello definir el alcance de su investigación con respecto a una determinación de los daños y perjuicios, podrá definir más eficientemente la misión del perito independiente que colaborará con el Tribunal para esa determinación.

272. El Tribunal tiene presente que en un caso del CIADI no es común bifurcar la fase de consideración del fondo del asunto, separando la determinación de la responsabilidad y la de los daños y perjuicios. Por otra parte, las Reglas del CIADI no impiden un enfoque de ese género. De hecho, el artículo 44 del Convenio del CIADI, que invocó el Tribunal para permitir la presentación de un escrito *amicus curiae* y autorizar el retiro de AASA como parte de esta diferencia, establece específicamente: “[c]ualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”. El Tribunal se basa en el artículo 44 para decidir la bifurcación de la fase del fondo de este caso por las razones que arriba se mencionan.

273. El Tribunal ha solicitado específicamente la colaboración de las partes con respecto a la selección y al papel de un perito independiente especializado en daños y perjuicios en el presente caso, y las partes respondieron en sus escritos posteriores a la audiencia. El Tribunal tendrá en cuenta las opiniones de las partes al llevar adelante la fase de daños y perjuicios del presente caso.

274. Como en estos casos quedan por resolverse importantes cuestiones procesales, el Tribunal posterga toda decisión sobre costos y gastos hasta que haya culminado la fase de los presentes procedimientos relativa a los daños y perjuicios.

XII. Conclusiones del Tribunal con respecto a la responsabilidad de la Demandada

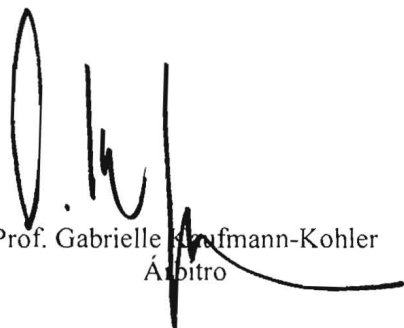
275. Tras examinar los argumentos respectivos de las Demandantes y de la Demandada, el Tribunal:

- a. Rechaza la alegación de las Demandantes de que la Demandada expropió directa o indirectamente sus inversiones;
- b. Rechaza la alegación de las Demandantes de que la Demandada negó protección y seguridad plenas a sus inversiones;
- c. Concluye que la Demandada ha negado a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo;
- d. Rechaza la defensa del estado de necesidad opuesta por la Demandada frente a las reclamaciones de las Demandantes; y
- e. Rechaza la defensa de la Demandada de que el artículo 5(3) del TBI Argentina-Francia y el artículo 4 del TBI Argentina-Reino Unido, así como el derecho internacional, la eximen, en períodos de emergencia, del cumplimiento de las obligaciones que le imponen los TBIs;
- f. Difiere su decisión sobre los daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo y la decisión sobre los costos hasta que el Tribunal se haya pronunciado sobre los daños y perjuicios;
- g. Rechaza todas las restantes reclamaciones.



Prof. Jeswald W. Salacuse

Presidente



Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Árbitro



Prof. Pedro Nikken
Árbitro
(sujeto a la opinión separada adjunta)