

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

Impregilo S.p.A.

c.

República Argentina

(Caso CIADI No. ARB/07/17)

Laudo

Miembros del Tribunal

Juez Hans Danelius, Presidente

Juez Charles N. Brower, Árbitro

Profesora Brigitte Stern, Árbitro

Secretario del Tribunal

Sr. Gonzalo Flores

Representando a Impregilo S.p.A.:

Sr. R. Doak Bishop,
Sr. Craig S. Miles y
Sr. Roberto Aguirre Luzi
Srta. Silvia Marchilli
Sr. David Weiss
Sr. Joost Pauwelyn
King & Spalding LLP

En representación de la República Argentina:

Dra. Angelina María Esther Abbona
Procuradora del Tesoro de la Nación
Procuración del Tesoro de la Nación
Posadas 1641
Buenos Aires, Argentina

Fecha de envío a las Partes: 21 de junio de 2011

Índice

I. HISTORIA PROCESAL	- 2 -
II. EL TRATADO DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES	- 3 -
III. ANTECEDENTES DE HECHO	- 6 -
IV. CUESTIONES JURISDICCIONALES.....	- 17 -
<i>A. Primera excepción: Impregilo no cumplió con los requisitos establecidos en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia.....</i>	<i>- 17 -</i>
<i>B. Segunda excepción: el CIADI carece de jurisdicción y el Tribunal carece de competencia para conocer sobre los reclamos indirectos o derivados de accionistas ...</i>	<i>- 29 -</i>
<i>C. Tercera excepción: los reclamos se refieren a cuestiones contractuales sobre las cuales el Tribunal no tiene competencia</i>	<i>- 36 -</i>
V. FONDO DEL CASO	- 46 -
<i>A. Petitorios</i>	<i>- 46 -</i>
<i>B. La postura de las Partes.....</i>	<i>- 47 -</i>
<i>C. El razonamiento del Tribunal de Arbitraje.....</i>	<i>- 53 -</i>
<i>(i) El Contrato de Concesión</i>	<i>- 53 -</i>
<i>(ii) La inversión de Impregilo.....</i>	<i>- 54 -</i>
<i>(iii) Ejecución por parte de AGBA y finalización del Contrato de Concesión.....</i>	<i>- 56 -</i>
<i>(iv) Expropiación</i>	<i>- 68 -</i>
<i>(v) Trato justo y equitativo.....</i>	<i>- 72 -</i>
<i>(vi) Otros argumentos.....</i>	<i>- 80 -</i>
<i>(vii) Estado de necesidad.....</i>	<i>- 81 -</i>
<i>(viii) Compensación</i>	<i>- 87 -</i>
<i>(ix) Intereses.....</i>	<i>- 91 -</i>
<i>(x) Costos y gastos</i>	<i>- 92 -</i>
VI. LAUDO	- 93 -

I. HISTORIA PROCESAL

1. El 25 de julio de 2007, la Secretaria General del CIADI registró una Solicitud de arbitraje presentada por Impregilo S.p.A., una compañía constituida en Italia, contra la República Argentina. La diferencia involucra una concesión de servicios de agua potable y desagües cloacales regida por un Contrato de Concesión (en adelante, el “*Contrato de Concesión*”) celebrado el 7 de diciembre de 1999 entre Aguas del Gran Buenos Aires (“*AGBA*”), una compañía argentina en la que Impregilo tenía una participación mayoritaria, y la Provincia de Buenos Aires. El Contrato de Concesión fue rescindido el 11 de julio de 2006 por la Provincia.

2. El 8 de agosto de 2007, la Demandante designó al Juez Charles N. Brower, de nacionalidad estadounidense, como árbitro. El 23 de octubre de 2007, la Demandada designó a la Profesora Brigitte Stern, de nacionalidad francesa, como árbitro. El 22 de mayo de 2008, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó al Juez Hans Danelius, de nacionalidad sueca, como Presidente del Tribunal.

3. Mediante una carta de 27 de mayo de 2008, el Centro notificó a las Partes que, de conformidad con la Regla de Arbitraje 6(1) del CIADI, el Tribunal se consideraba constituido y el procedimiento iniciado en dicha fecha. También se notificó a las Partes que el Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Principal del CIADI, se desempeñaría como Secretario del Tribunal. Posteriormente, fue sustituido por el Dr. Sergio Puig de la Parra, Consejero Jurídico del CIADI. Luego de la partida del Dr. Puig de la Parra del Secretariado del CIADI, el Sr. Flores fue designado nuevamente como Secretario del Tribunal.

4. Se realizó una Primera Sesión entre el Tribunal y las Partes mediante una teleconferencia el 16 de julio de 2008. Durante la Sesión, el Tribunal y las Partes dialogaron sobre diversas cuestiones procesales, incluido el cronograma para la presentación de los escritos. También se acordaron cronogramas alternativos que dependerían de si la República Argentina presentaba excepciones jurisdiccionales o no. Adicionalmente, se acordó que, de presentarse dichas excepciones, no se dictaría un Laudo o Decisión por separado en materia jurisdiccional.

5. El 16 de octubre de 2008, la Demandante, de conformidad con el cronograma acordado, presentó su Memorial sobre el Fondo en el que alegaba que la Demandada había violado el Acuerdo entre la República Argentina y la República Italiana sobre Promoción y Protección de las Inversiones (el “*TBI Argentina-Italia*”) y el derecho internacional respecto de las inversiones de la Demandante y solicitaba una compensación por daños y perjuicios. El 16 de enero de 2009, la Demandada presentó un Memorial donde interponía excepciones a la jurisdicción del Centro y a la competencia del Tribunal. El 16 de marzo de 2009, la Demandante presentó un Memorial de Contestación sobre jurisdicción.

6. Del 4 al 6 de mayo de 2009, el Tribunal celebró una audiencia en la sede del Centro en Washington, D.C. para tratar las cuestiones jurisdiccionales.

7. El 18 de agosto de 2009, la Demandada presentó un Memorial de Contestación sobre el Fondo. La Demandante presentó una Réplica sobre el Fondo el 2 de

noviembre de 2009 y, posteriormente, la Demandada presentó una Dúplica sobre el Fondo el 22 de enero de 2010.

8. Del 9 al 18 de marzo de 2010, el Tribunal celebró una audiencia sobre el fondo en París. Las siguientes personas asistieron a la audiencia en nombre de la Demandante: Sr. R. Doak Bishop, Sr. Craig S. Miles, Sr. Roberto Aguirre Luzi, Prof. Joost Pauwelyn, Srta. Silvia Marchili, Sr. David Weiss, Sr. Louis Alexis Bret, Sr. Esteban Sánchez y Sra. Carol D. Tamez del Estudio King & Spalding LLP, y el Sr. Eduardo Albarracín de Impregilo S.p.A. Las siguientes personas asistieron a la audiencia en nombre de la Demandada: Sr. Adolfo Gustavo Scrinzi, Sr. Gabriel Bottini, Sr. Ignacio Pérez Cortés, Sr. Ignacio Torterola, Srta. Alejandra Mackluf, Sr. Javier Pargament, Srta. Soledad Romero Caporale, Srta. María Alejandra Etchegorry, Sr. Nicolás Grosse, Sr. Patricio Arnedo Barreiro y Srta. Cristina Otegui, de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina.

9. El 26 de abril de 2010, cada Parte presentó un resumen cronológico sobre los principales documentos del caso.

10. Las Partes presentaron sus reclamos de costos el 10 y 11 de mayo de 2010.

11. La Demandante presentó un escrito posterior el 11 de octubre de 2010 al que la Demandada respondió el 19 de noviembre de 2010. De conformidad con la Regla 38(1) de la Reglas de Arbitraje del Centro, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento el 15 de abril de 2011.

II. EL TRATADO DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

12. El TBI Argentina-Italia fue firmado el 22 de mayo de 1990 y entró en vigencia el 14 de octubre de 1993. Está redactado en idioma español y en idioma italiano y contiene, entre otras, las siguientes disposiciones:

“ARTÍCULO 1 Definiciones

A los fines del presente Acuerdo:

1. El término "inversión" designa, de conformidad con el ordenamiento jurídico del país receptor e independientemente de la forma jurídica elegida o de cualquier otro ordenamiento jurídico de conexión, todo aporte o bien invertido o reinvertido por personas físicas o jurídicas de una Parte Contratante en el territorio de la otra, de acuerdo a las leyes y reglamentos de esta última.

En este marco general, son considerados en particular como inversiones, aunque no en forma exclusiva:

b) acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación aún minoritaria o indirecta en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes;

ARTÍCULO 2

Promoción y Protección de las Inversiones

1. Cada Parte Contratante promoverá la realización de inversiones en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante y admitirá tales inversiones de conformidad con su legislación.

2. Cada Parte Contratante acordará siempre un trato equitativo y justo a las inversiones de inversores de la otra. Cada Parte Contratante se abstendrá de adoptar medidas injustificadas o discriminatorias que afecten la gestión, el mantenimiento, el goce, la transformación, la cesación y la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio por los inversores de la otra Parte Contratante.

ARTÍCULO 3

Tratamiento Nacional y Cláusula de la Nación más Favorecida

1. Cada Parte Contratante, en el ámbito de su territorio, acordará a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante, a las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas y a todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo, un trato no menos favorable a aquél otorgado a sus propios inversores o a inversores de terceros países.

2. Las disposiciones establecidas en el párrafo 1 del presente Artículo no se aplicarán a las ventajas y privilegios que una Parte Contratante reconoce o reconozca a terceros países en virtud de su participación en una unión aduanera o económica, en un mercado común, en zonas de libre comercio, o como consecuencia de acuerdos regionales o subregionales, de acuerdos económicos multilaterales internacionales o acuerdos para evitar la doble imposición, otros acuerdos en materia impositiva o acuerdos para facilitar los intercambios fronterizos.

ARTÍCULO 4

Resarcimiento por Daños y Perjuicios

En caso que los inversores de una de las Partes Contratantes sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio de la otra Parte por causa de guerra o de otros conflictos armados, estados de emergencia u otros acontecimientos político-económicos similares, la Parte Contratante en cuyo territorio se ha efectuado la inversión concederá en lo relativo a indemnizaciones un tratamiento no menos favorable del que otorgue a sus propios ciudadanos o personas jurídicas o a los inversores de un tercer Estado.

ARTÍCULO 5

Nacionalización o Expropiación

1. (a) Cada Parte Contratante se compromete a no adoptar ninguna medida que limite, por tiempo determinado o indeterminado, el derecho de propiedad, de posesión, de control o de goce con relación a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante, salvo disposiciones específicas de las leyes, de sentencias o decisiones emanadas de los tribunales competentes y de otras disposiciones no discriminatorias de carácter general destinadas a regular las actividades económicas.

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

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

(c) La indemnización será equivalente al valor real de mercado que la inversión tenía inmediatamente antes del momento en que las decisiones de nacionalizar o expropiar hayan sido anunciadas o publicadas y será determinada teniendo en cuenta parámetros técnicos

internacionalmente aceptados. En el caso que el valor de mercado no pueda ser rápidamente verificado, la indemnización se determinará en base a una justa evaluación de los elementos constitutivos y distintivos de la empresa, como también de los componentes y de los resultados de las actividades empresariales involucradas.

La indemnización comprenderá los intereses devengados hasta la fecha de su pago, de acuerdo a la tasa de interés comercial normal. En caso de que no se llegara a un acuerdo entre el inversor y la Parte Contratante que adoptó la medida, la determinación de la indemnización se realizará según los procedimientos de solución de controversias indicados en el Artículo 8 del presente Acuerdo. La indemnización, una vez determinada, será abonada sin demora en la moneda en la que se efectuó la inversión o en una moneda libremente convertible aceptada por el inversor, y su repatriación será autorizada.

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

- - -

Artículo 8

Solución de Controversias entre Inversores y Partes Contratantes

1. Toda controversia relativa a inversiones que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia.

2. Si esas consultas no aportaran una solución, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión.

3. Si todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el párrafo 2, la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional.

4. A partir del momento en que se inicie un procedimiento arbitral, cada una de las partes en la controversia adoptará todas las medidas necesarias a fin de desistir de la instancia judicial en curso.

5. En caso de recurrirse al arbitraje internacional, la controversia será sometida, a elección del inversor, a alguno de los órganos de arbitraje designados a continuación:

a) Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el "Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1985, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Mientras dicha condición no se cumpla, cada una de las Partes Contratantes da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje de conformidad con el reglamento del Mecanismo Complementario de Conciliación y Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, o

b) A un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido para cada caso. El arbitraje se efectuará de acuerdo con el Reglamento Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.) al cual se refiere la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N 31/98 del 15 de diciembre de 1976. Los árbitros serán tres. Si los mismos no son nacionales de las Partes Contratantes, deberán ser nacionales de Estados que tengan relaciones diplomáticas con ellas.

6. Ninguna de las Partes Contratantes que sea parte en una controversia podrá plantear, en ninguna etapa del proceso de arbitraje ni de la ejecución de una sentencia arbitral, excepciones

basadas en el hecho de que el inversor, parte contraria en la controversia, haya percibido una indemnización destinada a cubrir todo o parte de las pérdidas sufridas, en cumplimiento de una póliza de seguro o de la garantía prevista en el Artículo 7 del presente Acuerdo.

7. El tribunal arbitral decidirá sobre la base del derecho de la Parte Contratante parte en la controversia - incluyendo las normas de esta última relativas a conflictos de leyes-, las disposiciones del presente Acuerdo, los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios de derecho internacional en la materia.

8. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de conformidad con su legislación nacional y de acuerdo a las convenciones internacionales en la materia vigentes para ambas Partes Contratantes.

9. Las Partes Contratantes se abstendrán de tratar, a través de los canales diplomáticos, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial ya en marcha hasta que los procedimientos correspondientes hubieran sido concluidos, salvo que las partes en la controversia no hubieran cumplido el laudo del tribunal arbitral o la sentencia del tribunal ordinario, según los términos de cumplimiento establecidos en el laudo o en la sentencia.

- - -

ARTÍCULO 10

Aplicación de otras Normas

1. En caso que una cuestión estuviera regulada por el presente Acuerdo y también por otro Acuerdo Internacional del que participen las dos Partes Contratantes, o por el Derecho Internacional General, se aplicarán a las mismas Partes Contratantes y a sus inversores las normas que sean en su caso más favorables.

2. En caso que una Parte Contratante, en base a leyes, reglamentos, disposiciones o contratos específicos, hubiera adoptado para inversores de la otra Parte Contratante normas más ventajosas que las previstas por el presente Acuerdo, se acordará a los mismos el tratamiento más favorable”.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

13. En la década de los noventa, los servicios de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Buenos Aires eran suministrados por la compañía estatal de servicios públicos *Administración General de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires* (“AGOSBA”). En 1996, la Provincia decidió privatizar estos servicios y para ello sancionó la Ley N° 11.820 (el “*Marco Regulatorio*”) y creó el *Organismo Regulator de Aguas Bonaerense* (“ORAB”) como ente regulador. Asimismo, llevó a cabo un proceso de licitación para adjudicar las concesiones que se crearían en diferentes partes de la Provincia.

14. Impregilo formó un consorcio con otras compañías internacionales (Sideco Americana S.A. y Aguas de Bilbao Bizkaia) y, mediante el Decreto Provincial N° 2907/99 del 18 de octubre de 1999, se le adjudicó una de las zonas de concesión en las que se había dividido el territorio de la Provincia. De conformidad con las normas de la licitación, Impregilo y sus socios crearon y fundaron AGBA, una compañía argentina. El 7 de diciembre de 1999, la Provincia y AGBA celebraron el Contrato de Concesión para el suministro de servicios de agua potable y desagües cloacales en un área que comprendía siete municipios.

15. El Contrato de Concesión incluía, entre otras, las siguientes cláusulas:

“1.4 OBJETO DE LA CONCESIÓN

El objeto de la Concesión comprende la realización de las siguientes actividades dentro de la Zona de Concesión: la captación, potabilización, transporte, distribución y comercialización de Agua Potable; la colección, tratamiento, disposición y eventual reutilización y/o comercialización de Desagües Cloacales, incluyendo también los Desagües Industriales según lo previsto en el artículo 3.14. En todos los casos el Servicio incluye el mantenimiento, el proyecto, la construcción, la rehabilitación y la expansión de las obras necesarias para su prestación.

1.6 EXCLUSIVIDAD. SISTEMAS DESVINCULADOS EN LA ZONA DE CONCESIÓN

La prestación del Servicio dentro de la Zona de Concesión será realizada con carácter exclusivo por el Concesionario, con sujeción al Marco Regulatorio y a lo previsto en el artículo 5.6 y en el presente.

1.7 PLAZO

El plazo de la Concesión será de treinta (30) años contados a partir de la Toma de Posesión.

1.8 MODALIDAD DE LA CONCESIÓN

El otorgamiento de la Concesión comprende el pago de un canon inicial de U\$S 1.260.000 (dólares de los Estados Unidos de América un millón doscientos sesenta mil) por parte del Concesionario. Dicha suma fue abonada por el Concesionario a la Provincia a la firma del Contrato, y equivale a la cantidad ofertada por el Adjudicatario bajo la Licitación, en concepto de precio por la Zona de Concesión. No obstante ello, el Concesionario se obliga a llevar a cabo todas las inversiones necesarias para ejecutar el POES,¹ y asegurar la correcta prestación del Servicio según se estipula en el Contrato, cuya descripción figura en el Anexo F, quedando sujetos los incrementos tarifarios previstos en el Anexo Ñ al cumplimiento de dichas obligaciones.

1.9 ORGANISMO REGULADOR

El Concesionario, el Servicio y todo otro aspecto derivado de la ejecución del Contrato, estarán bajo el control y la regulación del Organismo Regulador.

1.10 NORMAS APLICABLES

Las normas aplicables a la Concesión serán, en el orden de prelación que se indica:

- 1.10.1 El Marco Regulatorio
- 1.10.2 El Pliego
- 1.10.3 La Oferta
- 1.10.4 El Contrato y su decreto aprobatorio

¹ El POES (Programa de Optimización y Expansión del Servicio) establece las metas cuantitativas y cualitativas que el Concesionario debía alcanzar e incluye los Planes Quinquenales de conformidad con el Capítulo 5 y el Anexo F.

1.10.5 Las normas que dicte el Organismo Regulador. Las normas reglamentarias actualmente vigentes que sean aplicables al Servicio, continuarán aplicándose salvo que sean contradictorias con el resto de las normas y disposiciones previstas precedentemente en este artículo.

- - -

3.2 DEBERES Y ATRIBUCIONES DEL CONCESIONARIO

Con relación a la prestación del Servicio, los deberes y atribuciones del Concesionario son los establecidos en el Marco Regulatorio, este Contrato y las reglamentaciones del Organismo Regulador. En especial, el Concesionario deberá realizar todas las tareas inherentes a la prestación del Servicio, en las condiciones establecidas en las disposiciones aplicables, de modo de garantizar la provisión eficiente a los Usuarios, la protección de la salud pública, y la utilización racional de los recursos. El Servicio será provisto en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, calidad y generalidad.

3.3 COBERTURA DEL SERVICIO

El Servicio de Provisión de Agua Potable por Conexiones Domiciliarias deberá extenderse para atender al total de la población urbana que resida en la Zona de Concesión, según los términos del POES y los Planes Quinquenales. El Concesionario deberá satisfacer de manera eficiente la demanda de Agua Potable, brindando un Servicio que respete los niveles de calidad establecidos en el Marco Regulatorio y el Contrato.

A su vez, el Servicio de Desagües Cloacales por Conexiones Domiciliarias deberá expandirse a la población urbana, de modo de cumplir con las metas establecidas en el POES y los Planes Quinquenales. El Concesionario deberá asegurar que la capacidad de las instalaciones de colección y transporte de los líquidos residuales permita atender eficientemente la demanda del Servicio y garantice el correcto funcionamiento de los sistemas.

Para la determinación de la zona urbana será aplicable la Ley 8912.

3.4 OBLIGATORIEDAD DE LA PRESTACIÓN

El Concesionario deberá mantener y renovar las instalaciones civiles y electromecánicas y extender, renovar y/o reacondicionar las redes externas de distribución de Agua Potable y de Desagües Cloacales, de tal modo de garantizar la prestación normal del Servicio, a todo inmueble comprendido en el Área Servida y en el Área de Expansión, según lo previsto en el POES y los Planes Quinquenales.

- - -

3.5 OBLIGATORIEDAD DE CONEXIÓN Y PAGO DEL SERVICIO

Los propietarios, consorcios de propietarios según la Ley 13.512, poseedores, y tenedores de inmuebles ubicados en zonas urbanas y que se hallen en el Área Servida, estarán obligados a conectarse a la red, pagando al Concesionario la Conexión Domiciliaria correspondiente. Asimismo, estarán obligados a conectar y a instalar a su cargo los servicios domiciliarios internos de Agua y Desagüe Cloacal, y a mantener en buen estado dichas instalaciones.

Por su parte, los propietarios, consorcios de propietarios, usufructuarios, poseedores y tenedores de inmuebles ubicados frente a cañerías distribuidoras de Agua Potable o colectoras cloacales, estarán obligados al pago del Servicio con arreglo al Régimen Tarifario, aun cuando el inmueble no tenga conexión a las redes externas del Servicio. Quedan exceptuados los inmuebles deshabitados cuando se hubiere solicitado la no conexión o la desconexión del servicio, en cuyo caso deberán abonarse los cargos previstos en el Régimen Tarifario

- - -

5 PROGRAMA DE OPTIMIZACION Y EXPANSION DEL SERVICIO (POES)

5.1 CONCEPTO

El POES que deberá cumplir el Concesionario durante toda la Concesión, se prevé como Anexo F, y comprende la expansión del Servicio, las metas de Servicio y los planes de acción y las obras necesarias para alcanzar las metas y los compromisos cuantitativos, cualitativos y de eficiencia del Servicio, y la obligación de cobertura geográfica, que el Concesionario deberá cumplir y ejecutar en los términos allí previstos, de acuerdo a las prescripciones del Marco Regulatorio y el Contrato.

El POES está conformado por seis (6) Planes Quinquenales correlativos, según se prevé en el artículo 5.3. Asimismo, incluye las actualizaciones, precisiones y modificaciones incorporadas por vía del informe anual de avance del POES, previsto en el artículo 6.5, una vez que éstas sean aprobadas por el Organismo Regulador.

El incumplimiento del POES será considerado falta grave, según se prevé en el artículo 13.2.5.5.

5.2 OBJETO

El objeto del POES es proveer a la expansión del Servicio en la Zona de Concesión, y garantizar el mantenimiento y la mejora de los sistemas necesarios para la prestación del Servicio, posibilitando su administración y operación eficiente, de manera tal de cumplir los Niveles de Servicio y las obligaciones previstas en el Marco Regulatorio y el Contrato.

5.3 PLANES QUINQUENALES

Para cada uno de los períodos quinquenales en que se divide la ejecución del POES, el Concesionario propondrá al Organismo Regulador los respectivos proyectos de Planes Quinquenales que detallen, ajusten y brinden las actualizaciones necesarias, a fin de cumplir acabadamente los objetivos de cobertura y las metas de Servicio contenidos en el POES, especificando las localidades en las cuales se ejecutará el POES.

El proyecto del primer Plan Quinquenal será presentado dentro de los tres (3) meses de la firma del Contrato. Con respecto a cada uno de los Planes Quinquenales subsiguientes, la propuesta respectiva deberá ser presentada con una antelación mínima de un año a la fecha de expiración del lapso quinquenal respectivo. El Organismo Regulador podrá solicitar las modificaciones y aclaraciones que estime necesarias. Una vez que se apruebe la propuesta del Concesionario, ésta se convertirá en Plan Quinquenal, integrará el POES y será de cumplimiento obligatorio. Las presentaciones del Concesionario deberán estar certificadas por los Auditores.

- - -

12.1 RÉGIMEN TARIFARIO

El Régimen Tarifario para la prestación del Servicio, obra como Anexo Ñ.

12.1.1 NIVEL TARIFARIO

La determinación del nivel tarifario requerido conforme al artículo 28 II de la Ley 11.820, se basará en el principio general del establecimiento de valores tarifarios que contengan los costos de operación, mantenimiento y amortización de los servicios y permita un retorno razonable de las inversiones del Concesionario, en el contexto de una administración y operación eficiente y el fiel cumplimiento de las metas de calidad y expansión del servicio comprometidas.

12.2 VALORES TARIFARIOS Y PRECIOS

Los valores tarifarios y los precios vigentes que se aplican al suministro del Servicio a partir de la Toma de Posesión, surgen por aplicación de las disposiciones del Régimen Tarifario.

12.3 MODIFICACIONES DE LOS VALORES TARIFARIOS Y LOS PRECIOS

12.3.1 PRINCIPIOS GENERALES

Sin perjuicio de lo establecido en el Régimen Tarifario, los valores tarifarios y precios del Servicio regirán durante todo el plazo de la Concesión, salvo que ellos se modifiquen en virtud de los mecanismos de revisión previstos en este artículo.

- - -

12.3.4 REVISIONES ORDINARIAS QUINQUENALES

Se consideran revisiones ordinarias las que puedan producirse por períodos quinquenales, en virtud de modificaciones en las metas previstas en el POES, a partir del Plan Quinquenal correspondiente al segundo quinquenio.

- - -

12.3.5 REVISIONES EXTRAORDINARIAS POR MODIFICACIÓN EN LOS ÍNDICES DE COSTOS

12.3.5.1 Concepto

Son las que corresponda realizar cuando el Concesionario o el Organismo Regulador invoquen un incremento o una disminución en los índices de costos de la Concesión, que supere en valor absoluto el tres por ciento (3%), según lo establecido en el artículo 12.3.5.2.

El Concesionario no podrá solicitar revisiones extraordinarias, por modificación de los índices de costos, sino después de transcurridos doce (12) meses contados desde la última revisión, sin perjuicio de la acumulación de la variación de los índices de costos a los efectos del cálculo de la modificación tarifaria correspondiente.

- - -

12.4 MODIFICACIONES AL RÉGIMEN TARIFARIO

12.4.1 Principios Generales

El Régimen Tarifario podrá ser modificado a partir del cumplimiento del tercer año de la Concesión.

- - -

12.4.2 Causas de modificación a pedido del Concesionario

El Régimen Tarifario sólo podrá ser modificado a pedido del Concesionario, si éste demuestra que:

- a) No ha podido equilibrar la oferta y demanda del Servicio por razones imputables al Régimen Tarifario vigente, pese a haber realizado todas las acciones tendientes a ello y haber actuado eficientemente,
- b) El Régimen Tarifario vigente no propende a un uso racional de los bienes y recursos empleados para la prestación del Servicio, o no permite atender los objetivos sanitarios vinculados directamente con la prestación,

c) En virtud de la modificación del Régimen Tarifario vigente obtendrá una significativa reducción en los costos operativos, con los consiguientes beneficios para los Usuarios.

13. RESPONSABILIDADES Y SANCIONES

13.1 RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO

El Concesionario asumirá la Concesión a su propio riesgo jurídico, técnico, económico y financiero, y será responsable ante la Provincia, los Usuarios y los terceros por el cumplimiento de las obligaciones y los requisitos necesarios para prestar el Servicio, desde la Toma de Posesión. En ningún caso la Provincia, el Concedente, el Organismo Regulador u OSBA² serán responsables frente a los Usuarios y a los terceros por las obligaciones asumidas por el Concesionario.

- - -

13.2 SANCIONES

Sin perjuicio de lo establecido en el capítulo 14, en caso de incumplimiento de sus obligaciones el Concesionario será pasible de ser sancionado con apercibimiento, multa e intervención cautelar, según las disposiciones que se establecen a continuación.

- - -

13.2.5.5 Atrasos en el POES

Los atrasos en el cumplimiento del POES serán sancionados de conformidad con las siguientes disposiciones:

- a) Se aplicará una multa de cien mil dólares estadounidenses (US\$ 100.000) por las demoras no esenciales en el cumplimiento de una meta de Servicio aprobada o de una obra comprometida - -
- b) Se aplicará una multa de hasta un millón de dólares estadounidenses (US\$ 1.000.000) - - - por las demoras esenciales en el cumplimiento de una meta de Servicio aprobada o de una obra comprometida. - - -

- - -

14 EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN

14.1 CAUSAS DE EXTINCIÓN

La extinción de la Concesión tendrá lugar por vencimiento del plazo, rescisión por caso fortuito o fuerza mayor, rescisión por culpa del Concesionario, rescisión por culpa del Concedente, y rescate del Servicio por parte del Concedente.

- - -

14.1.3 RESCISIÓN POR CULPA DEL CONCESIONARIO

El Concedente podrá rescindir el Contrato por culpa del Concesionario, con fundamento en las siguientes causas:

- a) Incumplimiento grave de disposiciones legales, contractuales o reglamentarias aplicables al Servicio.

² OSBA es el equivalente de AGOSBA.

b) Atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las metas de cobertura previstas en el POES.

h) Reiterada violación del reglamento del Usuario previsto en el artículo 13-II del Marco Regulatorio.

i) Reticencia u ocultamiento reiterado de información al Organismo Regulador.

k) Falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento del Contrato en los términos previstos en el artículo 11.1, y de la garantía de cumplimiento de las obligaciones del Operador prevista en el artículo 11.2

En los casos en que el incumplimiento o la infracción sean subsanables por su naturaleza, el Organismo Regulador deberá intimar al Concesionario para que corrija su accionar, subsane en alguna forma idónea la falta cometida y efectúe el correspondiente descargo, en el término que se fijará según las circunstancias del caso, la naturaleza de la infracción y el interés público, que en ningún caso será inferior a treinta (30) días. Vencido el término otorgado al Concesionario, en la medida que se hubiere acreditado la infracción o el incumplimiento respectivo, el Organismo Regulador comunicará dicha circunstancia al Concedente, quien podrá disponer la rescisión del Contrato por culpa del Concesionario.

Sin perjuicio de ello, el Organismo Regulador participará en el trámite de rescisión, y elevará sus conclusiones fundadas al Concedente.

16.7 JURISDICCIÓN

En caso de cualquier controversia relativa a la interpretación y ejecución del Contrato, el Concedente y el Concesionario se someten al fuero en lo contencioso- administrativo competente de la ciudad de La Plata, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles por cualquier causa”.

16. El Anexo F del Contrato de Concesión contiene detalles sobre el Programa de Optimización y Expansión del Servicio (“*POES*”) que se menciona en el Artículo 5 del Contrato de Concesión.

17. El Artículo 1 del Anexo F, que regula los “Índices de Gestión”, especifica cuáles son las metas relacionadas con la calidad del Servicio y la gestión empresarial que permitan alcanzar los valores dentro de los plazos establecidos en la Tabla 1 del Anexo – valores mínimos para eficiencia en micromedición (del 75% en el año 3 al 98% en el año 30), valores máximos para agua no contabilizada (del 40% en el año 3 al 25% en el año 30) y valores mínimos para continuidad del Servicio (del 96% en el año 3 al 100% en el año 30).

18. El Artículo 2 del Anexo indica cuáles son las metas de expansión del Servicio con respecto al servicio de agua potable y desagües cloacales (número de conexiones nuevas mínimo por año), la instalación de medidores individuales para el servicio de agua potable y la renovación y/o reacondicionamiento de cañerías.

19. El Anexo Ñ regula el Régimen Tarifario aplicable a la prestación del Servicio por parte del Concesionario. En su Artículo 2, define a los sujetos obligados al pago del Servicio y en su Artículo 4, las tarifas aplicables al Servicio Medido y No Medido. El Artículo 10 establece los cargos de obra que deben abonar los usuarios cuando se conecta el servicio público de agua potable y desagües cloacales. El Artículo 19 establece que el Concesionario tendrá derecho a facturar y cobrar todos los Servicios que preste. El Artículo 29 regula el corte del Servicio ante un atraso en el pago de las facturas por parte de los usuarios. El Artículo 20 establece la Moneda de Facturación y establece lo siguiente:

“Si bien los valores tarifarios y precios se fijan en dólares estadounidenses, la facturación a los Usuarios será efectuada en pesos. Para aplicar la conversión respectiva, se tomará en cuenta el valor de paridad establecido en la Ley Nacional 23.928 de convertibilidad monetaria, o la disposición legal que la reemplace, al día de cierre de los procesos de facturación”.

20. El 3 de enero de 2000, AGBA tomó posesión de la concesión y el 21 de marzo de 2000, AGBA presentó su primer Plan Quinquenal ante el ORAB. El 21 de julio de 2000, el ORAB solicitó que se realizaran modificaciones al Plan Quinquenal y el 8 de noviembre de 2000, AGBA accedió a tal solicitud y presentó un Plan Quinquenal modificado. El Plan modificado fue aprobado por el ORAB el 31 de enero de 2001.

21. En una carta del 17 de mayo de 2001 enviada al Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, AGBA señalaba que, a pesar de los esfuerzos realizados por AGBA, existían dificultades significativas para recibir el pago de los servicios por parte de los usuarios. Las tasas de incobrabilidad dentro de la Zona de Concesión habían alcanzado cifras siderales de aproximadamente el 60%, y ello había afectado la capacidad de AGBA de realizar las inversiones establecidas en el programa de expansión. En consecuencia, AGBA enfrentaba una alteración considerable del equilibrio económico y financiero de la Concesión y dificultades significativas para obtener préstamos bancarios. Por lo tanto, también le había resultado imposible alcanzar las metas del Plan Quinquenal vigente en ese momento. A modo de conclusión, AGBA solicitaba la conformación de una comisión de trabajo para analizar en forma conjunta las soluciones y alternativas apropiadas y que, como medida provisional, se suspendieran temporalmente las metas de expansión hasta tanto la referida comisión tomara una decisión.

22. El 30 de mayo de 2001, el Subsecretario de Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires respondió que la cuestión de las tasas de incobrabilidad constituía un riesgo comercial que AGBA debía asumir de conformidad con el Contrato de Concesión. No obstante, el Ministerio accedió a conformar una comisión de trabajo cuya tarea estuviera destinada a realizar modificaciones contractuales que pudieran armonizar los objetivos del Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión con los intereses de los usuarios en la zona correspondiente.

23. En una nota del 17 de julio de 2001, AGBA, haciendo referencia a la grave crisis económica que atravesaba la Argentina, solicitó al ORAB que suspendiera temporalmente la ejecución del POES. Dicha solicitud fue reiterada en una nota del 15 de agosto de 2001.

24. El 7 de agosto de 2001, el ORAB le solicitó a AGBA que no facturara los cargos de obra en determinadas áreas de acuerdo con el Artículo 10 del Anexo Ñ del Contrato de Concesión.

25. El 27 de agosto de 2001, el Área Técnica del ORAB determinó que el rendimiento de AGBA durante el primer año de la concesión había alcanzado un nivel aceptable de cumplimiento del POES. El Área Técnica también respaldó la solicitud de suspensión del POES en vista de la difícil situación económica que atravesaba la provincia y el país. Asimismo, el Área de Regulación Económica y el Área de Normas y Reglamentos del ORAB también expresaron una opinión favorable el 23 de noviembre de 2001 y el 3 de diciembre de 2001, respectivamente.

26. En una carta del 13 de septiembre de 2001, AGBA le solicitó al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires que interviniera y programara una reunión para discutir la grave situación que había surgido en cuanto a la implementación del Contrato de Concesión. El 27 de diciembre de 2001, AGBA le solicitó al Gobernador de la Provincia que se mantuvieran negociaciones bilaterales en forma inmediata a fin de determinar los mecanismos más adecuados para restaurar el equilibrio de la ecuación económico-financiera del Contrato de Concesión, que había sido afectado por diversos acontecimientos.

27. En una nota interna del 10 de octubre de 2001, el Área Técnica del ORAB observó que, a pesar de los esfuerzos de AGBA, no se habían alcanzado ni las metas establecidas en el Contrato de Concesión ni aquellas previstas en el POES. En vista de ello, el ORAB decidió, el 17 de octubre de 2001, prohibir a AGBA el incremento de las tarifas de acuerdo con el coeficiente indicado en el Anexo Ñ del Contrato de Concesión.

28. El 6 de enero de 2002, el Gobierno Nacional argentino sancionó la Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario mediante la cual los contratos de las empresas de servicios públicos fueron “pesificados” al nivel de paridad cambiaria y se congelaron las tarifas. Dicha ley también autorizaba al Gobierno a renegociar los contratos de las empresas de servicios públicos.

29. En una carta del 9 de enero de 2002 enviada al Gobernador de la Provincia, AGBA señaló que los últimos acontecimientos económicos y sociales habían empeorado aún más la situación de AGBA. AGBA solicitó una reunión en la cual pudiera poner en conocimiento del Gobernador los múltiples factores que estaban llevando a la concesión al borde del colapso.

30. El 11 de enero de 2002, el ORAB “pesificó” las tarifas de AGBA al nivel de paridad cambiaria. El 24 de enero de 2002, AGBA exigió que tal decisión fuera revocada por ser contraria no sólo al Contrato de Concesión sino también a la ley y a la Constitución Argentina.

31. El 18 de febrero de 2002, el ORAB emitió la Resolución N° 14/02 que impedía a AGBA cobrar cargos de obra.

32. El 19 de febrero de 2002, AGBA solicitó la renegociación del Contrato de Concesión. Dicha solicitud fue reiterada en una carta del 17 de abril de 2002 enviada al Gobernador de la Provincia.

33. El 28 de febrero de 2002, la Provincia sancionó la Ley N° 12.858. En virtud de esta ley, el Poder Ejecutivo estaba autorizado a crear un Nuevo Marco Regulatorio aplicable a los servicios de agua potable.

34. Mediante el Decreto N° 517/02 del 13 de marzo de 2002, la Provincia aprobó el estatuto de la empresa Aguas Bonaerenses S.A. (“*ABSA*”), que se haría cargo de la concesión de otras áreas de la Provincia de Buenos Aires, que hasta entonces habían estado en manos de la compañía Azurix.

35. Mediante el Decreto N° 1175/02 del 13 de mayo de 2002, la Provincia creó una Comisión Especial para la Evaluación del Impacto de la Crisis en las Tarifas y Contratos de Servicios Públicos. La tarea que esta Comisión Especial debía llevar a cabo consistía en analizar los problemas en el área de las empresas de servicios públicos y proponer soluciones.

36. En una nota del 11 de junio de 2002 enviada al ORAB, AGBA hizo referencia a modificaciones en las leyes impositivas que habían creado dificultades adicionales para AGBA y solicitó que se revisara el Contrato de Concesión. AGBA explicó una vez más la necesidad de una renegociación del Contrato de Concesión en una carta del 28 de junio de 2002 enviada al Gobernador de la Provincia.

37. El 23 de julio de 2002, el Subsecretario de Servicios Públicos de la Provincia, mediante una nota enviada al ORAB, señalaba que AGBA se había comprometido en el contrato a cumplir las obligaciones establecidas en el POES y a obtener por sus propios medios los fondos necesarios para hacerlo. El Subsecretario no consideraba razonable realizar ajustes en favor de AGBA dado que ello tendría efectos negativos para los clientes, cuyos intereses económicos debían protegerse.

38. En una carta del 14 de agosto de 2002 enviada al Subsecretario, AGBA hizo referencia a una reunión mantenida en su oficina el 2 de agosto de 2002 y remarcó una vez más la necesidad de renegociar el contrato. AGBA reiteró su solicitud de una renegociación en las cartas del 30 de septiembre y 24 de octubre de 2002 enviadas al Gobernador de la Provincia y también en una carta enviada el 8 de octubre de 2002 al Presidente de la Comisión Especial para la Evaluación del Impacto de la Crisis en las Tarifas y Contratos de Servicios Públicos. También la reiteró en una nota enviada al ORAB el 30 de octubre de 2002.

39. El 27 de agosto de 2002, el ORAB, mediante Resolución N° 56/02, suspendió el derecho de AGBA de cortar el servicio de agua potable a aquellos usuarios que no habían abonado sus facturas.

40. En un informe del 2 de diciembre de 2002 enviado al Presidente del ORAB, el Área Técnica del ORAB determinó que AGBA había alcanzado sustancialmente las metas establecidas para el primer año de la concesión (2000). En la Resolución N° 69/02 del 5 de diciembre de 2002, el ORAB resolvió que AGBA había alcanzado las metas de expansión y calidad del servicio para el primer año de la concesión (año

2000), establecidas en el Anexo F del Contrato de Concesión e incluidas en el primer Plan Quinquenal que era parte integral del POES.

41. El 30 de diciembre de 2002, mediante Resolución N° 77/02, el ORAB también accedió a la solicitud de AGBA de suspender las obligaciones establecidas en el POES para el segundo año de la concesión 2002, cuyo efecto sería que las medidas que no fueran alcanzadas durante ese año no darían lugar a las penalidades previstas en el Artículo 13.2.5.5 del Contrato de Concesión.

42. El 9 de junio de 2003, la Provincia dictó el Decreto N° 878/03 que establecía un Nuevo Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Públicos de Agua Potable y Desagües Cloacales en la Provincia. De conformidad con el Decreto, el Organismo de Control sería el *Organismo de Control del Agua de Buenos Aires* (“OCABA”). El 17 de julio de 2003, AGBA impugnó el Decreto. Asimismo, en reiteradas ocasiones – el 27 de agosto, 22 de septiembre y 2 de diciembre de 2003 y el 13 de enero de 2004 – AGBA solicitó la renegociación del Contrato de Concesión. El 30 de junio de 2004, el Gobernador de la Provincia rechazó la solicitud presentada por AGBA de revocación del Decreto que establecía el Nuevo Marco Regulatorio.

43. El 26 de abril de 2005, la Provincia emitió el Decreto N° 757/05 que aprobaba un Acta Acuerdo celebrada con ABSA. ABSA fue autorizada a realizar aumentos graduales en las tarifas y se le otorgaron determinados subsidios. En su carta del 15 de julio de 2005 enviada al Ministro y al Subsecretario correspondientes, AGBA argumentó que AGBA fue discriminada respecto de ABSA y exigió el mismo trato.

44. Mediante carta enviada el 25 de agosto de 2005, el Subsecretario de Servicios Públicos rechazó un pedido de AGBA en el que solicitaba que se le diera autorización para realizar aumentos tarifarios.

45. El 10 de marzo de 2006, se dictó la Resolución N° 84/06 mediante la cual el Ministerio de Servicios Públicos ordenó al OCABA recabar información sobre el rendimiento de AGBA en su calidad de concesionario. OCABA emitió su informe el 21 de abril de 2006 donde concluía que AGBA había incumplido de diversas maneras con las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión y el POES.

46. En una carta del 14 de junio de 2006 enviada al Ministro y al Subsecretario de Servicios Públicos y también al Presidente del ORAB, AGBA acusó a la Provincia de no cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión y manifestó que, a menos que ello fuera subsanado dentro de los 45 días subsiguientes, AGBA se vería obligada a rescindir el Contrato de Concesión.

47. El 10 de julio de 2006, mediante Resolución N° 36/06, el OCABA impuso una multa a AGBA por no haber respondido a ciertos reclamos en forma oportuna.

48. Por último, el 11 de julio de 2006, mediante Decreto N° 1666/06, el Gobernador de la Provincia rescindió el Contrato de Concesión por culpa de AGBA de conformidad con el Artículo 14.1.3 (a), (b), (h), (i) y (k) del Contrato de Concesión. A través del Decreto N° 1677/06, el 13 de julio de 2006, el Gobernador de la Provincia transfirió a ABSA la concesión del servicio de agua potable y desagües cloacales de la que AGBA era titular.

IV. CUESTIONES JURISDICCIONALES

49. La República Argentina solicita al Tribunal de Arbitraje que dicte un laudo en el que determine, conforme a la Regla de Arbitraje 41(4) del CIADI, la falta de jurisdicción del CIADI y la falta de competencia del Tribunal para entender en el caso:

(a) la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal por cuanto Impregilo no cumplió con los requisitos establecidos en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia;

(b) en subsidio, la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal por cuanto el reclamo de Impregilo es un reclamo indirecto;

(c) en subsidio, la falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del Tribunal por cuanto el reclamo se refiere a cuestiones contractuales sobre las cuales el CIADI no tiene jurisdicción; y

La República Argentina solicita también que el Tribunal de Arbitraje imponga a Impregilo la totalidad de las costas del proceso y los honorarios profesionales en los que Argentina hubiera incurrido conforme a la Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje.

50. Impregilo solicita:

(a) una declaración de que la controversia queda comprendida en el ámbito de la jurisdicción del Convenio del CIADI y de la competencia del Tribunal; y

(b) una orden mediante la cual se desestimen todas las excepciones opuestas por Argentina a la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal.

A. Primera excepción: Impregilo no cumplió con los requisitos establecidos en el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia

La República Argentina:

51. La cláusula de solución de controversias contenida en el Artículo 8(2) y (3) del TBI Argentina-Italia requiere que los inversores sometan la controversia ante los tribunales locales durante 18 meses antes de iniciar un arbitraje internacional. El uso del verbo permisivo “podrá” (“*potrà*” en italiano) indica que un inversor no está obligado a someter la controversia a un sistema obligatorio de solución de controversias, sino que podría continuar con las consultas amistosas por el tiempo que lo desee e incluso dejar la controversia latente indefinidamente. Sin embargo, no significa que si el inversor desea iniciar un procedimiento de arbitraje internacional esté exento de someter primero la disputa ante los tribunales locales y a partir de allí esperar 18 meses antes de proceder con el arbitraje internacional.

52. De hecho, si las consultas amistosas no resultaran exitosas, entonces, de conformidad con el Artículo 8(3), un inversor podría someter la disputa a arbitraje internacional sólo si fue previamente presentada en la jurisdicción de los órganos

administrativos o judiciales competentes por al menos 18 meses. Una interpretación diferente privaría a la primera mitad del Artículo 8(3) de todo propósito y efecto, en violación de los cánones de interpretación de tratados de *effet utile* (efecto útil) o *ut res magis valeat quam pereat* (la cuestión debe surtir efecto y no fracasar).

53. Al no haber cumplido Impregilo con el requisito del TBI Argentina-Italia de someter la controversia durante 18 meses a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la República Argentina antes de presentar el arbitraje, el reclamo debe ser rechazado. Los laudos dictados por los tribunales en los casos CIADI *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*³ y *TSA c. República Argentina*⁴ respaldan la posición de la República Argentina en este sentido.

54. De hecho, Impregilo no sometió la controversia a la “jurisdicción administrativa o judicial competente”; por lo tanto, bajo ninguna circunstancia puede considerarse que haya cumplido con la condición establecida en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia con respecto a su consentimiento de someter la controversia a arbitraje internacional.

55. Asimismo, Impregilo no puede ampararse en la cláusula de la nación más favorecida (“NMF”) contenida en el Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia para eludir la obligación de acudir a la jurisdicción local durante 18 meses. Esta cláusula no puede utilizarse para evitar la obligación de acudir a la jurisdicción administrativa o judicial competente durante 18 meses. Existen como mínimo cuatro razones para rechazar el argumento de que el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos debería importarse al TBI Argentina-Italia por aplicación de la cláusula NMF: (i) no le otorga efectos adecuados a los términos de la cláusula NMF; (ii) la cláusula NMF alude al tratamiento “en el territorio”, mientras que el arbitraje tiene lugar fuera de Argentina y de sus poderes soberanos; (iii) el acudir a los tribunales locales no puede ser considerado desfavorable para los inversores; y (iv) la cláusula de los 18 meses es una cláusula esencial del TBI y, por ende, Impregilo no puede alegar la cláusula NMF para no cumplir con ella.

56. La cláusula NMF, contenida en el Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia, se refiere a “inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante, a las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas y a todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo”. Hay dos elementos específicos enumerados – “inversiones” y “ganancias y actividades vinculadas con [...] las inversiones” – seguidos, en la misma cláusula, sin separación de coma, por un tercer término general: “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo”. Conforme al principio *ejusdem generis*, el término general es aplicable exclusivamente al objeto de los elementos específicos, es decir, las inversiones. Por lo tanto, cuando la cláusula NMF requiere “un trato no menos favorable” para “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo”, se está refiriendo a las cuestiones relativas a inversiones. El arbitraje y sus precondiciones conforme al Artículo 8, entre las que se incluye el requisito de recurrir a una jurisdicción local durante 18 meses, no alude a las

³ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/14 (“*Wintershall*”), Laudo del 8 de diciembre de 2008, párrafos 114-22.

⁴ *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/05/5 (“*TSA*”), Laudo del 19 de diciembre de 2008, párrafos 98, 107 y 110-12.

inversiones, sino, en cambio, a un procedimiento de resolución de controversias en virtud del TBI. Asimismo, el arbitraje CIADI no constituye un “trato” que Argentina les brinda a sus inversores, sino un procedimiento al que Argentina es sometida por iniciativa del inversor. Por consiguiente, la cláusula NMF no se aplica al Artículo 8.

57. El principio *effet utile* sustenta tal conclusión. Si el término general final, de la cláusula NMF, “todas las demás cuestiones” comprendiera todo lo mencionado en el TBI inclusive el Artículo 8, ello tornaría los dos primeros términos específicos insignificantes —el TBI podría haber establecido sólo el término general final y éste habría tenido el mismo significado—.

58. Asimismo, si bien la opinión de los precedentes que interpretan si la cláusula NMF es aplicable a una cláusula de resolución de controversias se encuentra dividida, los laudos universalmente coinciden en que, en virtud del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cada caso depende del lenguaje y el contexto exactos de la cláusula NMF en cuestión.

59. La cláusula NMF también se encuentra limitada en su aplicación territorial. Cada Estado sólo debe acordar un trato no menos favorable “en el ámbito de su territorio” (“*nel proprio territorio*” en italiano). No exige trato más favorable fuera del territorio del Estado. Conforme al TBI Argentina-Italia, el territorio de la República Argentina es definido físicamente y se considera que comprende sus “límites terrestres y marítimos” y sus “zonas marinas”. Dicha limitación territorial excluye las condiciones de participación en un arbitraje CIADI del alcance de la cláusula NMF, porque el arbitraje CIADI es un arbitraje genuinamente transnacional que se rige por un tratado multilateral y se encuentra totalmente apartado de toda jurisdicción nacional, ya sea del asiento del CIADI o del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje, y mucho menos la del Estado demandado. En consonancia con ello, no existe fundamento alguno para invocar la cláusula NMF con respecto a las condiciones de recurso a arbitraje internacional, entre las que se incluye el requisito de acceso a la jurisdicción local durante 18 meses previos al arbitraje internacional en virtud del Artículo 8.

60. Por último, el Artículo 3(1) requiere que los Estados receptores otorguen “un trato no menos favorable a aquél otorgado a sus propios inversores o a inversores de terceros países”. Aun en el supuesto de que el Tribunal fuera a aplicar la cláusula NMF al Artículo 8 (lo que no debería hacer) a fin de utilizar las disposiciones sobre resolución de controversias del TBI Argentina-Estados Unidos, Impregilo tiene la carga de establecer que aquél dispone un trato “más favorable” que el TBI Argentina-Italia. Sin embargo, Impregilo no lo ha hecho ni podrá hacerlo.

61. Impregilo no tenía impedimentos para presentar reclamos judiciales. Impregilo no alega —ni podría hacerlo— que fue privada del derecho de jurisdicción o de las garantías del debido proceso. La prueba está en las numerosas decisiones adoptadas por la Justicia argentina en menos de 18 meses, muchas de las cuales son definitivas. Medidas como las aquí cuestionadas pueden y han sido juzgadas por los tribunales argentinos y en muchos casos se han dictado decisiones sobre el fondo en plazos menores al año. Ello demuestra que en la República Argentina existen recursos para que el Poder Judicial resuelva rápidamente.

62. El Artículo 8 del TBI Argentina-Italia articula un mecanismo de resolución de controversias secuencial y de múltiples etapas, que lleva finalmente, si fuera aún necesario, a un consentimiento limitado a arbitraje por parte de ambos soberanos. Las Partes diseñaron y negociaron dicho proceso como un todo y obviamente pensaron que las disposiciones tenían significado. A Impregilo no debería permitírsele reordenar el “paquete” negociado mediante la elección de partes de las docenas de TBI celebrados por Argentina.

63. El propósito de las cláusulas de “18 meses” es darle a los Estados la posibilidad de resolver la controversia a través de sus órganos judiciales y potencialmente resolver cualquier violación de derecho internacional. Esta es la razón de por qué ese requerimiento ha sido negociado especialmente por Argentina con ciertos Estados y por qué Estados exportadores de capital inclusive mantienen cláusulas similares con plazos más prolongados.

64. Impregilo no puede eximirse de cumplir con el Artículo 8.2 del TBI Argentina-Italia alegando la cláusula NMF ya que la cláusula de los “18 meses” fue especialmente negociada, no sólo con Italia, sino con los demás Estados en cuyos TBI se la incluyó. No se trata de una cláusula existente en todos los TBI suscriptos por Argentina, lo que evidencia que fue la intención de los Estados negociadores de esos tratados incluirla como una disposición especial y vinculante al igual que el resto de las disposiciones de tales instrumentos. Prueba de ello es que luego de haber celebrado tratados que no tenían la cláusula de los 18 meses, Argentina en ciertos casos siguió celebrando tratados con cláusulas de 18 meses.

65. También puede hacerse referencia al análisis en el caso *Vladimir Berschader c. Federación de Rusia*⁵ sobre la frase “todas las cuestiones relativas a” contenidas en muchos TBI y similar a la frase “las demás cuestiones reguladas en este Acuerdo” contenida en el Artículo 3(1) del Tratado Argentina-Italia. Los laudos dictados en los casos CIADI *Salini*⁶, *Plama*⁷, *Telenor*⁸ y *Wintershall*⁹ también respaldan la posición de la República Argentina sobre esta cuestión.

Impregilo:

66. El Artículo 8(2) del TBI establece que la controversia *podrá* ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial del Estado donde se encuentra ubicada la inversión. A diferencia de otros TBI, no establece que *debe* ser sometida a los tribunales o autoridades locales. Por lo tanto, puede concluirse que someter la controversia a los tribunales locales es una opción y no un requisito obligatorio.

⁵ *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. Federación Rusa*, Caso SCC N° 080/2004 (“*Berschader*”), Laudo del 21 de abril de 2006, párrafos 183-208.

⁶ *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI N° ARB/02/13 (“*Salini*”), Decisión sobre Jurisdicción del 9 de noviembre de 2004, párrafos 116-19.

⁷ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24 (“*Plama*”), Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2005, párrafos 183-227.

⁸ *Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/04/15 (“*Telenor*”), Laudo del 13 de septiembre de 2006, párrafos 83-101.

⁹ *Wintershall*, *supra* nota 3, párrafos 161-68.

67. Durante varios años Impregilo intentó de buena fe solucionar la diferencia suscitada con Argentina, pero la controversia no hizo más que empeorar para culminar finalmente con la rescisión ilegítima del Contrato de Concesión a mediados de 2006.

68. Además, AGBA recurrió constantemente a los tribunales administrativos y judiciales internos con la esperanza de que revirtieran las decisiones de la Provincia, cosa que jamás ocurrió. Los tribunales argentinos tuvieron y aún tienen la oportunidad de resolver sobre los hechos que generaron el presente arbitraje, no obstante lo cual o bien no lo hicieron o bien respaldaron la postura del Poder Ejecutivo.

69. En el presente arbitraje, la República Argentina – más de ocho años después de que se produjeran los primeros hechos que dieron origen a esta diferencia – argumenta que el Tribunal no tiene competencia. Argentina sostiene (i) que Impregilo no respetó el período de “consultas amistosas”, (ii) que Impregilo no respetó el período de 18 meses para el sometimiento de la controversia a los tribunales internos, y (iii) que la lectura que hace Impregilo del alcance de la cláusula NMF es incorrecta.

70. La excepción de la República Argentina no toma en consideración el hecho de que los tribunales administrativos y judiciales de Argentina tuvieron oportunidad de resolver sobre los hechos del presente caso. No obstante, o bien no resolvieron o no respaldaron las medidas. Se trata de reclamos que se basaron exclusivamente en cuestiones de índole contractual – si bien compartían los mismos antecedentes fácticos que los reclamos planteados a este Tribunal al amparo del TBI – y los tribunales argentinos contaron con mucho más que dieciocho meses para resolver sobre los hechos que dieron origen a la presente controversia.

71. El Tribunal del caso *TSA c. Argentina* entendió que los períodos de tramitación ante los tribunales administrativos o judiciales internos tienen por objeto permitir “amplias posibilidades de obtener una compensación a nivel nacional dentro de dicho período de tiempo”¹⁰. La CIJ en el caso *Interhandel* – en relación con el requisito del agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional consuetudinario – entendió que “al Estado demandado debe permitírsele primero la oportunidad de reparar, por sus propios medios y en el marco de su propio ordenamiento jurídico interno, el ilícito supuestamente cometido contra la persona”¹¹. Los tribunales argentinos no lo hicieron a pesar de haber contado con tiempo más que suficiente para ello. El hecho de que haya sido AGBA – y no Impregilo – la parte actora en esos casos no es relevante a los efectos de la presentación de la controversia ante los tribunales internos.

72. Por consiguiente, el argumento de Argentina de que no se cumplió con el período de 18 meses pasa por alto el hecho de que se ha satisfecho el fin principal de ese período – que los tribunales de Argentina tuvieran oportunidad de revertir las medidas que dieron origen a la controversia – y que incluso estarían reunidos los requisitos que

¹⁰ *TSA*, *supra* nota 4, párrafo 110.

¹¹ *Caso Interhandel (Suiza c. Estados Unidos)*, Sentencia del 21 de marzo de 1959, 1959 ICJ Rep. 5, 27.

se exigen en el derecho internacional consuetudinario para el agotamiento de los recursos internos.

73. Impregilo hace hincapié en que sería inútil intentar obtener un resarcimiento en el sistema jurídico argentino. Los tribunales administrativos y judiciales de Argentina tuvieron oportunidad de revertir las medidas del Gobierno argentino que dieron origen al presente arbitraje al amparo del TBI. Así queda demostrado por la mera presentación de la disputa ante este Tribunal por parte de Impregilo. Pero además, la inutilidad de la tramitación de esta controversia durante dieciocho meses también encuentra sustento en el hecho de que ello no podría conducir a que en ese plazo se dictara una sentencia de fondo. En otras palabras, sería ineficaz recurrir a los tribunales locales durante dieciocho meses e implicaría que Impregilo debería realizar gastos desproporcionados.

74. Si la disposición que establece el período de 18 meses para el sometimiento ante los tribunales internos fuera interpretada como un requisito obligatorio – cosa que no es cierta – Impregilo invoca subsidiariamente la cláusula NMF contenida en el Artículo 3(1) del TBI. El alcance de esta disposición es muy amplio, dado que en realidad establece que el trato de NMF deberá extenderse a *todas* las cuestiones reguladas por el TBI. Este amplio alcance incluye, claramente, la cláusula de resolución de controversias del TBI. Por lo tanto, Impregilo solicita que se aplique la cláusula de resolución de controversias contenida en el TBI Argentina-Estados Unidos. Esta posibilidad ha sido aceptada en forma unánime por diversos tribunales en casos en los que Argentina era una de las partes y en controversias que también involucraban contratos de concesión similares al que es objeto del presente caso. Se hace referencia a los casos *Maffezini c. España*¹², *Ambatielos*¹³, *Siemens c. Argentina*¹⁴, *Gas Natural c. Argentina*¹⁵, *Suez c. Argentina*¹⁶, *National Grid c. Argentina*¹⁷ y *Camuzzi c. Argentina*¹⁸.

75. Los casos a los que se refiere la Demandada, es decir, *Salini, Plama, Berschader, Telenor* y *Wintershall* pueden distinguirse fácilmente del presente caso.

76. Basándose en la cláusula NMF, Impregilo invoca la cláusula de resolución de controversias contenida en el TBI Argentina-Estados Unidos, que no prevé el

¹² *Emilio Agustín Maffezini c. España*. Caso CIADI N° ARB/97/7 (“*Maffezini*”), Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero de 2000.

¹³ *The Ambatielos Claim (Grecia c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)*, Laudo del 6 de marzo de 1956, UNRIAA, Vol. XII, 83.

¹⁴ *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8 (“*Siemens*”), Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004.

¹⁵ *Gas Natural SDG, S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/10 (“*Gas Natural*”), Decisión del Tribunal sobre Preguntas Preliminares a la Jurisdicción del 17 de junio de 2005.

¹⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/17 (“*Suez*”), Decisión sobre Jurisdicción del 16 de mayo de 2006.

¹⁷ *National Grid Plc c. Argentina*, CNUDMI (“*National Grid*”), Decisión sobre Jurisdicción del 20 de junio de 2006.

¹⁸ *Camuzzi Int’l S.A. c. Argentina*. Caso CIADI N° ARB/03/7 (“*Camuzzi II*”), Decisión sobre Jurisdicción del 10 de junio de 2005.

procedimiento de espera de 18 meses para que los tribunales internos resuelvan la controversia antes de que el inversor pueda recurrir al arbitraje internacional. El TBI Argentina-Estados Unidos únicamente establece un período de consulta de seis meses para que las partes intenten resolver la controversia. Este período de seis meses establecido en la cláusula de resolución de controversias del TBI Argentina-Estados Unidos constituye un trato más favorable, dado que le permitiría a Impregilo saltarse un paso formal, inútil y excesivamente oneroso establecido en el TBI.

77. Impregilo no ha sometido la presente controversia ante los tribunales administrativos o judiciales de la República Argentina ni a ningún otro procedimiento de resolución de conflictos aplicable que haya sido previamente acordado. Por lo tanto, el primer requisito establecido en el TBI Argentina-Estados Unidos ha sido cumplido.

78. El 24 de enero de 2006, Impregilo envió una carta al Gobierno Nacional argentino mediante la cual le notificaba formalmente la disputa en cuestión y su intención de resolver el problema mediante consultas y negociaciones, así como también su intención de someter la controversia a arbitraje internacional al amparo del TBI si la cuestión no podía resolverse a través de dichas consultas o negociaciones. El período de seis meses desde que esta carta fue enviada concluyó el 24 de julio de 2006 y la disputa continúa sin resolverse. Por ende, el segundo requisito establecido en el TBI Argentina-Estados Unidos también ha sido cumplido.

El Tribunal de Arbitraje:

(i) El Artículo 8(2) y (3) del TBI

79. El Artículo 8(2) del TBI Argentina-Italia establece que, si una controversia no puede resolverse en forma amigable, podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial de la Parte en cuyo territorio está situada la inversión. El TBI no dispone que la parte “deberá” someter el caso ante un tribunal local.

80. Sin embargo, existe una fuerte conexión entre el Artículo 8(2) y el Artículo 8(3), que establece que podrá iniciarse un arbitraje internacional cuando, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el Artículo 8(2), la controversia entre el inversor y la Parte Contratante subsista.

81. En consecuencia, existe, por un lado, una cláusula que dispone que *podrá* iniciarse un procedimiento ante los tribunales locales y, por otro, una cláusula que dispone, *como condición para el arbitraje*, que tal procedimiento haya existido y que haya tenido lugar durante dieciocho meses.

82. Por lo tanto, existiría una cierta ambigüedad en el texto del TBI y las dos interpretaciones de ambos párrafos que se describen a continuación, al leerlos en conjunto, parecieran ser posibles:

(a) La primera interpretación (*Alternativa 1*) haría hincapié en el término “*podrá*” (“*potrá*”) y, por ende, en el carácter opcional del Artículo 8(2) y llevaría a la conclusión de que, como el Artículo 8(2) establece que el inversor *podrá* someter la

controversia ante los tribunales locales, debería interpretarse que el Artículo 8(3) significa que la condición de que se haya iniciado un procedimiento previo ante los tribunales locales contenida en el Artículo 8(3) sólo se aplica si el inversor ha hecho uso de esa opción y efectivamente inició un procedimiento ante los tribunales locales mientras que, si no lo ha hecho, tendría plena libertad de proceder con el arbitraje internacional sin más.

(b) La segunda interpretación (*Alternativa 2*) sería que, si bien el Artículo 8(2) establece que el inversor *podrá* someter la controversia a la jurisdicción local, se desprende del Artículo 8(3) que, si el inversor desea someter una controversia a un arbitraje internacional, primero debe hacerlo ante la jurisdicción local y respetar el período de espera de dieciocho meses.

83. El Tribunal de Arbitraje observa que, cualquiera sea la interpretación elegida, el término “podrá” incluido en el Artículo 8(2) encuentra justificativo en el sentido de que el inversor no se encuentra obligado a someter la disputa ante los tribunales locales. La única interrogante que surge en relación con el texto del Artículo 8(2) es cuáles serían las consecuencias jurídicas, si las hubiere, si el inversor no somete la diferencia ante los tribunales locales.

84. Puede observarse que el término “podrá” también es utilizado en el Artículo 8(3) respecto del inicio de un procedimiento arbitral. En este caso, tampoco existe obligación alguna de someter la controversia al arbitraje internacional.

85. Por otro lado, cabe señalar que existen otros TBI que establecen que el inversor *deberá* someter toda controversia ante los tribunales o las autoridades locales.

86. En opinión de este Tribunal de Arbitraje, las diferencias terminológicas entre los TBI no significan necesariamente que se haya tenido la intención de generar una diferencia sustancial. La ambigüedad a la que puedan dar lugar debe resolverse mediante la lectura de las disposiciones teniendo en cuenta no sólo su redacción sino también su contexto (cf. Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El contexto inmediato del Artículo 8(2) es el Artículo 8(3), y al leer ambas disposiciones en conjunto, debe otorgárseles un significado razonable.

87. La Alternativa 1 mencionada anteriormente implicaría que si el inversor no somete la controversia a la jurisdicción local, la condición establecida en el Artículo 8(3) del TBI no es aplicable. En otras palabras, el inversor siempre podría elegir libremente entre el arbitraje internacional inmediato o dicho arbitraje precedido por un procedimiento local durante un período de dieciocho meses como mínimo.

88. El Tribunal de Arbitraje considera poco probable que esto haya sido lo que tenían en mente las partes contratantes del TBI. El Gobierno Argentino debe haber deseado brindar primero una oportunidad a sus tribunales para resolver las controversias suscitadas entre el Estado y los inversores extranjeros. Este beneficio no se concretaría, por supuesto, si se interpretara el Artículo 8(3) según la Alternativa 1.

89. Más aún, el texto del Artículo 8(3) indica que contiene una condición general para el arbitraje internacional y no existe excepción alguna para el caso de que no se haya iniciado un procedimiento ante la jurisdicción local. Si la intención hubiera sido

establecer una excepción de esa naturaleza, el texto probablemente hubiese sido diferente. Una redacción apropiada en ese sentido habría sido, por ejemplo: “Si la controversia no ha sido sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente conforme al párrafo 2 anterior, o si la controversia, luego de haber sido sometida a tales jurisdicciones, subsiste dieciocho meses después de haberse iniciado el procedimiento ante ellas, podrá ser sometida a arbitraje internacional - - -”.

90. Según el texto actual, el Tribunal considera que el Artículo 8(3) debe interpretarse según la Alternativa 2 o, en otras palabras, debe considerarse que establece una condición general que debe ser cumplida por el inversor que desea someter la controversia a arbitraje internacional. La condición a cumplir es doble: en primer lugar, debe someterse la controversia a la jurisdicción local y, en segundo lugar, debe aguardarse dieciocho meses antes de recurrir al arbitraje internacional. Esta condición no fue cumplida por Impregilo.

91. Esta conclusión, según la cual el Artículo 8(3) establece un requisito jurisdiccional obligatorio – aunque limitado en el tiempo – antes de que pueda ejercerse el derecho a someter un caso ante el CIADI, encuentra respaldo, además, en otras decisiones que han arribado a la misma conclusión con respecto a cláusulas de similar redacción.

92. El tribunal en el caso *Maffezini* determinó que recurrir primero a los tribunales locales era un requisito jurisdiccional que debía ser respetado:

“35. ... las Partes Contratantes del ABI —Argentina y España—quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo señalado de dieciocho meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional [...] Si éste hubiera sido el único argumento del Demandante sobre esta material, el Tribunal habría tenido que concluir que, en vista de que el Demandante no ha sometido el caso a los tribunales españoles como lo exige el Artículo X(2) del ABI, el Centro carecería de jurisdicción y el Tribunal no era competente para considerar el caso”¹⁹.

93. *Wintershall* adopta el mismo enfoque:

“155. Sin duda, la promoción y protección de las inversiones es uno de los objetos o propósitos del TBI, pero en el TBI Argentina-Alemania esa promoción y protección ha de realizarse “mediante un tratado” (o sea, conforme a los términos del Tratado, es decir, el TBI), lo cual no podría de ningún modo excluir las disposiciones del Artículo 10(2). Si el objeto y propósito perseguidos hubieran consistido en admitir un acceso directo, inmediato e irrestricto al arbitraje del CIADI, la inclusión del Artículo 10(2) habría resultado ociosa y superflua. Por lo tanto, la suposición y afirmación hechas en este procedimiento (y también en algunas decisiones dictadas por los tribunales del CIADI) de que, siendo el objeto y propósito del TBI la protección y promoción de las inversiones, debe presumirse un acceso directo irrestricto al CIADI va en contra del texto (y del contexto) de este TBI, es decir, del TBI Argentina-Alemania.

4. Conclusión sobre el primer aspecto de la primera excepción preliminar sobre jurisdicción de Argentina

156. En conclusión, por las razones arriba mencionadas, el Tribunal resuelve, en relación con esta primera parte de la primera excepción preliminar opuesta por Argentina sobre jurisdicción, que *Wintershall* (la Demandante) no podía dejar de cumplir lo dispuesto en el Artículo 10(2) del TBI Argentina-Alemania antes de iniciar los procedimientos de arbitraje. Puesto que la

¹⁹ *Maffezini*, *supra* nota 12, párrafo 35.

Demandante no podía dejar de cumplir con lo dispuesto en el Artículo 10(2), el Tribunal carece de competencia para entender en la reclamación y proceder a analizar el fondo de la diferencia”.

94. En conclusión, el Artículo 8(3) contiene un requisito jurisdiccional que debe ser observado antes de que un tribunal del CIADI pueda declararse competente. Esta decisión es congruente con aquella adoptada en *Wintershall*, donde se concluyó, respecto de una cláusula muy similar contenida en el TBI Argentina-Alemania, que “[e]l Artículo 10(2) contiene una cláusula de restricción temporal relativa al previo accionamiento ante los tribunales locales; dicha cláusula obliga (y no simplemente autoriza) al inversor a litigar (durante un período determinado) ante el foro local”²⁰, antes de que el derecho a someter la controversia ante el CIADI pueda siquiera concretarse. Dado que Impregilo no ha cumplido con este requisito, el Tribunal no puede determinar que existe competencia con fundamento en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia.

(b) La cláusula NMF

95. Sin embargo, Impregilo también invocó la cláusula NMF contenida en el Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia y ha argumentado que, por aplicación de esa cláusula, las normas más favorables contenidas en el TBI Argentina-Estados Unidos deberían aplicarse a la controversia. De conformidad con la cláusula de resolución de controversias establecida en el Artículo VII de dicho TBI, el inversor puede elegir someter la controversia para su resolución ante los tribunales judiciales o administrativos locales o bien someterla a los procedimientos de resolución de conflictos previamente acordados o, luego de seis meses desde la fecha en que surgió la controversia, someterla a arbitraje internacional.

96. El Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia establece que “[c]ada Parte Contratante, en el ámbito de su territorio, acordará a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante, a las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas y a todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo, un trato no menos favorable a aquél otorgado a sus propios inversores o a inversores de terceros países”.

97. En respaldo de su afirmación de que la cláusula NMF no puede aplicarse, la República Argentina ha argumentado que:

(a) la interpretación de Impregilo no le otorga efectos apropiados a los términos de la cláusula NMF,

(b) la cláusula NMF alude al tratamiento otorgado por la Parte Contratante “en el ámbito de su territorio”, mientras que el arbitraje tiene lugar fuera de Argentina y de sus poderes soberanos,

(c) el acudir a los tribunales locales no puede ser considerado desfavorable para los inversores, y

(d) la cláusula de los 18 meses es una cláusula esencial del TBI y, por ende, no puede ser dejada de lado por la cláusula NMF.

²⁰ *Wintershall*, *supra* nota 3, párrafo 118.

98. En el punto (a), la República Argentina sustenta su argumento en el texto de la cláusula NMF contenida en el Artículo 3(1) que se aplica al “trato” y que, antes de referirse a “todas las demás cuestiones”, enumera a las “inversiones” y a “las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas”.

99. El Tribunal de Arbitraje opina que el término “trato” en sí mismo es lo suficientemente amplio como para aplicarse también a las cuestiones procesales, tales como la resolución de controversias. Asimismo, la frase “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo” ciertamente es lo suficientemente amplia como para incluir las normas de resolución de conflictos. El argumento de que el principio *ejusdem generis* limitaría esta aplicación a cuestiones similares a las “inversiones” y a las “las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas” no resulta convincente, dado que la redacción no permite leer la frase “todas las demás cuestiones” como un equivalente de “todas las demás cuestiones similares” o “todas las demás cuestiones de la misma especie”. Tampoco resulta convincente el argumento de que un concepto de alcance general como “todas las demás cuestiones” tornaría superfluos los términos “inversiones” y “ganancias y actividades vinculadas con aquéllas” mencionados previamente, dado que, de hecho, incluir ejemplos típicos, incluso en disposiciones de aplicación general, no es algo inusual en la redacción jurídica.

100. En cuanto al punto (b), el Tribunal de Arbitraje acepta que la frase “en el ámbito de su territorio” limita el alcance de la cláusula NMF. Sin embargo, en el presente caso, la cuestión de qué protección legal ofrecerá Argentina a los inversores extranjeros no es, bajo ninguna circunstancia, un tema sobre el cual Argentina no tenga poder de decisión alguno, ni está ligado a ningún territorio en particular. Por lo tanto, el Tribunal considera que la frase “en el ámbito de su territorio” no excluye la aplicación de la cláusula NMF a la resolución de controversias.

101. En cuanto al punto (c), el Tribunal de Arbitraje considera que la pregunta relevante no es si recurrir a los tribunales locales es más o menos favorable para los inversores que recurrir al arbitraje internacional. En realidad, lo que debe considerarse es si la *opción* de recurrir a un procedimiento local o al arbitraje internacional, tal como ocurre con el TBI Argentina-Estados Unidos, es más favorable para el inversor que un procedimiento local obligatorio antes de poder tener acceso al arbitraje. En general, y definitivamente en este caso, la respuesta a esta pregunta es evidente: un sistema que brinda una opción es más favorable para el inversor que un sistema que no brinda opción alguna.

102. Por último, el punto (d) plantea una situación más compleja. En este sentido, la República Argentina ha señalado, entre otras cuestiones, que Argentina ha incluido en muchos de sus TBIs, incluso aquellos concluidos con posterioridad al TBI Argentina-Estados Unidos, una cláusula sobre procedimientos locales y un período de espera de dieciocho meses. Ello podría considerarse un indicio de que Argentina no tenía ninguna intención de que dichas cláusulas fueran reemplazadas, a través de cláusulas de NMF contenidas en los mismos TBIs, por las reglas del TBI Argentina-Estados Unidos por ser más favorables para el inversor. Sin embargo, el argumento se torna menos convincente en el presente caso, dado que el TBI Argentina-Italia (firmado el 22 de mayo de 1990) es anterior al TBI Argentina-Estados Unidos (firmado el 14 de noviembre de 1991).

103. El Tribunal de Arbitraje también debe otorgarle una importancia particular al texto de la cláusula NMF, la cual extiende su alcance a “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo”. Dada la amplitud de este lenguaje, debe considerarse que la cláusula incluye las normas de resolución de controversias.

104. El Tribunal de Arbitraje advierte, además, que existe un gran número de casos en la jurisprudencia que indica que, al menos cuando existe una cláusula NMF que se aplica a “todas las demás cuestiones” reguladas en el TBI, se incorporarán las cláusulas de resolución de controversias más favorables contenidas en otros TBI. Los casos más relevantes son *Maffezini*²¹, *Gas Natural*²², *Suez*²³, *Suez*²⁴ y *Camuzzi*²⁵.

105. Incluso en algunos casos – aunque no en todos – donde las cláusulas NMF no eran tan amplias y sólo establecían que se otorgara un trato de NMF a los inversores y a las inversiones, los tribunales determinaron que ello era suficiente para incluir la resolución de controversias. Algunos casos ejemplificativos son *Siemens*²⁶, *National Grid*²⁷ y *RosInvest*²⁸.

106. Sin embargo, la jurisprudencia no es completamente uniforme en la medida en que existe al menos un caso en el que el tribunal determinó, a pesar de que la cláusula NMF incluía “todas las demás cuestiones”, que era insuficiente para que la cláusula se aplicara a la resolución de controversias. El caso mencionado es *Berschader*, pero cabe señalar que uno de los árbitros estaba en total desacuerdo sobre este punto y que, además, existían algunos elementos especiales que contribuyeron a ese resultado.²⁹

²¹ *Maffezini*, *supra* nota 12, párrafos 38-64.

²² *Gas Natural*, *supra* nota 15, párrafos 41-49.

²³ *Suez*, *supra* nota 16, párrafos 52-66.

²⁴ *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/19 (“*Suez II*”), Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2006, párrafos 52-68.

²⁵ *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/2 (“*Camuzzi I*”), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 11 de mayo de 2005, párrafos 120-21.

²⁶ *Siemens*, *supra* nota 14, párrafos 87-90.

²⁷ *National Grid*, *supra* nota 17, párrafos 79-94.

²⁸ *RosInvest c. Federación Rusa*, Caso SCC N° V079/2005 (“*RosInvest*”), Decisión sobre Jurisdicción de octubre 2007, párrafos 124-39.

²⁹ *Berschader*, Opinión Disidente del Prof. Todd Weiler, párrafos 15-25; *Berschader*, Laudo sobre Jurisdicción, párrafos 185 – 208. En particular, la cláusula NMF en el caso *Berschader* disponía que se aplicaría “particularmente a los Artículos 4, 5 y 6” (traducción del Tribunal), es decir, trato justo y equitativo, no expropiación y libre transferencia de fondos, pero no incluía dentro de la lista al Artículo 10 del TBI que versaba sobre la resolución de controversias; en consecuencia, el tribunal concluyó que el sentido corriente de “todas las demás cuestiones reguladas por este Tratado” no era que la cláusula NMF se extendía a todas las cuestiones reguladas en el Tratado. *Íd.* párrafo 194. Además, el tribunal señaló que no había claridad en la jurisprudencia al momento de celebración del TBI en cuanto a si las cláusulas sobre arbitraje eran alcanzadas por las cláusulas NMF y, por lo tanto, las Partes simplemente podían no haber contemplado esa situación. *Íd.* párrafo 202. Por último, el tribunal tuvo en cuenta la práctica relacionada con los TBI de la Unión Soviética que demostraba que la Unión Soviética implementaba una política de no prestar nunca su consentimiento al arbitraje en un TBI respecto de cuestiones referidas a si un acto de expropiación había ocurrido o no, práctica que derivaba de la particular opinión que mantenía dicho Estado sobre la soberanía. En

107. En otros casos en los que se consideró que las normas de resolución de controversias contenidas en otros TBI no resultaban incorporadas por la aplicación de las cláusulas NMF, dichas cláusulas no eran aplicables, según sus propios términos, a “todas las demás cuestiones”, sino que disponían que se otorgara un trato de NMF a los inversores o a las inversiones. El Tribunal de Arbitraje hace referencia en este sentido a los casos *Salini*³⁰, *Plama*³¹, *Telenor*³² y *Wintershall*³³. De los laudos mencionados se desprende que algunos tribunales han hecho reservas bastante fuertes en torno a la evolución general de la jurisprudencia en esta área. Por lo tanto, resulta claro que estas cuestiones continúan siendo controversiales y que la jurisprudencia predominante que se ha desarrollado no es aceptada en forma unánime.

108. No obstante, el Tribunal de Arbitraje consideraría desafortunado el hecho de que la determinación de estas cuestiones dependiera en cada caso de las opiniones personales de cada árbitro. La mejor manera de evitar este resultado es llegar a una decisión basada en la jurisprudencia siempre que pueda distinguirse la existencia de una jurisprudencia clara. Es cierto, tal como fue señalado, que la jurisprudencia en torno a la aplicación de las cláusulas NMF a las normas de resolución de controversias no es del todo congruente. Sin embargo, en aquellos casos en que la cláusula NMF ha hecho referencia a “todas las demás cuestiones” o a “toda cuestión” regulada por el TBI, la conclusión ha sido casi unánime en el sentido de incluir las normas de resolución de controversias. Sobre esta base, la mayoría del Tribunal concluye que Impregilo tiene derecho a sustentar su reclamo, en este aspecto, sobre la base de las normas de resolución de controversias contenidas en el TBI Argentina-Estados Unidos y que no puede desestimarse el caso por la falta de cumplimiento con los requisitos establecidos en los Artículos 8(2) y 8(3) del TBI Argentina-Italia.

109. La Árbitro Stern no está de acuerdo con la aplicación de la cláusula NMF a la resolución de controversias. Sus conclusiones han sido volcadas en la opinión concurrente y disidente que se adjunta.

B. Segunda excepción: el CIADI carece de jurisdicción y el Tribunal carece de competencia para conocer sobre los reclamos indirectos o derivados de accionistas

La República Argentina:

110. Impregilo alega poseer directa e indirectamente el 42,58% de las acciones de AGBA e invoca esa participación accionaria y un aporte de capital realizado en su carácter de accionista en AGBA como su inversión en Argentina. El caso de Impregilo está basado en la supuesta afectación por parte de medidas de Argentina de

opinión del tribunal, ello “indicaba claramente” (traducción del Tribunal) que la Unión Soviética no tenía intención de extender la cláusula NMF a cuestiones relativas a la resolución de controversias. *Íd.* párrafo 204.

³⁰ *Salini*, *supra* nota 6, párrafos 116-19.

³¹ *Plama*, *supra* nota 7, párrafos 183-227.

³² *Telenor*, *supra* nota 8, párrafos 83-101.

³³ *Wintershall*, *supra* nota 3, párrafos 161-68.

ciertas garantías y protecciones otorgadas por el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión, afectación que a su vez habría dado lugar al no cumplimiento del Tratado.

111. Impregilo no alega una sola afectación a sus derechos como accionista sino que basa todos sus reclamos sobre medidas referidas exclusivamente al Contrato de Concesión y al Marco Regulatorio, instrumentos bajo los cuales Impregilo no tiene ni invoca derecho alguno. Se trata entonces de un típico reclamo indirecto o derivado — en el cual un accionista reclama una indemnización por medidas adoptadas en relación con la empresa en la que tiene acciones — respecto del cual el CIADI no tiene jurisdicción ni el Tribunal competencia.

112. No hay duda de que las sociedades son entidades legales diferentes de sus accionistas, con derechos y responsabilidades completamente diferentes. De igual forma, ha sido ampliamente reconocido que un accionista no tiene acciones individuales contra terceros por daños o perjuicios a la sociedad en la que tiene acciones, aun si sufre pérdidas resultantes de los daños a la sociedad, tales como la reducción del valor de sus acciones. El TBI no modifica la regla conforme a la cual los accionistas no pueden presentar demandas por los daños sufridos por una sociedad en la que tienen acciones. En este sentido, se hace referencia al caso *Barcelona Traction*³⁴. Una cuestión central en ese caso fue cómo trasplantar la figura jurídica del accionista en una sociedad anónima del derecho interno al derecho internacional. La respuesta dada por la Corte Internacional de Justicia fue que las características esenciales de esa figura deben ser preservadas cuando forma parte de un reclamo internacional. Los tribunales basados en tratados de inversión deben dar precisamente la misma respuesta.

113. Las demandas relacionadas con controversias relativas a inversiones pueden estar sujetas a la jurisdicción del CIADI siempre y cuando se satisfagan los requisitos previstos en el Convenio del CIADI y el TBI. Los límites de la competencia de un tribunal CIADI están definidos por criterios objetivos establecidos en el Artículo 25 del Convenio del CIADI. Al momento de redactar el Convenio del CIADI se consideró la posibilidad de permitirle a los accionistas controlantes de las sociedades locales entablar acciones directas. La razón era simple: muchos inversores operan a través de una sociedad local (ya sea porque lo requiere el Estado receptor o por elección de la sociedad) y tal sociedad quedaría excluida de la cobertura del Convenio del CIADI al ser ésta un nacional del Estado receptor de la inversión. Empero, la posibilidad de otorgarles a los accionistas controlantes de sociedades locales acceso directo al sistema del CIADI respecto de los derechos de la empresa local fue rechazada por completo. En su lugar se incluyó la posibilidad mencionada en el Artículo 25(2)(b) *in fine*: la posibilidad de que una sociedad local, controlada por un propietario extranjero, tenga el derecho de demandar a su propio Estado siempre que las partes hayan acordado que la sociedad local sea tratada como nacional del Estado receptor por estar sujeta a control extranjero. Este Artículo fue agregado por los redactores precisamente para evitar los problemas relacionados con los reclamos por acciones indirectas por parte de los accionistas extranjeros en sociedades de inversión constituidas localmente.

³⁴ *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España)*, Sentencia del 5 de febrero de 1970, 1970 ICJ Rep. 3 (“*Barcelona Traction*”).

114. Sin embargo, después de *CMS c. Argentina*³⁵, varios tribunales adoptaron la misma postura que en dicho caso de permitirles a los accionistas realizar demandas indirectas en relación con la disminución del valor de sus acciones. Lo hicieron ignorando por completo los contornos de los derechos subyacentes de las acciones en todos los sistemas legales internos y haciendo la vista gorda a las ramificaciones de una “solución” que le permita a cualquier accionista presentar una demanda en relación con cualquier perjuicio causado a la sociedad. Esta solución resulta perversa como cuestión de principio legal.

115. El tribunal de *CMS* y sus seguidores no trataron las ramificaciones de una aceptación sábana que permitiría la realización de cualquier tipo de demanda por daños indirectos por parte de los accionistas. La decisión de jurisdicción de *Pan American Energy c. Argentina*³⁶ es típica en su ambivalencia respecto de estos temas.

116. Por otra parte, fueron precisamente estos factores los que llevaron al tribunal de *GAMI c. México* a desestimar los reclamos de GAMI³⁷. Hay señales de que algunos tribunales están comenzando a reconocer que el enfoque de *CMS* para los reclamos por acciones indirectas no es sostenible. Al menos algunos tribunales ahora tratan el inconveniente de las demandas potencialmente ilimitadas en relación con el mismo daño. Por ejemplo, en *Enron c. Argentina*³⁸, el tribunal propuso que se adoptara la prueba de una “invitación”, mediante la determinación de si el inversor fue “invitado” a invertir en el Estado receptor. Es suficiente mencionar esta prueba para demostrar que es completamente subjetiva y claramente inaplicable.

117. Otros tribunales que debieron abordar este problema no brindaron ninguna solución³⁹.

118. De hecho, la admisibilidad de reclamos indirectos tiene varios problemas, uno de los más agudos sigue siendo el doble o inclusive múltiple recupero. Muchos tribunales en casos que involucran a Argentina han reconocido este problema⁴⁰, pero

³⁵ *CMS c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/8 (“*CMS*”), Decisión sobre Jurisdicción del 17 de julio de 2003, párrafos 36-65.

³⁶ *Pan American Energy LLC, BP Argentina Exploration Company, BP America Production Company, Pan American Sur S.R.L. y Pan American Continental, S.R.L. c. República Argentina*, Casos CIADI N° ARB/03/13 y ARB/04/8 (“*Pan American/BP*”), Decisión sobre las Excepciones Preliminares del 27 de julio de 2006, párrafos 209-22.

³⁷ *Gami Investments, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo del 15 de noviembre de 2004, párrafos 26-43.

³⁸ *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (“*Enron*”) del 14 de enero de 2004, párrafos 54-57.

³⁹ *Camuzzi I*, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, párrafo 37, y *Noble Energy Inc. y MachalaPower Cia Ltda. c. República de Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI N° ARB/05/12 (“*Noble*”), Decisión sobre Jurisdicción del 5 de marzo de 2008, párrafos 77-83.

⁴⁰ *Ver Enron*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafos 54-57; *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/16 (“*Sempra*”), Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 11 de mayo de 2005, párrafo 102; *Sempra*, Laudo del 28 de septiembre de 2007, párrafo 395; *Suez*, Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 51; *Pan American/BP*, Decisión sobre las Excepciones Preliminares, párrafos 209-22.

ninguno ha propuesto una solución. El tribunal de *Sempra* específicamente se refirió a la posibilidad de un doble recuperó “resultante, por un lado, de la indemnización que recibirá el inversor como resultado del arbitraje y, por el otro, de la indemnización que la empresa recibiría en el contexto de un ajuste renegociado de las tarifas o algún otro mecanismo”⁴¹. Para el tribunal, el doble recuperó no era probable. Sin embargo, el doble recuperó debe evitarse a través de consideraciones legales (tales como quién es el dueño de los derechos afectados, quién tiene el derecho a la compensación, etc.) y a través de la interpretación correcta de los instrumentos aplicables.

119. En el presente caso, AGBA ha iniciado acciones contra las medidas que también cuestiona Impregilo en este arbitraje. Es claro entonces que el doble recuperó es un riesgo muy concreto y real en este caso. Ningún tribunal actuando conforme a la ley y a la justicia puede admitir una acción que, además de inadmisibles, produce una posibilidad real para el demandado de tener que pagar dos o más veces por el mismo daño.

120. En síntesis, el Centro carece de jurisdicción y el Tribunal carece de competencia para entender sobre los reclamos indirectos como los presentados por Impregilo en el presente procedimiento.

Impregilo:

121. Impregilo no reclama en base a derechos de AGBA, sino que plantea estos reclamos en su propio nombre en carácter de inversor italiano titular de inversiones protegidas por el TBI Argentina-Italia. El derecho internacional y los tribunales de arbitraje en materia de inversiones han admitido reclamos planteados por accionistas en la misma situación que Impregilo.

122. Impregilo plantea la presente controversia ante el Tribunal porque Argentina:

(a) nacionalizó directamente la inversión de Impregilo en AGBA sin otorgarle ningún tipo de compensación;

(b) no le confirió a la inversión de Impregilo en AGBA un trato justo y equitativo;

(c) afectó, mediante la adopción de medidas injustificadas y discriminatorias, la gestión, la operación, el mantenimiento, el uso, el goce, la adquisición, la expansión o la liquidación de la inversión de Impregilo en AGBA;

(d) no le brindó entera protección y seguridad a la inversión de Impregilo en AGBA; y

(e) incumplió obligaciones específicas contraídas respecto de las inversiones de Impregilo en AGBA.

123. La inclusión de los accionistas queda confirmada por el Artículo 1(1)(b) del TBI, en el que se define a las inversiones como “todo aporte o bien invertido o reinvertido por personas físicas o jurídicas de una Parte Contratante en el territorio de la otra”, entre ellos “acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación aún

⁴¹ *Sempra*, Laudo, párrafo 395.

minoritaria o indirecta en las sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes”. Así, la tenencia accionaria de Impregilo en AGBA constituye una inversión protegida e Impregilo está habilitada para plantear un reclamo en relación con ella.

124. La protección de los accionistas queda también confirmada por el Preámbulo del TBI, que establece que el TBI contribuirá a estimular las iniciativas empresariales que favorezcan la prosperidad de las dos Partes Contratantes. Los inversores italianos creadores o titulares de acciones de sociedades argentinas contribuyen a “la prosperidad de” Argentina. Así, el propio objeto y fin del TBI comprende a los accionistas. El TBI no distingue en absoluto entre accionistas y otros tipos de inversores.

125. Por otra parte, los reclamos de los accionistas cuentan con amplio reconocimiento en el derecho internacional y en particular en el campo de los arbitrajes en materia de inversiones. Ello es consecuencia natural de que el objetivo de los TBI consista en alentar a los inversores extranjeros a adquirir acciones de una sociedad local en el Estado receptor de la inversión, a menudo porque así lo exige el Estado receptor. En el caso que aquí nos ocupa, el Gobierno Argentino exigió que el Consorcio ganador de la licitación de la concesión de agua en la Provincia de Buenos Aires constituyera una sociedad local. Si no protegiera a los inversores que se encuentran en la situación de Impregilo, el TBI perdería toda relevancia y sentido.

126. Los reclamos de Impregilo no son reclamos que le correspondan a AGBA y, por ende, sus reclamos no son indirectos. Impregilo planteó estos reclamos al amparo del TBI en su propio carácter de inversor italiano en Argentina, y esos reclamos surgen directamente de los derechos que le asisten en virtud del TBI. Que la calificación de una acción como acción surgida al amparo de un TBI es independiente de que también genere cuestiones o pretensiones locales es un hecho que cuenta con abundante respaldo en la jurisprudencia de los arbitrajes en materia de inversiones. El caso *Vivendi c. Argentina* presenta especial relevancia a los efectos de este caso. Los reclamos en aquel proceso se referían principalmente a actos de las autoridades argentinas que interfirieron en la ejecución de un contrato de concesión. El Comité de Anulación no dudó de que el accionista extranjero pudiera plantear sus propios reclamos al amparo del TBI Argentina-Francia⁴². En consecuencia, Impregilo está habilitada a alegar que la conducta de Argentina importó la violación del TBI aun si dicha conducta pudiera importar también la vulneración de los derechos de AGBA. Los reclamos de Impregilo son reclamos surgidos del TBI y de ninguna manera puede considerarse que importen el supuesto ejercicio de derechos legales de índole contractual.

127. El Gobierno Argentino ha planteado permanentemente la misma excepción que ya ha sido objeto de rechazo en diversas decisiones. A la luz de las decisiones de los casos *CMS*, *Azurix*, los dos casos de *Enron*, *LG&E*, *AES*, *Suez*, *BG*, *El Paso*, *PanAmerican/BP*, los dos casos planteados por *Camuzzi*, *Continental Casualty*, *Gas Natural*, *Siemens* y *Noble Energy*, la excepción formulada por Argentina con base en

⁴² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/97/3 (“*Vivendi*”), Decisión sobre Anulación del 3 de julio de 2002, párrafo 73.

los supuestos reclamos “indirectos” o “derivados” carece de fundamento⁴³. Además, los reclamos de los accionistas también merecieron la confirmación del Comité de Anulación que intervino en el caso CMS⁴⁴.

128. Los reclamos de los accionistas cuentan con amplio reconocimiento en la jurisprudencia del CIADI, incluso antes del caso *CMS c. Argentina*. Se hace referencia a los casos *AAPL c. Sri Lanka*⁴⁵, *AMTc. Zaire*⁴⁶, *Goetz c. Burundi*⁴⁷, *Maffezini c. España*⁴⁸ y *Genin c. Estonia*⁴⁹. El Comité de Anulación del caso *Vivendi* debió analizar si el inversor francés CGE podría haber planteado el reclamo en representación de CAA, la sociedad local, en su carácter de accionista controlante de esta última. El Comité consideró que la cuestión no tenía importancia ya que, de todas formas, CGE podría haber planteado el reclamo por su tenencia en CAA, que constituía una inversión protegida por el Tratado⁵⁰.

129. Impregilo es titular de acciones de una sociedad – AGBA – y, por ende, es titular de inversiones protegidas en los derechos contractuales y otros derechos de AGBA. Tal como lo entendieron muchos tribunales anteriores, en tales circunstancias a los accionistas como Impregilo les asiste el derecho directo a reclamar.

130. El caso *Barcelona Traction* no respalda la postura de Argentina. En ese caso, la cuestión que se le planteó a la Corte Internacional de Justicia fue si, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, Bélgica podía ejercer la protección diplomática respecto de pérdidas sufridas por accionistas belgas de una sociedad canadiense a raíz de los actos de las autoridades españolas que afectaron a esa

⁴³ Ver, en general, *CMS c. Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción; *Azurix Corp. c. Argentina*. Caso CIADI N° ARB/01/12 (“Azurix”), Decisión sobre Jurisdicción del 8 de diciembre de 2003; *Enron*, Decisión sobre Jurisdicción; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. Argentina*. Caso CIADI N° ARB/02/1 (“LG&E”), Decisión sobre Jurisdicción del 30 de abril de 2004; *AES Corp. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/17 (“AES”), Decisión sobre Jurisdicción del 26 de abril de 2005; *Vivendi I*. Decisión sobre Jurisdicción; ver también *Suez*, Decisión sobre Jurisdicción; *BG Group Plc c. Argentina*, Laudo Definitivo del 24 de diciembre de 2007; *El Paso c. Argentina*. Caso CIADI N° ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción del 27 de abril de 2006; *Pan American/BP*. Decisión sobre las Excepciones Preliminares del 27 de julio de 2006; *Camuzzi II*, Decisión sobre Jurisdicción del 10 de junio de 2005; *Continental Casualty Company c. Argentina*. Caso CIADI N° ARB/03/9 (“Continental Casualty”), Decisión sobre Jurisdicción del 22 de febrero de 2006; *Gas Natural*, Decisión del Tribunal sobre Preguntas Preliminares a la Jurisdicción; *Siemens*, Decisión sobre Jurisdicción; *Noble*, Decisión sobre Jurisdicción.

⁴⁴ *CMS*, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina del 1 de septiembre de 2006, párrafos 75-76.

⁴⁵ *Asian Agric. Prods., Ltd. (AAPL) c. Sri Lanka*, Caso CIADI N° ARB/87/3, Laudo del 27 de junio de 1990, párrafos 20-21.

⁴⁶ *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire*, Caso CIADI N° ARB/93/1, Laudo del 21 de febrero de 1997, párrafo 5.15. El TBI aplicable definía a las inversiones como, entre otras cosas, “una sociedad o acciones u otras participaciones en una sociedad o derechos sobre sus bienes”.

⁴⁷ *Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, Caso CIADI N° ARB/95/3, Sentencia del 10 de febrero de 1999, párrafo 35.

⁴⁸ *Maffezini*, *supra* nota 12, párrafo 68.

⁴⁹ *Genin c. Estonia*. Caso CIADI N° ARB/99/2, Laudo del 25 de junio de 2001, párrafos 324-25.

⁵⁰ *Vivendi*, *supra* nota 42, párrafos 112-13.

sociedad. La Corte entendió que Bélgica no tenía *jus standi* y no analizó si el derecho internacional constituía para los accionistas una fuente independiente de derechos y protecciones. Además, la Corte en el caso *Barcelona Traction* reconoció explícitamente la protección directa de los accionistas en los TBI⁵¹.

131. Impregilo hace referencia a otra decisión de la Corte Internacional de Justicia: el caso *ELSI*. En ese caso, EE.UU. planteó una acción contra Italia al amparo del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación vigente entre ambos países por los daños ocasionados a los accionistas estadounidenses de una sociedad italiana⁵². En la sentencia, la Corte ni siquiera se refirió a la cuestión de si las disposiciones sustantivas del tratado (entre otras, las garantías de entera protección y seguridad y de prohibición de la expropiación de los bienes pertenecientes a nacionales estadounidenses sin que medie compensación) les ofrecían protección a los accionistas estadounidenses respecto de actos de las autoridades italianas dirigidos a la sociedad. Al analizar el fondo de los reclamos, la Corte claramente consideró que el tratado protegía a los accionistas.

132. El caso *ELSI* representa un precedente jurisprudencial mucho más relevante que *Barcelona Traction* a los efectos del presente arbitraje. La proliferación de la protección de los accionistas en los TBI y otros tratados de inversión significa que actualmente el derecho internacional reconoce que la personalidad societaria no excluye a la protección internacional de los accionistas afectados por medidas del Estado receptor que afecten tanto a la sociedad como a los accionistas.

133. A lo largo de la excepción de Argentina aparece un argumento referente a las políticas que sugiere una atomización de intereses, lo que teóricamente podría redundar en el planteo de una multitud de reclamos contra Argentina al amparo del TBI.

134. En primer lugar, este argumento hipotético es irrelevante. El aparente disgusto de Argentina por las posibles ramificaciones de su conducta violatoria del TBI no autoriza a los tribunales CIADI a pasar por alto o reformular el tratado de modo tal de acomodar la tardía oposición de Argentina al instrumento que ella misma suscribió y ratificó específicamente para atraer inversiones extranjeras.

135. Por otra parte, el argumento de la República Argentina sobre el posible doble recupero por parte tanto de los accionistas como de la sociedad local es una cuestión que corresponde abordar en la etapa de fondo. Pero además, y lo que es tal vez más importante, Argentina llega incluso a alegar que el Tribunal debería determinar su falta de competencia porque existe el posible riesgo de doble recupero, a pesar de que Argentina ha adoptado medidas en perjuicio de la inversión de Impregilo desde los primeros años de la concesión de AGBA y nacionalizó ilegítimamente la concesión sin abonar ningún tipo de compensación. Por otra parte, los tribunales locales tuvieron tiempo y oportunidades más que suficientes para otorgar una compensación, no obstante lo cual no lo hicieron en ningún momento.

⁵¹ *Barcelona Traction*, *supra* nota 34, párrafo 90.

⁵² *Case concerning the Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos c. Italia)*, Sentencia del 20 de julio de 1989, 1989 ICJ Rep. 15.

136. Argentina también interpreta equivocadamente el Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. En parte, el Artículo 25(2)(b) permite que las partes que prestan su consentimiento convengan, a los efectos del Convenio del CIADI, en considerar como inversor extranjero a una sociedad constituida en el Estado receptor y controlada por un inversor extranjero, lo que le permitiría a esa sociedad plantear reclamos en su propio nombre ante el CIADI. Sin embargo, el Artículo 25(2)(b) no reviste relevancia a los efectos de la competencia del Tribunal para conocer de los reclamos de Impregilo. El Artículo 25(2)(b) no hace más que conferir una opción; no produce efectos sobre reclamos que procedan independientemente en virtud del Artículo 25(1) y no afecta el derecho del inversor extranjero a recurrir al CIADI en su propio nombre.

El Tribunal de Arbitraje:

137. El Tribunal de Arbitraje observa que Impregilo era una de las partes del consorcio al que se le adjudicó la concesión de los servicios de agua potable y desagües cloacales en un área determinada de la Provincia de Buenos Aires. De conformidad con los requisitos aplicables, el consorcio formó una compañía argentina, AGBA, con la que se celebró el Contrato de Concesión.

138. Del Artículo 1(1)(b) del TBI Argentina-Italia se desprende que las acciones de Impregilo en AGBA estaban protegidas por el TBI. Si AGBA fue expropiada o recibió un trato injusto respecto de la concesión – algo que deberá determinarse al analizar el fondo del caso – dicha acción también debe considerarse como una afectación de los derechos de Impregilo como inversor, derechos que se encontraban protegidos por el TBI.

139. En opinión de este Tribunal de Arbitraje, la cuestión del doble recupero pareciera ser un problema teórico más que un problema real en la práctica. Resulta obvio que si se le otorgara una compensación a AGBA en un procedimiento local, ello afectaría los reclamos que presentara Impregilo en virtud del TBI y, a la inversa, toda compensación otorgada a Impregilo en un procedimiento internacional afectaría los reclamos que AGBA pudiera presentar ante los tribunales argentinos.

140. En cualquier caso, tal como la propia República Argentina admite, existe amplia jurisprudencia que demuestra que reclamos como los que ha presentado Impregilo gozan de protección en virtud de los TBI aplicables. El Tribunal de Arbitraje no encuentra motivo alguno para apartarse de dicha jurisprudencia.

C. Tercera excepción: los reclamos se refieren a cuestiones contractuales sobre las cuales el Tribunal no tiene competencia

La República Argentina:

141. Todos los reclamos de Impregilo son reclamos contractuales sobre los cuales el Tribunal no tiene competencia. Como lo expresó el Comité de Anulación en el caso *Vivendi*, ““donde la base fundamental de la reclamación”” es el contrato se tratará de un reclamo contractual y no de un reclamo bajo el Tratado⁵³.

⁵³ *Vivendi*, *supra* nota 42, párrafo 101.

142. En el caso *Impregilo c. Pakistán*, el tribunal, siguiendo el análisis del Comité de Anulación del caso *Vivendi*, realizó la distinción entre violaciones al contrato y violaciones al tratado y recordó que el umbral para establecer una violación al tratado era alto⁵⁴.

143. Los reclamos de Impregilo en la presente causa se refieren a decisiones tomadas en la implementación y el desarrollo de la Concesión de AGBA. Se refieren a cuestiones vinculadas con la interpretación y la aplicación del Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión. Todos los reclamos de la Demandada son reclamos contractuales que, parafraseando al tribunal del caso *TSA c. Argentina*, no tienen nada que ver con los “derechos y obligaciones de una naturaleza diferente y más fundamental” contenidos en el TBI⁵⁵.

144. Si bien Impregilo pretende plantear una controversia con múltiples aristas, queriendo dar la impresión de que existe un patrón de conducta que uniría las distintas medidas cuestionadas, ello no cambia el hecho de que el resto de los hechos son cuestiones eminentemente contractuales que requieren la interpretación de cláusulas contractuales muy específicas y detalladas.

145. Los reclamos de Impregilo se relacionan básicamente con las siguientes cuestiones: (i) la no construcción de tres plantas de afluentes cloacales (las plantas de la UNIREC) en el área de concesión, (ii) la no actualización de la base de datos de usuarios de AGBA, la no aplicación del “recargo por concesión”, el “cargo de obra” y el “coeficiente cloacal”, la no aplicación de las disposiciones del Contrato en materia de estabilización tributaria, el fomento de la morosidad de los clientes, el deber de instalar medidores a pedido de los clientes y las demoras en las respuestas a los clientes por parte de AGBA, (iii) la modificación del Marco Regulatorio en dos oportunidades, (iv) el no haber respaldado a AGBA en sus esfuerzos para obtener financiamiento, (v) el alegado trato discriminatorio de AGBA; y (vi) la rescisión del Contrato de Concesión.

146. En ninguno de los reclamos presentados la alegada violación derivada del TBI se sostiene por sí misma, sino que Impregilo presenta una violación contractual como elemento o premisa fundamental de sus reclamos.

147. En enero de 1999, la Provincia aprobó el pliego de bases y condiciones de la concesión. El consorcio formado por Impregilo decidió participar en dicho proceso. El consorcio conoció el alcance de estas condiciones antes de realizar su oferta, pese a lo cual, siguió interesado en el proceso de licitación y presentó su oferta. Al haber presentado su oferta, el consorcio aceptó los alcances del pliego y de sus circulares aclaratorias. El hecho de que Impregilo haya renunciado a toda otra jurisdicción con anterioridad a la interposición del presente reclamo hace que el consentimiento al arbitraje sea inválido.

⁵⁴ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción del 22 de abril de 2005, párrafos 260 y 267.

⁵⁵ *TSA*, *supra* nota 4, párrafo 60.

148. El 18 de octubre de 1999 se otorgó la concesión sobre el área correspondiente al consorcio formado por Impregilo. El 7 de diciembre de 1999, la Provincia y AGBA firmaron el Contrato de Concesión. El Contrato de Concesión de AGBA expresamente establecía que las controversias debían someterse al fuero contencioso-administrativo competente de la ciudad de La Plata, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles por cualquier causa.

149. Pese a la claridad de las cláusulas mencionadas, Impregilo intenta enmarcar sus reclamos dentro del TBI Argentina-Italia cuando es claro que aquellos son exclusivamente contractuales, y por lo tanto, son las cláusulas de dichos instrumentos contractuales las que deben tenerse en cuenta a fin de analizar la cuestión de la jurisdicción.

150. Las cláusulas son totalmente claras en cuanto a que si las Partes consideraban la existencia de una controversia, todo reclamo en tal sentido debía articularse a través del foro allí establecido con exclusión de cualquier otro foro. La validez de dicha cláusula está corroborada por los procesos iniciados por AGBA ante los tribunales locales.

151. Es cierto que muchas de las mismas cláusulas fueron tratadas por el tribunal en el caso *Azurix c. República Argentina* y que en dicho caso el tribunal consideró que la renuncia no abarcaba el reclamo de la demandada porque “el Estado...no es parte en ninguno de los Documentos Contractuales y no existe ningún compromiso de renuncia de la Demandante a favor de Argentina”⁵⁶. Argentina respetuosamente considera que la opinión del tribunal fue equivocada y las razones esbozadas en su decisión no son convincentes.

152. Además de que todos los reclamos de Impregilo son reclamos contractuales y que por lo tanto el Tribunal carece de competencia en tanto el Tratado sólo se la otorga “respecto a cuestiones reguladas por el [Tratado]”, AGBA, en donde Impregilo es accionista, inició acciones ante los tribunales de la Provincia de Buenos Aires con respecto a los mismos reclamos que alega Impregilo en el presente procedimiento. AGBA ha impugnado no sólo actos administrativos vinculados con la concesión, sino también las principales decisiones de las autoridades de la Provincia de Buenos Aires en las cuales Impregilo basa su reclamo.

153. En virtud de lo expuesto, el Tribunal debiera rechazar los reclamos de Impregilo por tratarse en su totalidad de cuestiones sobre las cuales el CIADI no tiene jurisdicción. Por los mismos reclamos AGBA ha recurrido a los tribunales de la Provincia de Buenos Aires. De hacerse lugar a los reclamos de Impregilo se correría el riesgo de que Impregilo pueda obtener indemnizaciones en ese fuero y a través del presente procedimiento, con el consecuente peligro que –de ser analizados los mismos reclamos por un tribunal internacional – se corra el riesgo de generar decisiones contradictorias e inclusive crear situaciones de “doble recupero”.

154. Asimismo, el Tribunal no puede fundar su competencia en la cláusula paraguas contenida en el Artículo II(2)(c) del TBI Argentina-Estados Unidos. El Artículo 8 del TBI Argentina-Italia está limitado a las “cuestiones reguladas por este Acuerdo”. La

⁵⁶ *Azurix, supra* nota 43, párrafo 85.

cláusula paraguas del TBI Argentina-Estados Unidos no es una cuestión regulada por el TBI Argentina-Italia, que no contiene cláusula paraguas alguna. En consecuencia, no puede incorporarse una cláusula paraguas a través de la cláusula NMF. De hecho, el Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia no incluye referencia expresa alguna a la jurisdicción. El texto del Artículo 3(1) no cubre de manera clara e inequívoca el alcance del consentimiento de Argentina al arbitraje del Artículo 8 del TBI Argentina-Italia. Por otra parte, el texto “todas las demás cuestiones” no se refiere expresamente al alcance del consentimiento del país receptor para someter una cuestión a arbitraje. Argentina argumenta que el Tribunal carece de competencia sobre los reclamos basados en la cláusula NMF del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia respecto de la cláusula paraguas del Artículo II(2)(c) del TBI Argentina-Estados Unidos. La última no es un estándar de protección regulada por el TBI Argentina-Italia.

155. En cualquier caso, más allá de la cuestión puramente jurisdiccional, la cláusula NMF del TBI Argentina-Italia no incorpora la cláusula paraguas del TBI Argentina-Estados Unidos. La cláusula paraguas no se encuentra dentro del objeto cubierto por la cláusula NMF, ni dentro del alcance territorial de esta última y cualquier intento de ampliarla contravendrá las intenciones expresas de las partes del TBI Argentina-Italia.

156. Asimismo, el cumplimiento de las obligaciones de Argentina no constituye tratamiento “en territorio [argentino]” en los términos del Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia. Además, la cláusula NMF contenida en el TBI Argentina-Italia no puede prevalecer sobre cuestiones centrales que deben considerarse negociadas por las partes en forma específica. Una cláusula paraguas constituye una cuestión central. El derecho internacional general no garantiza el cumplimiento de los compromisos contractuales o de derecho local. La cláusula paraguas introduce una excepción a la separación general de obligaciones conforme a los derechos internos e internacional público. Si bien las partes pueden acordar apartarse de dicho principio básico de derecho internacional general, dicha desviación constituye una cuestión central que debe considerarse específicamente negociada.

Impregilo:

157. Independientemente de que los reclamos de Impregilo también puedan generar cuestiones atinentes al Contrato de Concesión, Impregilo plantea una pretensión surgida al amparo del TBI. A partir del mero hecho de que los reclamos de Impregilo guardan algún tipo de relación con el Contrato de Concesión, Argentina arriba a la equivocada conclusión de que todos los reclamos son reclamos contractuales sobre los cuales el Tribunal no tiene competencia. Si bien Argentina ciertamente incumplió el Contrato de Concesión en diversos aspectos y luego lo rescindió, no es ese el planteo que Impregilo le efectúa a este Tribunal. En realidad, Impregilo alega que Argentina violó el TBI al (i) confiscar la inversión de Impregilo; (ii) no conferirle a la inversión de Impregilo un trato justo y equitativo; (iii) afectar la inversión de Impregilo con la adopción de medidas injustificadas y discriminatorias; (iv) no cumplir los compromisos contraídos respecto de la inversión de Impregilo; y (v) no conferirle entera protección y seguridad a la inversión de Impregilo.

158. Existen importantes decisiones en la jurisprudencia arbitral que demuestran que el mero hecho de que ciertos elementos de una diferencia relativa a una inversión también importen incumplimientos contractuales (o se los pueda calificar de tales) no

basta para convertir a la controversia surgida al amparo del TBI en un reclamo contractual no internacional o para excluir la jurisdicción del CIADI. En el caso *Vivendi*, el Comité de Anulación aclaró que con frecuencia los reclamos correspondientes a un TBI conllevan la necesidad de tomar en consideración las cláusulas de un contrato a los efectos de determinar si efectivamente se produjo una violación del TBI. Ello no impide que los reclamos sean reclamos surgidos de un tratado respecto de los cuales se puede recurrir al arbitraje con arreglo al TBI. El Comité entendió que el Tribunal se había equivocado al determinar que no podía considerar ninguna alegación de violación del tratado que le obligara a interpretar o aplicar el Contrato de Concesión⁵⁷.

159. En decisiones del CIADI sobre jurisdicción dictadas respecto de circunstancias comparables se rechazó en forma uniforme el argumento de que la existencia de reclamos basados en una concesión, un contrato o una licencia priva de competencia al Tribunal constituido con arreglo a un TBI. Por ejemplo, el Tribunal del caso *Azurix* rechazó la excepción de Argentina según la cual el reclamo planteado por Azurix era un reclamo contractual surgido del contrato de concesión celebrado entre la empresa y la Provincia de Buenos Aires⁵⁸. También se hace referencia a los casos *LG&E*⁵⁹, *Total c. Argentina*⁶⁰ e *IBM c. Ecuador*⁶¹.

160. Argentina parece pasar por alto el hecho de que en esta controversia entran en juego algunos de los más evidentes actos soberanos de un Estado: la imposición de nueva normativa regulatoria, la modificación unilateral de las condiciones en que debía desarrollarse el negocio y, lo que es aún más importante, la nacionalización efectiva de la inversión de Impregilo sin abonar una compensación.

161. Más aún, aun si los reclamos de Impregilo fueran de índole exclusivamente contractual, ello no necesariamente privaría de jurisdicción al CIADI, ya que “[d]el texto general del Artículo 25(1) se desprende claramente que la jurisdicción del CIADI puede extenderse a diferencias de índole puramente contractual”⁶². En la etapa relativa a la jurisdicción, solamente cabe considerar si la “base fundamental” de los hechos alegados en referencia al accionar del estado receptor, independientemente de la calificación que reciban, podrían constituir violaciones de obligaciones correspondientes a ese Estado en virtud de un TBI o de otro instrumento pertinente de derecho internacional. Por consiguiente, aun si es necesario hacer referencia a los contratos subyacentes, ello no convierte a los reclamos surgidos al amparo de un TBI en meros reclamos contractuales.

⁵⁷ *Vivendi*, *supra* nota 42, párrafos 112-13.

⁵⁸ *Azurix*, *supra* nota 43, párrafo 76.

⁵⁹ *LG&E*, *supra* nota 43, párrafo 62.

⁶⁰ *Total S.A. c. Argentina*. Caso CIADI N° ARB/04/1, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 25 de agosto de 2006.

⁶¹ *IBM World Trade Corporation c. Ecuador*. Caso CIADI N° ARB/02/10, Decisión sobre Jurisdicción del 22 de diciembre de 2003.

⁶² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Filipinas*, Caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de enero de 2004.

162. Impregilo reclama por violaciones específicas del TBI referentes a las inversiones que realizó en la Argentina. Asumiendo como ciertos los hechos alegados por Impregilo en este caso, está claro que esas alegaciones podrían demostrar la existencia de violaciones del TBI. Que el Tribunal deba considerar el mérito de los reclamos de Impregilo a los efectos de la jurisdicción resulta contrario a este criterio.

163. El derecho de acción de Impregilo a la luz del TBI no queda excluido por las cláusulas de elección de jurisdicción del pliego de bases y condiciones o el Contrato de Concesión ya que, independientemente de que los reclamos de Impregilo generen o no cuestiones atinentes al Contrato de Concesión, Impregilo plantea una pretensión surgida del TBI. Además, las cláusulas de elección de jurisdicción a las que se refiere el Gobierno Argentino no producen ningún efecto en lo que respecta a la competencia de este Tribunal. Esta misma excepción, basada en cláusulas prácticamente idénticas, fue rechazada por el tribunal del caso *Azurix*⁶³.

164. En cuanto a la referencia que hace la República Argentina sobre el pliego de bases y condiciones, es necesario advertir la falta de identidad entre los reclamos contemplados en el pliego de bases y condiciones y los reclamos que surgen del TBI. Además, tal como lo indica el texto expreso de la disposición de elección de jurisdicción incluida en el pliego de bases y condiciones, la naturaleza y alcance del acuerdo de las partes de someterse a la competencia de los tribunales de la Provincia se limitan a “cuestiones que surjan con relación a la licitación”.

165. Asimismo, la República Argentina interpreta incorrectamente el alcance del Contrato de Concesión. Argentina sigue la misma línea de razonamiento que utiliza respecto del Pliego de Bases y Condiciones para referirse a la cláusula de elección de jurisdicción del Contrato de Concesión, tal como lo hiciera infructuosamente en muchísimos casos planteados ante tribunales del CIADI. Sin embargo, esta proposición no es procedente, por los mismos motivos aplicables en relación con el pliego de bases y condiciones. Principalmente, el alcance de la cláusula de elección de jurisdicción no se extiende a los reclamos surgidos del TBI. El texto expreso de la cláusula de elección de jurisdicción deja en claro que su ámbito de aplicación se limita a cualquier controversia relativa a la interpretación y ejecución del Contrato de Concesión. Naturalmente, esto restringe las clases de reclamos que corresponde someter a los tribunales de la Provincia a las controversias referentes al Contrato de Concesión.

166. Toda renuncia a derechos relativos a las inversiones tales como los conferidos en virtud de un tratado debe efectuarse de manera expresa e inequívoca y provenir de las partes enfrentadas en la controversia. En el presente caso, Impregilo no ha renunciado de ninguna manera a su derecho de recibir la protección ofrecida en el TBI Argentina-Italia.

167. En este caso, Argentina prestó su consentimiento a la jurisdicción del CIADI mediante la invitación abierta que les dirigió a los inversores italianos en el TBI. Al prestar su consentimiento, Argentina no expresó ningún tipo de reserva en cuanto a la aplicabilidad del Convenio del CIADI en su territorio ni denunció ese instrumento. Aun si lo hubiera hecho, tal acto no afectaría la competencia del Tribunal por haberse

⁶³ *Azurix*, *supra* nota 43, párrafo 77.

prestado el consentimiento a la jurisdicción del CIADI con anterioridad a dicha notificación. Como Argentina es un Estado Contratante del Convenio del CIADI, cualquier participación de sus subdivisiones políticas u organismos públicos ante el Centro o sus tribunales requiere de la decisión del Estado Contratante y su previa notificación al Centro.

168. De conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, una subdivisión política de un Estado Contratante puede estar legitimada para actuar ante un tribunal del CIADI cuando ese Estado la hubiera acreditado ante el Centro. De conformidad con el Artículo 25(3), el consentimiento de esa subdivisión política u organismo público del Estado Contratante requiere de la aprobación del Estado, a menos que éste notifique al Centro que no resulta necesario contar con tal aprobación.

169. Argentina no realizó tal acreditación ni notificó su aprobación. Como en ningún momento la Provincia quedó acreditada ante el CIADI, ella no tiene facultades para actuar ante éste y mucho menos para revocar el consentimiento que Argentina prestó a la jurisdicción del CIADI por medio del TBI ni para adoptar disposición alguna en relación con la jurisdicción del CIADI en el proceso iniciado por Impregilo contra Argentina.

170. Argentina sugiere que Impregilo renunció a la jurisdicción del CIADI en beneficio de los tribunales provinciales de lo contencioso-administrativo de la ciudad de La Plata. La adhesión a esta proposición importaría para Impregilo una denegación de justicia, así como la revocación *de facto* de las obligaciones que Argentina asumió frente a ella por medio del TBI, dado que Impregilo quedaría sin un fuero adecuado al cual recurrir para reivindicar los derechos que le confiere el TBI.

171. En el derecho argentino existe un principio consagrado ya hace mucho tiempo por el cual solamente los tribunales nacionales están facultados a entender en casos en los que sea parte la República Argentina o que involucren cuestiones de carácter federal, como los tratados internacionales. En consecuencia, los tribunales de la Provincia no tienen competencia para analizar los reclamos de Impregilo surgidos del TBI.

172. Impregilo también invoca – por aplicación de la cláusula NMF del TBI – el trato más favorable que se les confiere a los inversores estadounidenses en el TBI Argentina-Estados Unidos. Dicho TBI contiene una “cláusula paraguas” en su Artículo II(2)(c) que establece que cada Parte cumplirá las obligaciones que hubiera contraído con respecto a las inversiones.

El Tribunal de Arbitraje:

173. De conformidad con el Artículo 8 del TBI Argentina-Italia, una controversia entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte Contratante puede someterse a arbitraje si se cumplen ciertas condiciones, siempre y cuando la controversia surja del TBI o se relacione con él. En el presente caso, Impregilo alega que sus derechos surgidos del TBI fueron violados en diversos aspectos. Argentina sostiene que todos los reclamos presentados por Impregilo son reclamos contractuales sobre los que el Tribunal carece de competencia.

174. En consecuencia, el Tribunal de Arbitraje debe considerar si los reclamos de Impregilo constituyen reclamos al amparo del TBI o reclamos contractuales, o si además de ser reclamos contractuales son también reclamos surgidos del TBI. Si constituyen reclamos al amparo del TBI, el Tribunal de Arbitraje debe entonces determinar si puede interpretarse que Impregilo, conforme a los términos del Contrato de Concesión, ha renunciado a su derecho a una resolución de controversias como la estipulada en el TBI. El Tribunal también debe determinar si tiene competencia para resolver los reclamos contractuales como consecuencia de la cláusula NMF contenida en el TBI.

175. Si bien la distinción entre reclamos contractuales y reclamos surgidos del TBI no siempre resulta clara, el Tribunal de Arbitraje advierte que en el presente caso el Contrato de Concesión aborda derechos y obligaciones contractuales específicos mientras que el TBI versa sobre derechos y obligaciones de naturaleza diferente. En consecuencia, por un lado, no todos los incumplimientos de las obligaciones de la Provincia contenidas en el Contrato de Concesión calificarían como violaciones al TBI. Por otro lado, algunos actos pueden involucrar cuestiones relativas a la aplicación del Contrato de Concesión y también al cumplimiento de las obligaciones de Argentina en virtud del TBI.

176. La distinción entre reclamos surgidos de un tratado y reclamos contractuales ha sido un hecho controvertido en los casos planteados ante el CIADI con bastante frecuencia. En el caso *Vivendi*, se planteó que una diferencia relativa a inversiones en particular puede involucrar simultáneamente cuestiones de interpretación y aplicación de un tratado y cuestiones contractuales. En tales casos, la interrogante de si existió una violación a un tratado o un incumplimiento contractual son cuestiones diferentes y cada una debe analizarse por separado⁶⁴. El tribunal en el caso *TSA Spectrum de Argentina S.A. c. Argentina* se basó en esta afirmación y agregó que si el contrato contiene una cláusula específica de resolución de controversias, ello no obsta a que pueda recurrirse al procedimiento de resolución establecido en el tratado, a menos que exista un indicio claro en el propio contrato o en algún otro instrumento de que las partes del contrato tuvieron intención de limitar la aplicación del tratado⁶⁵.

177. En cualquier caso, como regla general, un incumplimiento contractual no es una violación del derecho internacional. En el caso *Hamester c. Ghana*, el tribunal señaló que “[l]a premisa básica es que sólo el Estado en su carácter de soberano puede violar sus obligaciones internacionales”⁶⁶ (traducción del Tribunal). Este principio ha sido reafirmado por muchos tribunales del CIADI. Las siguientes citas son algunos ejemplos:

⁶⁴ *Vivendi*, *supra* nota 42, párrafo 101.

⁶⁵ *TSA supra* nota 8, párrafo 58. Ver también *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción del 6 de agosto de 2003, párrafos 146-47; *Eureko B.V. c. Polonia*, CNUDMI (“*Eureko*”), Laudo Parcial del 19 de agosto de 2005, párrafos 112-13.

⁶⁶ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI N° ARB/07/24, Laudo del 18 de junio de 2010, párrafo 328.

Waste Management c. México:

“En opinión del Tribunal, una empresa no es expropiada sólo porque no se le pagan sus deudas o porque se violan otras obligaciones contractuales para con la misma. En el presente caso no hubo repudiación directa de la transacción y, si bien el Ayuntamiento firmó el Título de Concesión sobre la base de una evaluación excesivamente optimista de su potencialidad, también lo hizo Acaverde. No es función del Artículo 1110 indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan, ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado que equivalga a una paralización o confiscación virtual de la empresa”⁶⁷.

Joy Machinery Limited c. Egipto:

“Puede realizarse una distinción general básica entre los aspectos comerciales de una diferencia y otros aspectos relacionados con la existencia de determinadas formas de interferencia por parte del Estado con la ejecución del contrato en cuestión”⁶⁸ (traducción del Tribunal).

Impregilo c. Pakistán:

“El Estado sólo puede violar las obligaciones asumidas en el TBI en ejercicio de sus facultades soberanas (“*puissance publique*”) y no como parte contratante. En otras palabras, el tratado de protección a las inversiones sólo ofrece una vía de reparación al inversor cuando éste demuestra que el daño reclamado es consecuencia del comportamiento del Estado receptor que actúa en violación de las obligaciones que había asumido en el tratado”⁶⁹ (traducción del Tribunal).

Noble Ventures c. Rumania:

“El Tribunal recuerda la regla consagrada de derecho internacional general que establece que en circunstancias normales *per se* un incumplimiento contractual por parte del Estado no da lugar a la responsabilidad internacional directa del Estado. Ello deriva de la clara distinción entre el derecho local por un lado y el derecho internacional por el otro, que constituyen dos sistemas jurídicos independientes”⁷⁰ (traducción del Tribunal).

Azurix c. Argentina:

⁶⁷ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Número 2), Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, Laudo Definitivo del 30 de abril de 2004, párrafo 160.

⁶⁸ *Joy Mining Machinery Limited c. Egipto*, Caso CIADI N° ARB/03/11, Decisión sobre Jurisdicción del 6 de agosto de 2004, párrafo 72.

⁶⁹ *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/3 (TBI Italia-Pakistán), Decisión sobre Jurisdicción, párrafo 260, donde se cita, entre otras cosas, el estudio de jurisprudencia incluido en Stephen M. Schwebel, “*Justice in International Law*” (Grotius / CUP), Capítulo 26: “*De si el incumplimiento por parte de un Estado de un contrato celebrado con un extranjero constituye un incumplimiento del derecho internacional*”: “no sólo la doctrina respalda la conclusión de que, si bien el mero incumplimiento por parte del Estado de un contrato celebrado con un extranjero (cuya ley aplicable no es el derecho internacional) no constituye una violación del derecho internacional, un acto ‘no comercial’ de un Estado que sea contrario a dicho contrato puede llegar a serlo. Es decir que el incumplimiento de un contrato de esas características por un Estado en el intercambio comercial ordinario no constituye, según la opinión predominante, una violación del derecho internacional, mientras que el uso del poder soberano de un Estado, contrario a las expectativas de las partes, para derogar o incumplir un contrato celebrado con un extranjero, constituye una violación del derecho internacional. - - - cuando el Estado utiliza su poder legislativo o administrativo o ejecutivo como sólo un Estado puede utilizar sus facultades gubernamentales para deshacer la expectativa fundamental sobre la cual las partes contratan - la ejecución y no la falta de ejecución – su responsabilidad internacional entra en juego” (traducción del Tribunal).

⁷⁰ *Noble Ventures, Inc. c. Rumania*, Caso CIADI N° ARB/01/11, Laudo del 12 de octubre de 2005, párrafo 53.

“El Tribunal reconoce que los incumplimientos contractuales de un Estado parte o de uno de sus organismos normalmente no constituirían expropiación. Que uno o varios de dichos incumplimientos puedan considerarse medidas equivalentes a una expropiación dependerá de si el Estado o un organismo suyo ha incumplido el contrato en el ejercicio de su autoridad soberana, o como parte en un contrato”⁷¹.

178. El Artículo 16.7 del Contrato de Concesión establece que toda controversia que surja entre el Concedente y el Concesionario relativa a la interpretación y ejecución del Contrato será sometida al fuero en lo contencioso administrativo competente de la ciudad de La Plata y que las partes renuncian a cualquier otro fuero o jurisdicción que pudiera corresponderles.

179. Lo primero que debe señalarse es que fue AGBA, y no Impregilo, quien celebró el Contrato de Concesión y asumió este compromiso con respecto a la resolución de controversias.

180. El Tribunal de Arbitraje considera que no puede interpretarse el texto del Artículo 16.7 del Contrato de Concesión de modo que excluya la posibilidad de acceder a un recurso previsto en el TBI ante una controversia sobre actos que pueden constituir incumplimientos tanto del Contrato de Concesión como del TBI.

181. La proposición de que el compromiso asumido por AGBA en el Contrato de Concesión debiera ser considerado como una renuncia por parte de Impregilo a su derecho de iniciar un procedimiento basado en el TBI parece ser excesivo y poco convincente.

182. Cabe señalar, además, que los reclamos principales de Impregilo en el presente arbitraje se relacionan con actos que supuestamente constituirían expropiación, trato injusto y discriminación, todos reclamos que van más allá de meros incumplimientos contractuales, independientemente de que puedan superponerse, en gran medida, los hechos que fundamentan ambos tipos de reclamo.

183. Sin embargo, el Tribunal de Arbitraje acepta que algunos de los reclamos de Impregilo tienen que ver con meras cuestiones contractuales. Pero aun así, la pregunta que surge es si estos reclamos, por aplicación de la cláusula NMF contenida en el Artículo 3(1) del TBI Argentina-Italia y la cláusula paraguas contenida en el TBI Argentina-Estados Unidos, pueden estar alcanzados por la competencia del Tribunal de Arbitraje.

184. La protección sustancial que ofrece la cláusula NMF es muy amplia en cuanto a que se relaciona con todas las cuestiones reguladas por el TBI. Sin embargo, la referencia a cuestiones reguladas por el TBI establece un límite externo y es discutible si los incumplimientos contractuales son cuestiones reguladas por el TBI.

185. No obstante, cabe señalar que todos los supuestos reclamos contractuales del presente caso se relacionan con el Contrato de Concesión celebrado entre AGBA y la Provincia de Buenos Aires. Por lo tanto, incluso si pudiera utilizarse la cláusula NMF

⁷¹ *Azurix c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006, párrafo 315 (*Laudo Azurix*).

para incluir cuestiones contractuales, en el presente caso no existiría ninguna cuestión semejante que involucre a Impregilo como parte de un contrato y, claramente, no existiría fundamento alguno en el TBI que justificara analizar si la Provincia violó las obligaciones contractuales que asumió frente a AGBA, dado que AGBA no es un inversor protegido por el TBI.

186. De lo anterior se deduce que el interrogante acerca de si la cláusula NMF junto con la cláusula paraguas podrían autorizar al Tribunal a analizar cuestiones contractuales es una pregunta netamente teórica en el presente caso, dado que no habría ninguna cuestión contractual a considerar entre Argentina e Impregilo.

187. Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje considera innecesario expresar una opinión sobre si existiría una justificación para extender la protección a cuestiones contractuales en otras circunstancias con base en una combinación de la cláusula NMF y la cláusula paraguas.

188. Al mismo tiempo, el Tribunal de Arbitraje no puede aceptar el argumento de Argentina de que todos los reclamos presentados por Impregilo son reclamos contractuales sobre los cuales el Tribunal carece de competencia. De hecho, Impregilo argumenta que su inversión fue expropiada y sometida a un trato injusto, cuestiones que surgen claramente del TBI y que no constituyen exclusivamente reclamos contractuales.

189. Por lo tanto, se hace lugar a la tercera excepción jurisdiccional planteada por Argentina pero sólo en relación con aquellos incumplimientos contractuales que no configuran al mismo tiempo violaciones a las obligaciones asumidas por Argentina frente a los inversores en virtud del TBI.

V. FONDO DEL CASO

A. Petitorios

190. Impregilo solicita al Tribunal que:

(a) declare que Argentina violó el TBI Argentina-Italia y el derecho internacional en relación con las inversiones de Impregilo,

(b) ordene a Argentina pagar una compensación en favor de Impregilo por todos los daños sufridos más intereses compuestos hasta la fecha en que se realice el pago en su totalidad, y

(c) ordene a Argentina sufragar las costas del arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y los costos de los abogados de Impregilo, sujeto al pago de intereses compuestos hasta la fecha en que se realice el pago en su totalidad.

191. La República Argentina solicita que el reclamo de Impregilo contra la República Argentina sea rechazado y se ordene a Impregilo sufragar todos los gastos y costos derivados del arbitraje.

B. La postura de las Partes

192. Impregilo afirma que el Gobierno argentino:

- (a) expropió o nacionalizó directamente la inversión de Impregilo en AGBA sin otorgarle ningún tipo de compensación;
- (b) no le confirió a la inversión de Impregilo en AGBA un trato justo y equitativo;
- (c) afectó, mediante la adopción de medidas injustificadas y discriminatorias, la gestión, la operación, el mantenimiento, el uso, el goce, la adquisición, la expansión o la liquidación de la inversión de Impregilo en AGBA;
- (d) no le brindó entera protección y seguridad a la inversión de Impregilo en AGBA; e
- (e) incumplió obligaciones específicas contraídas respecto de las inversiones de Impregilo en AGBA.

193. La República Argentina niega todas estas afirmaciones.

194. Las Partes han presentado los siguientes argumentos principales.

Impregilo:

195. El Contrato de Concesión y el Marco Regulatorio aportaban sólidas protecciones y garantías para las inversiones. Las cuatro garantías principales eran las siguientes: *(i)* protección frente a la devaluación y la inflación, mediante la definición de las tarifas en dólares estadounidenses; *(ii)* garantías contra las modificaciones unilaterales del régimen tarifario; *(iii)* acuerdo de que las tarifas debían cubrir los costos y permitir obtener una tasa de retorno razonable; y *(iv)* garantías de que la ecuación económica del contrato no sería objeto de modificación unilateral sin que mediara una indemnización plena e integral.

196. Poco después de que AGBA tomara a su cargo el Contrato de Concesión, la Provincia comenzó a desconocer los compromisos y las obligaciones que había asumido, impidiendo así que AGBA generara los ingresos esperados que permitirían la implementación del plan de obras exigido en el Contrato de Concesión.

197. Durante la licitación encarada en 1999, la Provincia se comprometió a entregar tres plantas de tratamiento (las “*plantas de la UNIREC*”) para el manejo de los efluentes cloacales en lo que sería la zona de concesión de AGBA. La Provincia prometió que las plantas estarían en condiciones de funcionar para el año 2001. AGBA actuó en función de la puntual puesta en operación de estas plantas de tratamiento. Sin ellas, AGBA no podía ampliar la red de desagües a nuevas áreas ni conectar a nuevos clientes en áreas ya servidas. Sin embargo, la Provincia no finalizó las plantas sino después de haber nacionalizado la concesión de AGBA en 2006.

198. La Provincia y el ORAB demoraron o negaron intencionalmente los pedidos realizados por AGBA para la actualización de las categorizaciones de clientes. Poco después de tomar posesión de la concesión, AGBA intentó recategorizar a aquellos clientes del servicio no medido que hubieran realizado mejoras en sus inmuebles. Si bien en la licitación AGBA había recibido el padrón oficial de usuarios actualizado, el ORAB impidió la recategorización de clientes hasta tanto pudiera verificar la valuación inmobiliaria correspondiente a cada cliente, algo que jamás concretó. Además, el padrón de usuarios que aportó la Provincia presentaba varias incoherencias y errores.

199. Por otra parte, el Contrato de Concesión y el Marco Regulatorio establecían que los precios correspondientes a los clientes no medidos se basarían en la metodología de Valuaciones de 1958 de la Provincia. Las Valuaciones de 1958 contenían las tasaciones inmobiliarias correspondientes a la zona de concesión y, por ende, resultaban vitales para el cálculo del precio que deberían pagar los clientes del servicio no medido. Sin embargo, dicha metodología de valuación no era compatible con el padrón de usuarios de AGOSBA que se les había suministrado a los oferentes durante la licitación. Al mismo tiempo, después de que AGBA tomara a su cargo el Contrato de Concesión, la Provincia intentó incrementar su recaudación por impuestos inmobiliarios y actualizó la metodología de Valuaciones de 1958 a la de las llamadas Valuaciones del 2000. La metodología de Valuaciones del 2000 mejoró los problemas de compatibilidad con el padrón de usuarios de AGOSBA. AGBA intentó utilizar esta metodología de valuación más actualizada y compatible para valuar los inmuebles del servicio no medido correspondientes a nuevos inmuebles o inmuebles que registraran variaciones constructivas. Al impedir que AGBA aprovechara la metodología de valuación más actualizada y compatible utilizada por la Provincia para incrementar su propia base fiscal inmobiliaria, el ORAB obstaculizó indebidamente los ingresos que AGBA esperaba obtener.

200. El ORAB y la Provincia también modificaron unilateralmente el Marco Regulatorio al: *(i)* negarle a AGBA su derecho a cobrar los “cargos de obra” correspondientes a ciertas nuevas conexiones, y *(ii)* impedir que AGBA aplicara el coeficiente de 2001 para los servicios de agua y desagües cloacales. El ORAB demoró y terminó por prohibir la aplicación, por parte de AGBA, del coeficiente incremental por desagües más allá del primer año.

201. La conducta de la Provincia estuvo motivada por el deseo político y populista de impedir aumentos en las facturas de agua y desagües cloacales. Los funcionarios provinciales elegidos por el pueblo no estaban simplemente dispuestos a aceptar aumento alguno en las facturas de agua y desagües de los clientes y no hicieron esfuerzo alguno por dar cabida a los derechos contractuales de AGBA a implementar aumentos, a pesar de que esa conducta resultaba perjudicial para la inversión de AGBA y los planes de obras correspondientes al Contrato de Concesión. El accionar de la Provincia afectó la capacidad de la empresa y de sus accionistas para obtener el financiamiento necesario para dar cumplimiento a sus propios compromisos correspondientes al plan de obras e inversiones.

202. La conducta regulatoria de la Provincia a principios de 2002 fue de mal en peor. En enero de 2002 el Gobierno Nacional y la Provincia sancionaron leyes de emergencia por las cuales se privó a AGBA de derechos contractuales y legales fundamentales. En primer lugar, el día 6 de enero de 2002, el Gobierno Nacional sancionó la Ley N° 25.561 de Emergencia Nacional (“*Ley de Emergencia Nacional*”). La parte más destructiva de esta Ley fue la eliminación del derecho a calcular las tarifas en dólares estadounidenses contemplado en los contratos de concesión de servicios públicos. Por el contrario, el peso quedó devaluado a un tipo artificial de cambio que luego empeoró cuando el Gobierno permitió la flotación de la moneda. Seis días después de que el Congreso de la Nación sancionara la Ley de Emergencia Nacional, el ORAB siguió los pasos del Gobierno Nacional y dictó la Resolución N° 4/2002 por la cual “pesificaba” y congelaba las tarifas de AGBA. Dicha resolución quedó luego confirmada mediante la Ley provincial N° 12.858 (“*Ley de Emergencia Provincial*”). Así, al igual que el Gobierno Nacional, la Provincia eliminó el derecho consagrado en el Contrato de Concesión a calcular las tarifas en dólares estadounidenses y expresarlas en pesos al tipo de cambio vigente en la fecha de facturación. Esto produjo una reducción de dos tercios en los ingresos de AGBA.

203. Al mismo tiempo, la Provincia exigió que AGBA diera cumplimiento a la totalidad de sus obligaciones convencionales y regulatorias, y la obligó a participar en un proceso de renegociación que supuestamente debía reconstruir el equilibrio de la ecuación económica del Contrato de Concesión. Sin embargo, esto marcó el principio del fin para AGBA y la inversión de Impregilo.

204. En primer lugar, la Ley de Emergencia Provincial frenó toda posibilidad de inversión y financiamiento para AGBA y el Contrato de Concesión quedó literalmente acabado. En segundo lugar, el proceso de renegociación impuesto por la Provincia fue un fracaso.

205. En el año 2002, la mayor parte del sector provincial de agua y desagües ya había vuelto a manos de la Provincia. Algunas zonas de concesión habían pasado a manos de la nueva empresa estatal ABSA y la Provincia favoreció a su propia empresa en perjuicio de AGBA, que era una pequeña empresa privada.

206. A la vez que en 2003 la Provincia aportaba a ABSA nuevos fondos que sumaban millones de dólares, junto a la promesa de un aumento del 30% en las tarifas a implementarse en 2005, la Provincia ignoraba el pedido de AGBA de que se restableciera el equilibrio de la ecuación económica del Contrato de Concesión. La Provincia también comenzó a implementar planes de obras en la zona de concesión de ABSA, todos ellos financiados con el respaldo de la Provincia. No se trata simplemente de una clara conducta discriminatoria en perjuicio de AGBA, sino de un accionar que demostraba que la Provincia no estaba dispuesta a mantener a un operador privado en el sector de agua y desagües cloacales.

207. A mediados de 2003 la Provincia dejó en claro su decisión de eliminar la inversión de Impregilo en AGBA con el desmantelamiento del Contrato de Concesión y el Marco Regulatorio. Por medio del Decreto del 9 de junio de 2003, el Gobernador de la Provincia derogó la ley por la cual se había aprobado el Marco

Regulatorio en el año 1996 y desmanteló las principales protecciones y garantías que había ofrecido la Provincia en la privatización de 1999. El decreto del Gobernador creó nuevas reglas que se apartaron radicalmente de las garantías consagradas en el Contrato de Concesión y en el Marco Regulatorio aprobado en 1996.

208. En primer lugar, mientras que el Contrato de Concesión especificaba que las tarifas se calcularían de conformidad con el costo económico de prestación del servicio, el nuevo régimen regulatorio basó las tarifas en la capacidad de pago de los clientes. En segundo lugar, AGBA ya no sería el prestador exclusivo en su zona de concesión. En tercer lugar, las inversiones en la zona de concesión las elegiría e implementaría la Provincia y no AGBA. En cuarto lugar, AGBA no tendría derecho a cobrar el cargo de conexión o el cargo de obras por nuevos clientes o nuevas conexiones. AGBA también perdería el derecho a cortar el servicio a los clientes morosos.

209. Por último, en julio de 2006, la Provincia rescindió el Contrato de Concesión con lo cual no quedó ningún operador privado en la Provincia ni en la Ciudad de Buenos Aires. Como motivo, la Provincia alegó que AGBA había incumplido las obligaciones que le imponía el Contrato de Concesión. Se trata de una acusación que carece de todo mérito. De hecho, cualquier incumplimiento del plan de inversiones por parte de AGBA se debió a los serios incumplimientos de los compromisos asumidos por la Provincia mediante el Marco Regulatorio y el Contrato de Concesión. Fue la Provincia y no AGBA la que se apartó de las reglas de la concesión al derogar garantías fundamentales del contrato y en especial al socavar la posibilidad misma del éxito de las inversiones con lo actuado en enero de 2002. La rescisión del Contrato de Concesión de AGBA no fue sino la culminación del deseo político de la Provincia y del Gobierno Nacional de recuperar el control del sector de agua y desagües cloacales.

La República Argentina:

210. Las medidas cuestionadas por Impregilo en el presente arbitraje constituyen medidas generales adoptadas por la República Argentina y la Provincia de Buenos Aires en un contexto de crisis sistémica y terminal. Estas medidas no violan ni el TBI Argentina-Italia ni el derecho internacional. Esas medidas debieron adoptarse en el contexto del colapso causado por la crisis económica, política y social más grave que sufrió la República Argentina. Se trata de medidas que alcanzaron a todos los habitantes de la Nación de la misma manera, ya fueran nacionales o extranjeros, y que tuvieron por objeto permitir un reordenamiento de la economía que evitó que se tornara inviable en el país toda actividad económica.

211. Impregilo busca escudarse en las medidas de emergencia adoptadas por la Argentina y por la Provincia de Buenos Aires para sanear el fracaso de la Concesión de AGBA. Dicho fracaso fue consecuencia de los altos riesgos asumidos por Impregilo, las malas decisiones empresarias que ésta tomó y el deficiente desempeño que tuvo a lo largo de la Concesión.

212. Impregilo a través de AGBA invirtió voluntariamente en una de las regiones más críticas de la Provincia, con altos índices de pobreza, con un bajo índice de habitantes

con acceso a la red de agua (35,4% de promedio) y a la red de cloacas (13,4% de promedio), y un alto índice de incobrabilidad (el 37% de los usuarios no pagaban sus facturas en 1999). El consorcio integrado por Impregilo conocía (o debía conocer) las características de la región.

213. Una muestra de lo poco atractiva que fue esta zona para los inversores radica en el hecho de que la licitación de la región fue declarada desierta en el primer llamado a presentar ofertas, y en el segundo llamado sólo se presentó el consorcio integrado por Impregilo, a quién se le adjudicó la Concesión luego del pago de un canon de US\$ 1,26 millones.

214. AGBA se comprometió a realizar un fuerte programa de inversiones y de obras en los primeros cinco años, a través del POES que ella presentó y que fue aprobado por la Provincia.

215. AGBA se había comprometido a invertir 230 millones de dólares durante los primeros cinco años y a lograr que, para el año 2004, el 74% de la población estuviese conectada a la red de agua y el 55 % estuviese conectada a la red de cloacas. La Concesionaria se había comprometido también a construir dos plantas de tratamiento de líquidos cloacales y a rehabilitar cinco plantas de tratamiento ya existentes.

216. Pese a los compromisos asumidos por AGBA, al poco tiempo del inicio de la concesión, AGBA dio muestras fehacientes de que no cumpliría con sus obligaciones. En mayo de 2001, antes de la adopción de las medidas de emergencia que se discuten en este caso, AGBA solicitó la renegociación del Contrato de Concesión y la suspensión de sus obligaciones, alegando la elevada tasa de incobrabilidad y las dificultades para obtener financiamiento. Estos eran dos riesgos que, voluntariamente, había asumido AGBA como concesionaria.

217. Dos meses más tarde, AGBA reiteró su pedido de renegociación y suspensión del POES, pero esta vez alegando la crisis económica que ya había comenzando a golpear a la República Argentina. A través de este segundo pedido, AGBA pretendía ocultar sus verdaderos problemas de gestión relacionados con la cobrabilidad y el financiamiento.

218. Asimismo, AGBA buscaba excusarse de sus incumplimientos en la realización del POES en la falta de construcción de dos plantas de tratamiento y la ampliación y rehabilitación de una tercera por parte de la Unidad Ejecutora Provincial ("UNIREC"). Sin embargo, las conexiones cloacales que vertían sus aguas en dichas plantas representaban sólo el 34,7% de las conexiones totales a realizar por AGBA en el primer quinquenio y las mismas sólo afectaban a algunos partidos y no al resto de la zona de concesión.

219. Entre diciembre de 2001 y enero de 2002 la crisis argentina llegó a su pico más alto. En enero de 2002 el Gobierno Federal dictó la Ley de Emergencia Nacional y al poco tiempo la Provincia dictó una ley similar para el ámbito provincial. Una de las primeras medidas que se aplicaron a los contratos de servicios públicos tanto a nivel nacional como a nivel provincial fue la derogación de los sistemas de cálculo de tarifas en dólares ya que ese sistema estaba atado a la vigencia del régimen de convertibilidad que había sido aplicado en Argentina entre 1991 y 2001.

220. En el caso de AGBA, esta medida cobró significativa relevancia debido a que, por las características propias de la población donde la compañía prestaba el servicio, un aumento de tarifas de por lo menos un 200% no habría podido ser soportado. Asimismo, debido a los serios problemas de cobrabilidad -producto de la ineficiencia de AGBA-, un aumento de tal magnitud sólo hubiera empeorado su situación.

221. Dentro de este contexto, en una muestra de buena fe por lograr la continuidad de la Concesión de AGBA, la Provincia dio por cumplidas las metas del POES respecto del primer año de la concesión (2000), aunque AGBA no había cumplido con las metas de expansión previstas para ese año. Simultáneamente, y en otra muestra de buena voluntad, la Provincia suspendió las obligaciones de la compañía con respecto al segundo año de la concesión (2001), cuando ya se vislumbraba que la compañía tampoco podría cumplir las metas previstas para ese período. A partir de ese momento y a fin de facilitar el proceso de renegociación del Contrato con AGBA, la Provincia no sancionó a la empresa a pesar de sus permanentes incumplimientos.

222. Como respuesta a la situación imperante, la Provincia sancionó un Nuevo Marco Regulatorio y abrió una instancia para el mejoramiento del contrato con AGBA manteniendo los principios del marco anterior e incluyendo herramientas fundamentales para facilitar la renegociación. Dicho marco fue invocado en numerosas oportunidades por AGBA buscando beneficiarse con su aplicación.

223. El proceso de renegociación fracasó por la exclusiva responsabilidad de AGBA que pretendía, entre otras cosas, un aumento tarifario desmedido del 93%, y desentenderse de toda inversión en el área de la concesión.

224. AGBA amenazó a la Provincia con rescindir el Contrato de Concesión por culpa de la Provincia si esta no hacía lugar a sus exigencias en el plazo de 45 días. Como prueba del cumplimiento de sus obligaciones, invocó que AGBA no había recibido sanciones, cuando ello se debía no a que no existieran incumplimientos sino a la voluntad de la Provincia de no afectar la prestación del servicio público. Esta situación no le dejó más remedio a la Provincia que rescindir el Contrato de Concesión debido a los flagrantes incumplimientos de AGBA durante los seis años que duró la concesión. En la rescisión del Contrato de Concesión, la Provincia siguió el procedimiento y aplicó las causales previstas en el Contrato de Concesión. AGBA interpuso un reclamo judicial contra el decreto de rescisión ante los tribunales administrativos de La Plata en donde ha hecho una reserva de reclamar por daños.

225. No puede atribuirse responsabilidad a la República Argentina por los riesgos asumidos por Impregilo y por la mala gestión de AGBA. De todas formas, aunque estas particularidades en el caso no existiesen, las medidas adoptadas por la República Argentina y la Provincia no fueron contrarias al TBI ni al derecho internacional consuetudinario ni al derecho argentino.

226. El cálculo de daños presentado por Impregilo se basa en calcular los ingresos que habrían obtenido por realizar inversiones que nunca se hicieron, financiadas con crédito que nunca se obtuvo, por una evaluación inadecuada de negocios sustentada en proyecciones financieras optimistas e incorrectas, debido a riesgos de negocios que la firma no supo o no pudo tener en cuenta al evaluar la oportunidad del negocio. En

cualquier caso, las medidas que Impregilo cuestiona no causaron daño alguno a su inversión, en tanto la misma tenía un valor neto altamente negativo al momento de adoptarse esas medidas.

227. La República Argentina ha otorgado en todo momento un trato justo y equitativo a la inversión de Impregilo de conformidad con el TBI y el derecho internacional. Como se dijo, las medidas que Impregilo cuestiona tienen un carácter general sin aspecto discriminatorio alguno. En particular, los inversores nacionales y extranjeros que se encontraban en situaciones similares fueron tratados exactamente igual.

228. Las medidas adoptadas no constituyeron actos expropiatorios en violación del TBI ni del derecho internacional, y no hubo ninguna privación sustancial de su propiedad. Asimismo, los actos regulatorios de la Provincia y de la Argentina fueron legítimos y proporcionados. En este caso cobra particular relevancia la potestad regulatoria del Estado a fin de garantizar a sus habitantes el derecho humano al agua.

229. No existe arbitrariedad alguna en las normas adoptadas por la República Argentina. Frente a la crisis terminal desatada, la República Argentina y la Provincia tomaron una serie de medidas que se encontraban plenamente justificadas por la necesidad de reducir en la medida de lo posible sus efectos, tanto sobre el país en general como sobre las inversiones en particular.

230. Por otra parte, las obligaciones asumidas por la República Argentina en materia de inversiones no desplazan las obligaciones asumidas en tratados de derechos humanos. Por ello, las obligaciones que emanan del TBI no deben interpretarse aisladamente sino en armonía con las normas de protección de los derechos humanos. En particular, en este caso deben tenerse presente tratados de derechos humanos que contemplan el derecho humano al agua.

231. Sin perjuicio de que la República Argentina no incumplió disposición alguna de los tratados, las medidas cuestionadas se encuentran amparadas por el Artículo 4 del TBI y bajo el estado de necesidad del derecho internacional. Su adopción fue la única alternativa viable para evitar la disolución del Estado Argentino.

C. El razonamiento del Tribunal de Arbitraje

(i) El Contrato de Concesión

232. El 7 de diciembre de 1999 se celebró el Contrato de Concesión que le confería una serie de derechos y obligaciones a AGBA, en calidad de concesionario, los cuales se encontraban contemplados tanto en el Marco Regulatorio, como en el propio Contrato. El Artículo 3.2 del Contrato disponía que AGBA debería, en particular, “realizar todas las tareas inherentes a la prestación del Servicio, en las condiciones establecidas en las disposiciones aplicables, de modo de garantizar la provisión eficiente a los Usuarios, la protección de la salud pública, y la utilización racional de los recursos”.

233. De conformidad con el Artículo 3.3, el suministro de agua potable y el servicio de desagües cloacales debía expandirse según lo establecido en el POES y en los

Planes Quinquenales que iban a formar parte del Contrato y que eran vinculantes para AGBA.

234. El POES (Anexo F del Contrato) disponía que AGBA debería expandir los servicios de agua potable y desagües cloacales y alcanzar ciertas metas específicas en cada región. Las redes de agua potable y desagües cloacales deberían expandirse durante los primeros dos años con un determinado número de conexiones nuevas, especificadas por partido, y la expansión debería continuar creciendo significativamente a partir del tercer año. En el Artículo 1.8 del Contrato de Concesión, AGBA se comprometía a realizar todas las inversiones necesarias para implementar el POES.

235. A cambio, en el Contrato de Concesión se le otorgaban diversos derechos y garantías a AGBA. De acuerdo con el Artículo 1.6 del Contrato de Concesión, AGBA gozaría del derecho exclusivo de proveer el servicio dentro de la Zona de Concesión, con sujeción al Marco Regulatorio y a ciertas disposiciones del propio Contrato. Conforme al Artículo 3.5, los propietarios tendrían la obligación de conectarse a la red de agua mediante el pago de la conexión domiciliaria a AGBA. También tendrían la obligación de pagar por el Servicio de conformidad con el régimen tarifario aplicable, aun cuando el inmueble no tuviera conexión con las redes externas del Servicio. No obstante, esta disposición no sería aplicable respecto de inmuebles deshabitados si hubiera mediado una solicitud de no conexión o de desconexión del Servicio, las cuales se encontrarían sujetas a los cargos previstos en el Régimen Tarifario para esos casos especiales.

236. El sistema de tarifas se detalla en el Anexo Ñ del Contrato de Concesión. En dicho anexo, se establecían los precios a ser pagados por los Usuarios de AGBA, en concepto de cargos de conexión y de obra que los usuarios debían pagar al conectarse a los servicios de agua potable y desagües cloacales y también se autorizaba a AGBA a interrumpir la prestación de sus servicios bajo ciertas condiciones cuando los usuarios se retrasaban en el pago de sus facturas.

237. El plazo de la concesión era de 30 años, y el primer año de operaciones fue el año 2000.

(ii) La inversión de Impregilo

238. Impregilo es titular del 42,58% de las acciones de AGBA y realizó una inversión de capital por un valor de USD 21,3 millones en AGBA. En el presente caso, Impregilo ha alegado, en gran medida, la violación de los derechos pertenecientes a AGBA y puede, por lo tanto, considerarse que concibió a los derechos de AGBA como inversiones protegidas.

239. Cabe destacar que AGBA es una compañía argentina, dado que fue constituida de conformidad con las leyes de Argentina y fue inscripta en Argentina.

240. En su Artículo 25(2), el Convenio del CIADI provee una definición de las compañías que pueden considerarse nacionales de un determinado Estado:

“(2) Se entenderá como ‘nacional de otro Estado Contratante’:

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

241. En el Artículo 1 del TBI, se brinda la siguiente definición del término “persona jurídica”:

“Por ‘persona jurídica’ se entiende, con relación a cada una de las Partes Contratantes, cualquier entidad constituida de conformidad con la legislación de una Parte Contratante, con sede en el territorio de esa Parte y por esta última reconocida, tales como entidades públicas que realizan actividades económicas, sociedades de personas o de capitales, fundaciones y asociaciones, independientemente de que su responsabilidad sea limitada o no”.

242. Es posible inferir que AGBA no es un inversor protegido en virtud del TBI. Tampoco es una persona jurídica que, debido al control extranjero, las Partes Contratantes hayan acordado tratar como un nacional de Italia, cuyos derechos serían inversiones protegidas a los efectos del Convenio del CIADI y el presente arbitraje.

243. Una situación similar se presentó en el caso *CMS c. Argentina*, donde el tribunal señaló lo siguiente:

“En [...] opinión [del Tribunal], si bien la adquisición de acciones constituye una inversión a la luz del Tratado, ni TGN como sociedad Argentina ni la Licencia constituyen una inversión en los términos del TPPI. TGN, continúa el argumento, tiene sus propios activos, incluida la Licencia; puesto que estos activos no constituyen una inversión en los términos del Tratado, la reclamación de CMS, basada en la supuesta violación de los derechos de TGN en los términos de la Licencia, no puede considerarse que surja directamente de una inversión”⁷².

244. En el caso *CMS*, el tribunal asumió la jurisdicción, pero no sobre la base de los derechos de la compañía argentina TGN, ni sobre los derechos relativos a la Licencia, que no constituían una inversión protegida, sino en virtud de la participación accionaria de CMS en la compañía argentina:

“El Tribunal [...] no encuentra en el derecho internacional actual un obstáculo al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante, ni siquiera si esos accionistas son minoritarios o no controladores.

Debido a que los derechos del Demandante pueden ejercerse en forma independiente de los derechos de TGN y de aquellos relativos a la Licencia [...] y debido a que el Demandante tiene una acción independiente bajo el Tratado respecto de la inversión protegida, el Tribunal concluye que la presente controversia surge directamente de la inversión realizada y que, por consiguiente, no existe un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción en esta materia”⁷³.

245. De igual modo, AGBA no es un inversor protegido en virtud del Convenio del CIADI o del TBI y sus derechos contractuales no pueden considerarse inversiones

⁷² *CMS supra*, nota 35, 17 de julio de 2003, párrafo 66.

⁷³ *Íd.* párrafos 48 y 68.

protegidas. Por otro lado, las acciones de Impregilo en AGBA sí constituían inversiones protegidas por el TBI. Sobre este punto, puede hacerse referencia a los casos *Suez* y a la cita que sigue a continuación extraída de uno de estos casos:

“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. - - - 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 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”⁷⁴.

246. En consecuencia, la inversión protegida en este caso es la participación accionaria de Impregilo en AGBA. Ello sin perjuicio de que las medidas en principio adoptadas respecto de AGBA puedan también afectar la inversión de Impregilo.

(iii) Ejecución por parte de AGBA y finalización del Contrato de Concesión

247. En una carta de fecha 17 de mayo de 2001, AGBA le comunicó al Ministro de Obras y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires que había experimentado grandes dificultades para recibir los pagos por parte de los usuarios de sus Servicios y que ello había afectado su capacidad para realizar las inversiones requeridas por el programa de expansión. De igual manera, dado que no había obtenido préstamos bancarios, AGBA se había visto imposibilitada de cumplir con las metas del Plan Quinquenal. En consecuencia, AGBA realizó el siguiente pedido:

“En los dieciséis meses que llevamos de gestión, AGBA ha dado muestras acabadas de su capacidad para llevar adelante en forma eficiente la ejecución del Contrato de Concesión en todo lo que respecta a aspectos que razonablemente estuvieron dentro de su esfera de control. Los inconvenientes expuestos en los párrafos precedentes superan ese marco y, por tanto, hacen necesario poner en marcha mecanismos correctores que permitan recomponer el equilibrio del Contrato a fin de poder cumplir con su finalidad.

En razón de lo expuesto, y a los fines de proceder con la urgencia que esta situación exige, solicitamos la conformación de una comisión de trabajo con el objetivo de analizar en forma conjunta las soluciones y alternativas que se estimen más adecuadas para alcanzar ese objetivo.

Solicitamos asimismo, se adopte como medida provisional, disponer la suspensión temporal de las metas de expansión, hasta tanto la referida comisión alcance sus conclusiones.

Finalmente, solicitamos la activa cooperación del Concedente en el actual proceso de gestión de la financiación ante el [Banco Interamericano de Desarrollo], en aquellos aspectos que puedan resultar de su competencia”.

248. Poco tiempo después, en cartas de fecha 17 de julio y 15 de agosto de 2001, AGBA solicitó al ORAB que suspendiera temporalmente la ejecución del POES. En dichas cartas, AGBA hacía referencia a la grave situación económica. En una carta de septiembre de 2001, AGBA mencionaba los “graves problemas que impiden el

⁷⁴ *Suez II*, Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010, párrafo 130.

normal desarrollo de la Concesión” (traducción del Tribunal) y solicitaba al Gobernador que interviniera personalmente en el asunto. En una carta posterior del 27 de diciembre de 2001, AGBA solicitaba que se realizaran modificaciones al Contrato de Concesión a fin de recomponer el equilibrio original del Contrato. AGBA hacía referencia a la imprevisible e inusual imposibilidad de cobrar las tarifas por los servicios prestados en la zona de concesión y a la distorsión sobreviniente, excepcional e impredecible de las condiciones del mercado financiero que restringían el acceso al crédito e impedían el cumplimiento de los planes de inversión. Asimismo, AGBA planteaba una serie de asuntos específicos, tales como la abrupta transición a un sistema de tarifas medido, en violación del derecho de AGBA de obtener un precio de mercado justo por sus servicios, las deficiencias en el padrón de usuarios y la categorización incorrecta de usuarios, así como el incumplimiento por parte de las autoridades de instalar las plantas de tratamiento de la UNIREC.

249. Se infiere, entonces, que desde fines de la primera mitad de 2001, AGBA consideraba que la situación revestía una gravedad tal que no le permitía cumplir con las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión y que, por lo tanto, el Contrato debía modificarse en favor de AGBA o se tendrían que tomar otras medidas que lograran que la Concesión sea nuevamente un negocio viable para AGBA. A pesar de que AGBA, en su carta del 27 de diciembre de 2001, se quejaba de la acción o inacción de las autoridades respecto de asuntos específicos, parecería que AGBA, a esa altura, atribuía sus dificultades a la situación económica en general y a la dificultad para obtener los pagos por parte de los usuarios de sus servicios.

250. Sin embargo, AGBA también se refirió a una situación específica que explicaría parte de las dificultades de cobrabilidad: existía un gran número de usuarios no registrados conectados a la red de agua que no habían abonado los servicios anteriormente. En su carta del 17 de mayo de 2001, AGBA manifestó que las dificultades para el cobro de tarifas por los servicios prestados se habían agravado por la incorporación de 80.000 usuarios que no figuraban en el padrón de usuarios de AGOSBA y que representaban una tasa de incobrabilidad del 70% o incluso del 80% en algunos barrios. A estos usuarios nunca se les había cobrado por la inversión o por los servicios, lo que explicaba su renuencia a pagar.

251. No resulta claro si AGBA había sido advertida, con anterioridad a la celebración del Contrato de Concesión, de la existencia de este gran grupo de usuarios a los cuales nunca se les habían facturado los servicios brindados. En cualquier caso, la República Argentina no ha presentado pruebas convincentes que demuestren que AGBA había sido debidamente informada acerca de esta situación y, por consiguiente, el Tribunal de Arbitraje reconoce que en este aspecto la República Argentina tenía un cierto grado de responsabilidad por los problemas inesperados que AGBA debió enfrentar y que complicaron considerablemente las metas de cobrabilidad que AGBA se había fijado.

252. No obstante, dicha circunstancia no resulta suficiente para explicar la imposibilidad de AGBA de cumplir con las obligaciones estipuladas en el POES y el primer Plan Quinquenal en lo que respecta a las inversiones y la expansión del servicio de agua potable y desagües cloacales.

253. Aun así, durante el primer período de la concesión, las autoridades de Argentina mostraron un grado considerable de indulgencia y tolerancia respecto de cualquier deficiencia en el rendimiento de AGBA. El 27 de agosto de 2001, el Área Técnica del ORAB declaró que durante el primer año de la concesión, AGBA había cumplido con el POES en un grado aceptable. Asimismo, el Área Técnica respaldó la solicitud de suspensión del POES, en atención a las dificultades económicas que atravesaba la Provincia y el país. Posteriormente, el Área de Regulación Económica y el Área de Normas y Reglamentos del ORAB emitieron una opinión favorable el 23 de noviembre de 2001, y el 3 de diciembre de 2001, respectivamente. Un año más tarde, el 2 de diciembre de 2002, el Área Técnica del ORAB presentó un informe ante el Presidente del ORAB en el que manifestaba que AGBA había cumplido sustancialmente con las metas fijadas para el año 2000, el primer año de la concesión.

254. Finalmente, en la Resolución N° 69/02 del 5 de diciembre de 2002, el Directorio del ORAB, en representación de la Provincia, resolvió lo siguiente:

“[...] del análisis realizado, puede observarse que el Concesionario ha cumplido con las metas y calidad del servicio comprometidas para el año uno de la concesión, según las previstas en el Anexo F del Contrato de Concesión - - -.

Que con relación a las metas de expansión del servicio de agua potable y desagües cloacales previstas, cabe señalar que se ha cumplido con el número de conexiones mínimas para la región B indicadas en el artículo 2.1.1 y 2.1.2 del Anexo F del Contrato de Concesión.

Que en este sentido el Concesionario realizó 46.588 conexiones nuevas de agua potable, superando las 26.500 previstas para el año uno de la concesión (Artículo 2.1 del Anexo F), y con relación a conexiones de desagües cloacales ejecutó 15.380;

Que si bien el Contrato de Concesión exigía como meta de expansión, poner en servicio un total para toda la región de 26.000 nuevas conexiones de desagües cloacales, cabe mencionar que las plantas depuradoras de dichos líquidos cloacales, no se encontraban disponibles en ese periodo, a efectos de tratar los desechos cloacales de dichas conexiones, impidiendo de ese modo al Concesionario dar de alta a nuevos usuarios del servicio y consecuentemente habilitar el servicio correspondiente a las mismas;

Que no obstante ellos, debe destacarse también que la finalidad de las metas de expansión previstas en el contrato, es la liberación del servicio para su uso, y consecuentemente, el aumento del número de usuarios servidos, a través de los cuales el Concesionario pueda a su vez recuperar la inversión realizada en la obra de expansión;

Que la imposibilidad para el Concesionario de contar con las correspondientes plantas depuradoras justifica la no ejecución de la totalidad de las conexiones previstas en el Anexo F, respecto de desagües cloacales, toda vez que no es posible liberar al uso el servicio de desagües cloacales sin el correspondiente tratamiento de los efluentes recolectados por el mismo, lo cual además podía aparejar riesgos para la salud de la población, como así también alteraciones del medio ambiente, por las cuales debe velar este Organismo Regulador.

Que por otro lado, se determinó que para la renovación y reacondicionamiento de cañerías de agua potable, el Concesionario realizó 13.200 metros, lo que equivale a un 3,2% de la longitud total, mientras que respecto a cañerías de desagües cloacales, renovó y/o reacondicionó 17.200 metros, lo que equivale al 2,7% de la longitud total.

Que ello implica, de acuerdo al Artículo 2.3 del Anexo F del Contrato de Concesión y a los porcentajes comprometidos con relación a la renovación y/o reacondicionamiento anual de cañerías de agua potable y desagües cloacales, que el Concesionario ha cumplido con el porcentaje anual comprometido en el Anexo F del Contrato de Concesión - - -.

Que asimismo, el Concesionario ha dado cumplimiento a las metas de calidad de servicio, conforme surge del informe de Área Calidad del Servicio obrante a fojas 431 que expresamente establece “Con relación a la calidad del agua de consumo suministrada en la zona de concesión N° 2 y a las descargas de efluentes cloacales provenientes de las plantas de tratamiento de los servicios concesionados y para el año uno de la concesión, se informa que los mismo se encuentran comprometidos dentro de los parámetros establecidos por el Contrato (Anexo C y D)”.

255. Por lo tanto, el Directorio del ORAB resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO 1: Aprobar el Informe Anual de Avance del POES y sobre Niveles de Servicio presentado por [AGBA] correspondiente al año uno de la concesión, es decir, para el año 2000, por los considerandos que anteceden;

ARTÍCULO 2: Determinar que [AGBA] ha cumplido con las metas de expansión y calidad del servicio correspondientes al año uno (año 2000) de la concesión y previstas en el Anexo F del Contrato de Concesión, el cual se plasma en el Primer Plan Quinquenal integrante del POES aprobado por la resolución n° 07/01”.

256. Respecto del segundo año de la concesión, el año 2001, en una carta de fecha 13 de septiembre de 2001 dirigida al Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, AGBA hacía referencia a la grave situación que se había originado en relación con la implementación del Contrato de Concesión y solicitaba que se programara una reunión para discutir la situación. El 27 de diciembre de 2001, AGBA le solicitó al Gobernador de la Provincia que se mantuvieran negociaciones bilaterales en forma inmediata a fin de determinar los mecanismos más adecuados para restaurar el equilibrio de la ecuación económico-financiera del Contrato de Concesión, que había sido afectado por diversos acontecimientos.

257. El Tribunal de Arbitraje también destaca las reiteradas solicitudes realizadas por AGBA en 2001 para que se suspendiera temporalmente la ejecución del POES. El 30 de diciembre de 2002, el Directorio del ORAB, mediante la Resolución N° 77/02, concedió a AGBA la solicitud de suspensión (llamada “neutralización”) de las obligaciones del POES durante el segundo año de la concesión con el efecto de que las medidas que no se habían cumplido en el curso de ese año no acarrearían las multas previstas en el Artículo 13.2.5.5 del Contrato de Concesión.

258. En ese momento, la implementación del Contrato de Concesión se había visto drásticamente afectada por las leyes de emergencia promulgadas en Argentina a principios de 2002. El 6 de enero de 2002, el Gobierno Nacional Argentino promulgó la Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario mediante la cual se pesificaron los contratos de servicios públicos a un valor de paridad y se congelaron las tarifas. Se autorizó al Gobierno a renegociar los contratos de servicios públicos. El 11 de enero de 2002, el ORAB pesificó las tarifas de AGBA a un valor de paridad cambiaria. El 28 de febrero de 2002, la Provincia de Buenos Aires incorporó algunos artículos de la Ley de Emergencia a la Ley Provincial N° 12.858. El 27 de agosto de 2002, mediante la Resolución N° 56/02, el ORAB suspendió el derecho de AGBA de interrumpir la provisión del servicio de agua a aquellos usuarios que no habían pagado las facturas. El 9 de junio de 2003, mediante el Decreto N° 878/03, se implementó un Nuevo Marco Regulatorio para los servicios públicos de agua potable y desagües cloacales en la Provincia de Buenos Aires. Mediante una carta de fecha 25 de agosto de 2005, el Subsecretario de Servicios Públicos rechazó la solicitud de AGBA de que se la autorizara a aumentar las tarifas.

259. AGBA intentó que se renegotiara el Contrato de Concesión en diversas oportunidades y solicitó que se recompusiera el equilibrio entre las partes ante las nuevas circunstancias. Sin embargo, la posición de las autoridades parecía ser, en un principio, que AGBA había asumido obligaciones y riesgos y que no había motivo alguno para inclinar la balanza a su favor. Tras promulgarse la Ley de Emergencia, la Provincia parecía estar preparada, en principio, para discutir las modificaciones del Contrato. No obstante, no resulta claro si se llevaron a cabo negociaciones serias y la República Argentina explica el resultado negativo haciendo referencia a las supuestas demandas excesivas por parte de AGBA.

260. Existía una tensión creciente entre AGBA y la Provincia, que culminó en 2006 cuando el nuevo organismo regulador, OCABA, creado en 2003, emitió un informe en el que concluía que AGBA había incumplido con las obligaciones del Contrato de Concesión y del POES en varios aspectos. Ese mismo año, OCABA también multó a AGBA por no haberse ocupado de ciertos reclamos oportunamente.

261. Cabe destacar que, en una carta de fecha 14 de junio de 2005, dirigida al Ministro y al Subsecretario de Servicios Públicos y al Presidente del ORAB, AGBA acusó a la Provincia de incumplir con las obligaciones del Contrato de Concesión y declaró que, a menos que dicha situación se corrigiera en un plazo de 45 días, AGBA ejercería su derecho de rescindir el Contrato de Concesión. Finalmente, el 11 de julio de 2006, el Gobernador de la Provincia, mediante el Decreto N° 1666/06, rescindió el Contrato de Concesión por culpa de AGBA conforme al Artículo 14.1.3 (a), (b), (h), (i) y (k) del Contrato de Concesión. En relación con ello, el Gobernador, mediante el Decreto N° 1677/06 del 13 de julio de 2006, transfirió la concesión de servicios de agua y desagües cloacales de AGBA a ABSA, una compañía estatal que había sido constituida en 2002 y ya había tomado el control de las concesiones de Azurix en otras partes de la Provincia.

262. En el Decreto N° 1666/06, el Gobernador de la Provincia expresó los siguientes motivos para rescindir el Contrato de Concesión:

“Que en consonancia con la Resolución N° 84/06 y en el ámbito del Marco Regulatorio vigente y del Contrato de Concesión celebrado, numeral 14.1.3. última parte, el Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires, ha elaborado el informe requerido, fechado el 11 de abril de 2006, dando cuenta de incumplimientos contractuales por el concesionario que encuadran en causales de rescisión por culpa del mismo previstas en el numeral 14.1.3. del contrato de concesión;

Que en el contexto del referido numeral, caben a [AGBA] las siguientes imputaciones:

- 1) “Incumplimiento grave de disposiciones legales, contractuales o reglamentarias aplicables al servicio” (inc. a del citado numeral 14.1.3);
- 2) “Atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las metas de cobertura previstas en el POES” (inc. b de dicho numeral);
- 3) “Reiterada violación del reglamento del Usuario previsto en el artículo 13-II del Marco Regulatorio” (inc. h);
- 4) “Reticencia u ocultamiento reiterado de información al Organismo Regulador” (inc. i);

5) “Falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento del Contrato en los términos previstos en el artículo 11.1, y de la garantía de cumplimiento de las obligaciones del Operador prevista en el artículo 11.2” (inc. k);

Que se ha constatado la falta de cumplimiento oportuno por [AGBA] del “POES”, según informe del Directorio del OCABA emitido en la fecha mencionada, retrasos estos injustificados que perjudican el cumplimiento de las metas de cobertura previstas y que se han venido verificando con alarmante reiteración, configurando tal incumplimiento grave afectación a la calidad del servicio e índices de gestión que ameritan la rescisión por culpa del concesionario en función del numeral 14.1.3., inciso b) del contrato de concesión;

- - -

Que la Resolución N° 69/02 aprobó el cumplimiento de metas y avances del primer año de ejecución del primer plan quinquenal y su similar N° 77/02 estableció que sobre las metas de cobertura del año dos de la concesión, es decir, las previstas para el año 2001, debía disponerse la neutralización del plazo del plan de obras y expansión solicitado, determinando que los porcentajes no ejecutados debían ser adecuados con intervención del Poder Concedente;

Que la referida neutralización del plazo del “POES” para el año dos de la concesión, no implicó soslayar las metas comprometidas por el concesionario para ese año, sino prever que las mismas debían ser readecuadas en los términos y bajo el procedimiento que establece la Ley de Emergencia 12.858 con el Poder Concedente;

Que en efecto, el Director presidente del [ORAB] en nota de fecha 11 de septiembre de 2001, elevada a consideración del Subsecretario de Servicios Públicos, remarcó que la solicitud de neutralización no implicaba, en modo alguno, una eximición del “POES”. Así, señaló: “... este Organismo Regulador estima que la evaluación del aplazamiento del plan quinquenal solo debe circunscribirse a las metas de cobertura (obras de expansión), entendiendo atendible la causa invocada y considerando prudente otorgar un plazo no mayor de 6 meses, para reanudar las obras al tiempo exigido en el plan quinquenal”. En otras palabras, al término del plan quinquenal deberán estar cumplidas todas las metas de cobertura indicadas en el mismo y en igual sentido se expidió el Área de Regulación Económica del ORAB;

Que cuando el Directorio del ORAB dictó resolución autorizando para el año dos de la concesión de AGBA la neutralización de los plazos del “POES” aprobado por Resolución N° 7/01, expresamente señaló que las metas de expansión y calidad del servicio correspondientes al año dos del Primer Plan Quinquenal deberían ser adecuadas con intervención del Poder Concedente en el marco del procedimiento de adecuación de los contratos de servicio público dispuesto por Ley 12.858 y Decreto N° 1175/02 - - -;

- - -

Que de ello se desprende que la neutralización del plazo del “POES” autorizada por el ORAB no eximía a AGBA de las metas comprometidas y que no habían sido ejecutadas en el año dos de la concesión, puesto que ellas debían ser alcanzadas en los años siguientes del primer plan quinquenal;

Que centrando la problemática en detalles puntuales, cabe consignar que surge del Anexo I de la Resolución N° 7/01 que el concesionario se obligó a realizar inversiones por ochenta y seis millones seiscientos sesenta y tres mil setecientos dólares estadounidenses para la expansión de la red de agua potable en los diferentes partidos del área de concesión, no cumpliendo con sus obligaciones conforme se desprende del informe realizado por el Organismo de Control;

Que en la ciudad de Belén de Escobar si bien la empresa cumplió con el porcentaje de población servida prevista en el “POES”, esto es el 78,5%, no ejecutó la red de agua potable en los siguientes barrios: a) Barrio Paravi donde se deberían ejecutar 2.740 m. de cañería de agua y 165 conexiones domiciliarias; b) Barrio Philips con 6.300 m. y 312 conexiones domiciliarias; y c) Barrio ex Ruta 9 con 4.440 m. y 311 conexiones domiciliarias;

Que en el Partido de General Rodríguez [AGBA] no cumplió con las metas fijadas en el “POES”, pues distribuye agua potable al 47,34% cuando se obligó a alcanzar el porcentaje de 55,3 de población servida;

Que la falta de cumplimiento de la metas estipuladas en el referido Partido se debió a la no realización de las siguientes obras: a) Red de distribución en el barrio Porteño donde se ejecutarían 18.750 m. de cañería de agua de distintos diámetros y 428 conexiones domiciliarias; b) Red de distribución en el barrio Irigoyen donde se ejecutarían 13.700 m. de cañería de distintos diámetros y 944 conexiones domiciliarias; c) Red de distribución en el barrio Los Viveros donde se ejecutarían 13.250 m. de cañería de agua de distintos diámetros y 447 conexiones domiciliarias; d) Red de distribución en el barrio San Martín donde se ejecutarían 23.700 m. de cañería de agua de distintos diámetros y 853 conexiones domiciliarias; e) Red de distribución en el barrio Orence donde se ejecutarían 9.900 m. de cañería de agua de distintos diámetros y 262 conexiones domiciliarias; y f) Red de distribución en el barrio Ruta 24 donde se ejecutarían 9.200 m. de cañería de agua de distintos diámetros y 157 conexiones domiciliarias;

Que en el Partido de José C. Paz el incumplimiento de las metas es elocuente pues del 58,2% de población que “[AGBA] debía servir de agua potable, solamente alcanzó dicha meta respecto al 8,82%;

Que los motivos por los que en dicho Partido no se cumplieron las metas fueron la inejecución de las siguientes obras: a) Obras de captación a partir de una batería de veintidós pozos a ubicarse en una zona de captación comprendida en el Partido de Moreno, donde se debería instalar una cámara de carga, el acueducto correspondiente de 36.250 m. de cañería de agua y una cisterna de 10.000 m³; b) Las redes encargadas de la distribución ascienden a la suma de 209.000 m. de cañería de agua en distintos diámetros, con 23.900 conexiones domiciliarias;

Que en el Partido Malvinas Argentinas, el incumplimiento del servicio a nuevos usuarios es prácticamente total, pues solamente se ha servido de agua potable al 5,29% de la población, cuando la obligación impuesta a [AGBA] por el “POES” era servir al 67,2%;

Que en dicho Partido no se ejecutaron las siguientes obras: a) Obras básicas y habilitación del barrio Grand Bourg Sur que incluían once perforaciones próximas al Acceso Norte, 16.300 m. de cañería de impulsión, una cámara de carga, dos cámaras de llegada, dos cisternas, dos sistemas de bombeo para la distribución en red; y b) Una red de distribución de 41.710 m. de cañería de agua con 6.000 conexiones domiciliarias;

Que en el Partido de Merlo las metas impuestas al concesionario en el “POES” se orientaban a servir al 83,1% de la población, pero el cumplimiento alcanzó a solo el 46,44% de los habitantes;

Que los motivos por los cuales no cumplió con las metas en dicho Partido fueron la inejecución de las siguientes obras: a) Obras básicas de captación barrio Libertad, que incluyen veintiséis perforaciones además, una cámara de carga, un acueducto hasta Libertad y una cisterna de 10.000 m³. La cañería de impulsión tendrá una longitud de 27.600 m. de cañería de agua; b) Respecto a la red de distribución que se debería haber ejecutado para la finalización del primer quinquenio, las longitudes ascienden a 2386.300 m. de cañería de agua con 34.269 conexiones domiciliarias para las primeras 2 etapas; c) Red de distribución de Merlo Norte con 52.100 m. de cañería de agua y 7.150 conexiones domiciliarias;

Que en el Partido de Moreno, el informe del Organismo de Control de Aguas explicita que [AGBA] no cumplió con las metas comprometidas en el “POES”, pues debía servir al 81,1% de la población y solo alcanzó al 42,73%;

Que en ese Partido, las obras no ejecutadas fueron las siguientes: a) Obras básicas y de distribución en La Reja, La Reja Grande y Francisco Álvarez, comprendiendo la realización de una batería de ocho pozos a ubicarse en una zona de captación situada al sur – oeste del Partido, próxima a la presa de embalse Ingeniero Roggero, 3.600 m. de cañería de impulsión y un tanque de 1.000 m³; b) Redes de distribución y conexiones domiciliarias: La Reja: 54.200 m. con 3.058 conexiones domiciliarias, La Reja Grande: 14.450 m. de cañería de agua con 3.136 conexiones

domiciliarias; Ampliación red de distribución barrio Trujuy, comprende la realización de una batería de doce pozos ubicados al oeste de la zona a abastecer, próximo al aeródromo Mariano Moreno y una cañería de impulsión de 10.150 m., la distribución se proyectó desde el tanque de Trujuy con una longitud de 86.200 m. de cañería de agua con 9.913 conexiones domiciliarias; y c) Obras en Lomas de Mariló: comparte la producción de la batería arriba nombrada y la red de distribución a ejecutar ascendería a 60.700 m. de cañería de agua con 5.502 conexiones domiciliarias;

Que en el Partido de San Miguel, de acuerdo al informe proporcionado por el Organismo de Control de Aguas, no se cumplieron las metas del "POES" pues del 74,5% de la población que debía ser servida de agua potable, solamente llegó el servicio a un 45,11%;

Que los motivos por los cuales no se cumplieron con las metas en dicho Partido fueron la no ejecución de las siguientes obras: a) Obras básicas y de distribución para Bella Vista y Barrio Muñiz, comprende la realización de trece perforaciones en una zona de captación próxima al oeste de Bella Vista, la construcción de un tanque de 1.000 m³, 7.865 m. de cañería de impulsión, 164.000 m. de redes de distribución de diversos diámetros con 15.638 conexiones domiciliarias; b) Obras básicas y de distribución para ampliación barrio Santa Brígida, comprende la ejecución de dos perforaciones, 150 m. de cañería de impulsión, 18.650 m. de cañería de distribución con 2.395 conexiones domiciliarias;

Como corolario de lo expuesto, surge claramente que [AGBA] solamente cumplió las metas de expansión de la provisión de agua potable para el Partido de Escobar, aunque no ejecutó la totalidad de las obras comprometidas y que respecto al resto de los Partidos mencionados, los incumplimientos del "POES" surgen palmarios, puesto que no ha alcanzado ningún parámetro de expansión del servicio de provisión de agua potable;

- - -

Que el Anexo F del contrato de concesión también establece que al finalizar el quinto año de concesión, el porcentaje de cobertura de usuarios con micromedición debía ser del 40%, pero el concesionario, conforme el informe del Organismo de Control de Aguas, incumplió en su totalidad tales metas al no haber colocado casi ningún medidor de consumo de agua;

Que la concesionaria tampoco cumplió la Resolución N° 21/04 dictada en el expediente N° 2430- 506/04, por la cual se le ordenó la instalación de determinados números de micromedidores;

- - -

Que consecuentemente ha quedado demostrado que la concesionaria ha incumplido las metas de micromedición, al no haber colocado medidores a los usuarios a efectos que al concluir el quinto año de la concesión el sistema de facturación del servicio sea un cuarenta por ciento por medición de consumo, manteniéndose en consecuencia en un cien por cien el régimen de facturación no medido o por tasa;

Que de acuerdo al Anexo I de la Resolución N° 7/01 el concesionario se obligó a realizar inversiones por ciento cuarenta y cuatro millones doscientos cincuenta y tres mil seiscientos dólares estadounidenses, para la expansión de la red de desagües cloacales en diferentes partidos del área de concesión, para la cual debía ejecutar las obras descriptas en el Anexo de dicho acto administrativo;

Que en la ciudad de Belén de Escobar la concesionaria alcanzó las metas del "POES" pero no ejecutó la ampliación de la red cloacal en la zona ubicada al este de la planta depuradora cloacal, que involucra unas trescientas conexiones domiciliarias;

Que, además [AGBA] debía ejecutar un nuevo módulo de la planta depuradora cloacal para quince mil habitantes, obra que no realizó alcanzando el porcentaje de la población servida al terminar el primer quinquenio de 56%;

Que en el Partido de General Rodríguez a fin de dar cumplimiento a las metas establecidas en el "POES", esto es servir de desagües cloacales al 43,4% de la población, se debería haber ejecutado la ampliación de la red cloacal de los siguientes barrios: Los Viveros, La Armonía, Solidaridad I, Rafa, y Casco Chico con seiscientas conexiones domiciliarias;

Que a su vez estaba prevista la ejecución de un nuevo módulo de la planta depuradora cloacal para quince mil habitantes, obra que tampoco ejecutó la concesionaria; llegando el porcentaje de la población servida al final del primer quinquenio al 42,01%;

Que en el Partido de José C. Paz, la prestadora no ejecutó ninguna de las obras comprometidas, incumpliendo todas sus obligaciones de inversión;

Que debió haber construido una planta depuradora cloacal sobre el arroyo Pinazo con una capacidad inicial para cien mil habitantes, a efectos de recibir los efluentes cloacales de José C. Paz Sur, conducidos por un colector máximo que receptoría los líquidos de las redes colectoras domiciliarias a instalar;

Que en José C. Paz Norte tampoco construyó la red que debía empalmarse con el sistema cloacal del partido de Malvinas Argentinas;

Que debido a que la concesionaria no ha ejecutado ninguna de las obras comprometidas, el porcentaje de población servida para esta localidad es 0%, lo que implica un incumplimiento total y absoluto del "POES";

Que en el Partido Malvinas Argentinas [AGBA] no ejecutó ninguna de las obras a que se había obligado en función de las metas establecidas en el "POES" de servir de cloacas al 40,9% de la población de dicho lugar;

Que en dicho Partido debió haber ejecutado el primer módulo de la planta depuradora cloacal sobre el arroyo Claro con una capacidad de depuración de ciento sesenta y cinco mil habitantes, construido las redes domiciliarias y colectores máximos para servir a la localidad en el porcentaje estipulado y también las obras tendientes a conducir los líquidos cloacales de José C. Paz Norte;

Que como consecuencia de dichos incumplimientos el porcentaje de la población servida del Partido es 0%, lo que implica que no se alcanzó ninguna de las metas de expansión que establecía el "POES";

Que en el Partido de Merlo el concesionario se había obligado a extender el servicio de provisión de desagües cloacales al 58,8% de la población del lugar, para lo cual debió haber ejecutado las siguientes obras: a) Red colectora domiciliaria barrio Parque San Martín y colectores máximos; b) Ampliación red colectoras domiciliarias barrio Libertad y Colectores máximos;

Que con referencia a las conexiones domiciliarias, faltaron ejecutar cuarenta y seis mil conexiones para llegar a las metas establecidas en el "POES" que eran de setenta y ocho mil quinientas conexiones;

Que con respecto al tratamiento de los líquidos cloacales en el barrio Libertad, se debía incrementar la capacidad de tratamiento de la planta depuradora cloacal a noventa mil habitantes;

Que el porcentaje de población servida al final del primer quinquenio llegó tan solo al 23,77%, cuando el "POES" obligaba a servir al 58,8% de los habitantes del Partido;

Que en el Partido de Moreno la concesionaria no ejecutó las siguientes obras: a) Ampliación red colectoras domiciliarias en La Perlita, Villa Anita y Moreno 2000 con 148.400 m., los colectores máximos correspondientes y 14.900 conexiones domiciliarias; b) Ampliación red en Trujuy y Paso del Rey, con 130.000 m. de colectoras domiciliarias, 12.800 conexiones domiciliarias y una estación de bombeo para 13.000 habitantes;

Que el porcentaje de población servida al finalizar el primer quinquenio, llegó al 20,96% cuando por obligación contractual debía alcanzar al 57,8% de los habitantes de dicho Partido;

Que en el Partido de San Miguel [AGBA] debió haber ejecutado ampliaciones de redes domiciliarias, colectores máximos y diecinueve mil doscientas conexiones domiciliarias para completar las treinta y tres mil trescientas noventa y tres que estipulaban las metas del Plan Quinquenal de Obras de Expansión, no cumpliendo tampoco con las metas comprometidas en el "POES";

Que se desprende de lo reseñado que [AGBA] tampoco ha cumplido con las metas de expansión del servicio de desagües cloacales";

263. Luego de un extenso relato de los aspectos respecto de los cuales AGBA no había cumplido con sus obligaciones, la Resolución determinó:

"Que se trata de un incumplimiento contractual grave, reiterado y sistemático, pues AGBA no ha ejecutado la mayoría de las obras de expansión del servicio de provisión de agua potable y de desagües cloacales, a cuya construcción la obligaba el Anexo F del Contrato de Concesión;

Que en particular constituye una violación grave y flagrante que en los Partidos de José C. Paz y Malvinas Argentinas la concesionaria no haya ejecutado ni una sola de las obras de desagües cloacales comprometidas, por lo que no existe población servida, lo que implica un incumplimiento total y absoluto del "POES" en este aspecto;

Que respecto a las normas de calidad del servicio las muestras de agua potable obtenidas prueban que el valor del ion nitrato se encuentra excedido respecto de los parámetros establecidos en el contrato de concesión;

Que en lo que hace a los desagües cloacales se utilizó el mismo método y los resultados indican que las plantas depuradoras exceden parámetros de normas de calidad respecto de nitrógeno, coliformes totales y demás compuestos;

Que de acuerdo al informe del Organismo de Control, la planta depuradora cloacal de Escobar se encuentra fuera de régimen en casi todos los parámetros y la de San Miguel tiene un funcionamiento casi nulo, ya que todos sus parámetros están elevados de acuerdo a la normativa vigente;

Que en lo atinente a la calidad de abastecimiento del servicio el informe técnico resalta con detalle que [AGBA] incumplió con sus obligaciones de mantenimiento de los tanques de reserva de agua potable, encontrándose gran parte de ellos fuera de uso, dado su mal estado de conservación;

Que los tanques fuera de uso y servicio por mal estado de conservación y mantenimiento son: a) Escobar: Escobar Centro; b) General Rodríguez: Tanque de H° A° fuera de servicio; c) Malvinas Argentinas: Barrio Primavera; d) Merlo: Merlo Centro y Parque San Martín; e) Moreno: Moreno Centro, La Perlita, Trujuy (en servicio pero con importantes fisuras sin reparar); f) San Miguel: San Miguel Centro y Barrio General Sarmiento.

Que también respecto al abastecimiento del servicio, el Anexo F del contrato establece que al finalizar el primer quinquenio y/o en el plazo de cinco años, la presión de agua potable debía ser de diez metros de columna de agua (10 m.c.a.), advirtiéndose que en todo el territorio de la concesión la medición de la presión del suministro no alcanza a cumplir las metas proyectadas, constituyendo prueba de ello los constantes y sucesivos reclamos de los usuarios;

- - -

Que [AGBA] ha incumplido los niveles de calidad de los servicios de agua potable y desagües cloacales, según los parámetros fijados por los numerales 3.6 y 3.12 del Contrato de Concesión,

poniendo en riesgo permanente la salud y la vida de la población, sin tomar medidas tendientes a rectificar o subsanar la situación lo antes posible;

Que por Resolución N° 52 del 24/07/02, el [ORAB], tomando en cuenta denuncias de vecinos del Barrio Alem, de autoridades locales y los resultados de la inspección llevada a cabo por el Área Técnica del Organismo en orden a que la planta depuradora de dicho Barrio se encontraba abandonada, sin el mantenimiento necesario a cargo del concesionario para la prestación del servicio sanitario, procedió a intimar a [AGBA] a cumplir con las obligaciones que asumiera por el artículo 7.4 del Contrato de Concesión, indicándole que operara las instalaciones correctamente;

Que la concesionaria consideró que por no constituir un área servida al momento de la toma de posesión del servicio, no le correspondía la obligación de mantenerla en buen estado y menos de operarla;

Que, sin embargo, la Ley 11.820 en el Capítulo X y el Contrato de Concesión en el Capítulo 7, determinan el régimen aplicable a la concesión del servicio público sanitario, indicando que son aquellos que el concesionario recibe en virtud del contrato, incluyendo los bienes que adquiera o construya con el objeto de cumplir sus obligaciones derivadas del contrato, por lo que resulta su deber administrar y mantener los bienes afectados al servicio en las condiciones que se establecen en los capítulos de la Ley y del contrato citados;

- - -

Que el ORAB a través de Resolución N° 32/03 determinó que la Planta Depuradora de Bella Vista, Partido de San Miguel, integraba la unidad de afectación del servicio público, en los términos del artículo 43-II de la Ley 11.820, pues formaba parte del patrimonio de la ex AGOSBA.

- - -

Que por tal motivo [AGBA] debió operarla en condiciones adecuadas que permitan garantizar el mantenimiento de los efluentes cloacales para adecuarlos a los parámetros de calidad contemplados en el Anexo D del Contrato de Concesión, según las previsiones del artículo 3.13 del Contrato de Concesión;

Que el informe del Área Técnica determinó que la Planta Depuradora de Bella Vista presentaba un estado de abandono general, circunstancia que permite aseverar que no funcionaba y como consecuencia de su estado, de la falta de mantenimiento y de operación, los efluentes no reciben ningún tipo de tratamiento por lo cual se vierten crudos al cuerpo receptor;

Que por ello, habiendo incumplido [AGBA] las previsiones del artículo 3.13 del Contrato de Concesión respecto de los efluentes de la Planta depuradora de Bella Vista, Partido de San Miguel, como asimismo las normas contenidas en los numerales 7.4, 3.2, 3.3, 3.4 y concordantes de dicho Contrato le fue aplicada la multa prevista en el artículo 13.2.5.2 inciso e) del mismo y se la intimó a cesar en el incumplimiento, situación que actualmente en nada cambió”.

264. Asimismo, la Provincia sostuvo que AGBA había incumplido con la obligación asumida en el Contrato de Concesión de mantener una garantía de cumplimiento del Contrato y una garantía de operación. Sobre este tema, la Provincia manifestó lo siguiente:

“Que la afectación que este incumplimiento contractual produce al interés público de la concesión es gravísima, hasta el punto que de declarar la rescisión por culpa del concesionario, la Provincia carece de garantía para ejecutar, tal como lo establece el numeral 14.2.2.;

Que el incumplimiento es de naturaleza objetiva, y por sí solo causal suficiente a efectos de decretar la rescisión de la concesión por culpa exclusiva del concesionario;

Que cabe concluir que la totalidad de los incumplimientos reseñados pueden ser subsumidos en causales de rescisión por culpa del concesionario que prevé el artículo 14.1.3, toda vez que debe tenerse presente en tal sentido que el concesionario se encontraba obligado a realizar inversiones para ejecutar las obras comprometidas a efectos de alcanzar las metas de expansión y optimización del “POES” y que la emergencia N° 25.561 sancionada por el Estado Nacional, ni su par provincial, la Ley N° 12.858, relevaron al concesionario de observar las obligaciones asumidas por el Contrato de Concesión;

Que, por el contrario, el artículo 10 de la Ley N° 25.561, al que la Provincia de Buenos Aires adhirió a través del artículo 3° de la Ley 12.858, expresamente establece que ni la eliminación de las cláusulas de indexación, ni la pesificación de las tarifas de los servicios públicos, ni la renegociación de los contratos de concesión, autorizan en ningún caso al prestador del servicio público a suspenderlo o alterar el cumplimiento de sus obligaciones;

Que vale aclarar que el incumplimiento se encuentra en la instancia plenamente materializado y en función de lo dispuesto por el artículo 14.1.3 penúltimo párrafo no resulta subsanable, no pudiendo superarse ni tampoco revertirse; pues los daños y perjuicios a la población se han consumado”;

265. La Provincia manifestó que el incumplimiento de las obligaciones por parte de AGBA no podía subsanarse y agregó:

“Que corresponde destacar la carencia de acondicionamiento de las plantas depuradoras de líquidos cloacales que impacta negativamente en el medio ambiente y la salud pública, como también la falta de una inversión mínima que garantice el funcionamiento de las mismas en las localidades ya indicadas;

Que el incumplimiento observado alcanza al 84% para las instalaciones de redes de agua y prácticamente es total en cuanto al tendido de redes cloacales, circunstancias que han privado a prácticamente 100.000 posibles nuevos usuarios disponer de agua potable y 150.000 posibles usuarios de desagües cloacales en el ámbito de la concesión;

Que el perjuicio al interés público que ello ha ocasionado resulta irreparable, pues el Estado provincial al decidir la privatización de los servicios sanitarios tuvo como finalidad principal la mejora de las prestaciones existentes y su extensión a la población que en ese momento carecía de agua y de cloacas;

Que transcurridos seis años desde la firma del contrato, [AGBA] ha incumplido la casi totalidad de las metas comprometidas, no existiendo prácticamente inversión alguna en infraestructura de servicio, con excepción de las obras de agua y cloacas en los Partidos de Escobar y General Rodríguez;

Que resulta de importancia destacar que el concesionario ha violado de manera reiterada y sistemática el Reglamento del Usuario, por cuanto no ha atendido debidamente los reclamos de los mismos relacionados con la prestación o facturación de los servicios, ni les ha dado respuesta en los plazos establecidos como tampoco ha contestado en debido tiempo y forma las notas enviadas por el [ORAB] a efectos de dar satisfacción a quienes reclaman ante dicho Organismo;”

266. La Provincia concluyó lo siguiente:

“Que de ello se desprende que la concesionaria también ha incurrido en las causales de los incisos h) e i) del numeral 14.1.3 del Contrato de Concesión, que habilitan la rescisión por culpa del concesionario por reiterada violación al reglamento del usuario y reticencia u ocultamiento constante de información al que, a modo de síntesis, corresponde concluir que [AGBA] ha incurrido en gran número de incumplimientos contractuales graves que habilitan al poder concedente a rescindir el Contrato de Concesión por culpa exclusiva del concesionario, conforme los términos del numeral 14.1.3. incisos a), b), h), i) y k) del Contrato de Concesión”;

267. En los párrafos iniciales de la parte dispositiva de la Resolución, se expresa lo siguiente:

“EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, DECRETA:

ARTÍCULO 1º. Rescindir por culpa del concesionario, a partir de la fecha de notificación del presente Decreto, el contrato de concesión celebrado con [AGBA], por encuadrar su accionar en las causales previstas en el numeral 14.1.3. incisos a), b), h), i), k) y concordantes del referido contrato.

ARTÍCULO 2º. [OCABA], una vez notificado el presente Decreto, deberá adoptar los recaudos necesarios para la recepción y continuidad de la prestación del servicio público, de los bienes afectados a su prestación y del personal que corresponda traspasar, en los términos del numeral 14.4.3. del contrato de concesión”.

(iv) Expropiación

268. La primera interrogante que se plantea es si la inversión de Impregilo, tal como Impregilo reclama, fue expropiada o nacionalizada. Impregilo hace referencia a una serie de medidas adoptadas por las autoridades argentinas a lo largo de todo el plazo de la concesión que llevaron a la rescisión del contrato mediante el Decreto N° 1666/06.

269. El Artículo 5 del TBI Argentina-Italia no contiene una definición del término expropiación. No obstante, lo equipara con las figuras de la nacionalización, de la incautación y con otras medidas de efectos similares, y establece las condiciones que deben cumplirse en el supuesto de que dichos actos sean contrarios a las disposiciones del TBI. Dichas condiciones establecen que las medidas *(i)* respondan a imperativos de utilidad pública, de seguridad o interés nacional, *(ii)* sean adoptadas según el debido procedimiento legal, *(iii)* no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso contraído y *(iv)* estén acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada, efectiva y sin demora. En adelante, nos referiremos conjuntamente a la expropiación y a la nacionalización como “expropiación”.

270. Como sucede en la mayoría de los demás TBIs, puede considerarse que, en los términos del TBI Argentina-Italia, la expropiación consiste en una medida adoptada por un Estado en ejercicio de su soberanía mediante la cual se priva involuntariamente a un inversor de su propiedad. Asimismo, en este sentido, el término propiedad debe interpretarse en un sentido amplio que abarque tanto bienes materiales como inmateriales con valor económico, incluidas las concesiones y los derechos contractuales del inversor. Resulta necesario establecer una diferencia entre la expropiación y otras medidas de menor alcance que regulan o limitan el derecho de usar la propiedad. Dichas medidas pueden también afectar gravemente al inversor desde el punto de vista económico, pero no constituyen una expropiación. No obstante, existen casos dudosos en los que las restricciones al uso de la propiedad son tales que dejan al inversor con un mero derecho de propiedad nominal. Bajo ciertas condiciones, estos casos podrían considerarse expropiaciones indirectas. Existen otras situaciones en las que se adoptan medidas sucesivas que privan al inversor de su derecho de administrar su propiedad y que, en cierta medida y como resultado de varios actos, puede considerarse que lo han privado de su propiedad (la denominada “expropiación progresiva”).

271. En este caso, AGBA era la titular de la concesión e Impregilo era su principal accionista. Impregilo nunca fue privado de la titularidad de sus acciones en AGBA. No obstante, Impregilo goza de la protección del TBI en su calidad de accionista, lo que significa que si AGBA recibe un trato contrario a lo dispuesto en el TBI, Impregilo puede recurrir a sus derechos como accionista. En este sentido, el Tribunal también hace referencia al caso *Azurix*, en el que se trata una concesión similar en otras partes de la misma Provincia⁷⁵.

272. Durante el plazo de la concesión, se tomaron una serie de medidas que afectaron los derechos de AGBA. Sin embargo, ninguna de ellas derivó en la pérdida de la concesión. Tampoco podría considerarse que los efectos conjuntos de esas medidas resultaron en la pérdida de derechos de propiedad. Sólo se produjo una pérdida cuando la Provincia rescindió la concesión a través del Decreto N° 1666/06. No obstante, la rescisión de la concesión no equivale necesariamente a expropiación. De hecho, en el Contrato de Concesión se establecieron diversas causales de rescisión específicas y, si se produce la rescisión del Contrato de conformidad con dichas disposiciones, esto no constituye un acto de expropiación por parte del Estado, sino una medida adoptada por las autoridades públicas en su carácter de parte del Contrato.

273. Entre otras cosas, el Artículo 14.1.3 del Contrato de Concesión disponía lo siguiente:

“El Concedente podrá rescindir el Contrato por culpa del Concesionario, con fundamento en las siguientes causas.

a) Incumplimiento grave de disposiciones legales, contractuales o reglamentarias aplicables al Servicio.

b) Atrasos reiterados e injustificados en el cumplimiento de las metas de cobertura previstas en el POES.

- - -

h) Reiterada violación del reglamento del Usuario previsto en el artículo 13-II del Marco Regulatorio.

i) Reticencia u ocultamiento reiterado de información al Organismo Regulador.

- - -

k) Falta de constitución, renovación o reconstitución de la garantía de cumplimiento del Contrato en los términos previstos en el artículo 11.1, y de la garantía de cumplimiento de las obligaciones del Operador prevista en el artículo 11.2.

- - -

En los casos en que el incumplimiento o la infracción sean subsanables por su naturaleza, el Organismo Regulador deberá intimar al Concesionario para que corrija su accionar, subsane en alguna forma idónea la falta cometida y efectúe el correspondiente descargo, en el término que se fijará según las circunstancias del caso, la naturaleza de la infracción y el interés público, que en ningún caso será inferior a treinta (30) días. Vencido el término otorgado al Concesionario, en la medida que se hubiere acreditado la infracción o el incumplimiento respectivo, el

⁷⁵ *Laudo Azurix, supra* nota 71.

Organismo Regulador comunicará dicha circunstancia al Concedente, quien podrá disponer la rescisión del Contrato por culpa del Concesionario”.

274. En su Decisión del 11 de julio de 2006, mediante la cual se dispuso la rescisión del Contrato, la Provincia de Buenos Aires hizo referencia a numerosos incumplimientos de las obligaciones contractuales por parte de AGBA y fundamentó la rescisión en lo establecido en los incisos a), b), h), i) y k) del Artículo 14.1.3 del Contrato.

275. Impregilo sostiene que la decisión de rescindir la concesión fue en realidad una decisión de carácter político basada en la política del régimen según el cual los servicios públicos como los servicios de agua potable y desagües cloacales no deben ser prestados por empresas privadas, sino por entidades del Estado o de las Provincias. Desde esta perspectiva, la rescisión constituyó entonces un acto de expropiación y los fundamentos de dicha decisión fueron sólo un pretexto para transferir la prestación de los servicios a organismos públicos.

276. Impregilo fundamenta estos argumentos haciendo referencia a la política del Presidente Kirchner sobre estos temas y a declaraciones realizadas por el Gobernador de la Provincia, Sr. Felipe Solá, y el Ministro de Obras Públicas de la Provincia, el Sr. Eduardo Sícara.

277. El Tribunal de Arbitraje acepta la hipótesis de que el gobierno argentino haya establecido como una meta política la transferencia de la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales a entidades públicas. No obstante, ello no lleva necesariamente a la conclusión de que la rescisión del Contrato de Concesión con AGBA constituyó un acto de expropiación. En este sentido, el Tribunal cita el caso *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erözü Kft c. Hungría*, en el que el tribunal manifestó lo siguiente:

“10.3.23 No obstante, el hecho de que un tema se convierta en una cuestión política, - - - no significa que se suprima la existencia de una política racional”⁷⁶ (traducción del Tribunal).

278. Lo que resulta decisivo es si los fundamentos de la rescisión configuraron una causal de rescisión legalmente válida de conformidad con las disposiciones del Contrato de Concesión.

279. El Tribunal de Arbitraje advierte que los fundamentos de la decisión de la Provincia de rescindir el Contrato de Concesión fueron muy amplios y específicos. Dichos fundamentos incluyen una explicación detallada de las acciones de AGBA en cada área por separado, esto es, la Ciudad de Belén de Escobar y los Partidos de General Rodríguez, José C. Paz, Malvinas Argentinas, Merlo, Moreno, San Miguel y Escobar, e indican, en cifras precisas, que AGBA, durante el primer quinquenio, incumplió significativamente con las obligaciones de realizar inversiones y de alcanzar las metas de expansión de los servicios de agua potable y desagües cloacales. El Tribunal no encuentra motivo alguno para dudar de la veracidad de la mayoría de

⁷⁶ *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erözü Kft c. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/07/22 (ECT), párrafo 10.3.23.

las cifras que figuran en el Decreto, por lo que debe concluirse que AGBA no alcanzó las cifras relativas a las inversiones y a la expansión de los servicios establecidas como obligaciones en el POES y en el Plan Quinquenal.

280. Sin embargo, los incumplimientos de AGBA se vinculan, en cierta medida, con incumplimientos por parte de la Provincia. En particular, la Provincia no entregó a tiempo las plantas de la UNIREC que se había comprometido a entregar en el año 2001. Esto afectó la capacidad de AGBA de expandir las conexiones de desagües cloacales en determinadas áreas, al menos durante el final del quinquenio, aunque ello no justifica todas las irregularidades en el cumplimiento de sus obligaciones. AGBA debió haber instalado otras plantas de tratamiento – algo que no pudo completar por falta de fondos. Asimismo, como se mencionara anteriormente, la incorporación inesperada de un gran número de usuarios nuevos con una tasa de cobrabilidad particularmente baja hizo aún más difícil para AGBA honrar algunos de sus compromisos.

281. Asimismo, debe plantearse si las obligaciones de AGBA se vieron limitadas – o en qué medida fueron limitadas – por las Resoluciones del ORAB según las cuales, en primer lugar, AGBA había cumplido con las metas de calidad y expansión del servicio del primer año de la concesión (año 2000) y, en segundo lugar, las obligaciones emergentes del POES correspondientes al segundo año de la concesión (año 2001) fueron suspendidas y, como consecuencia, las medidas que no se habían cumplido durante ese año no implicarían la imposición de las sanciones contenidas en el Artículo 13.2.5.5 del Contrato de Concesión.

282. La Resolución ORAB N° 77/02 nada dice, al menos en forma expresa, acerca de los posibles efectos de la suspensión de las obligaciones de AGBA para el 2001 durante el tercero, cuarto y quinto año de la concesión (esto es, los años 2002, 2003 y 2004). Tampoco se establece por cuánto tiempo se suspenderían las obligaciones de AGBA durante el segundo año. La postura de la República Argentina es que, si bien las obligaciones de AGBA no debían cumplirse en 2001, tendrían que cumplirse luego durante el primer quinquenio y, por lo tanto, antes de que finalizara el año 2004. Esta postura se confirma por lo dispuesto en el Decreto N° 1666/06 que pone fin a la concesión. No obstante, podría argüirse que la suspensión habría sido efectiva en la medida en que la Provincia y AGBA hubieran negociado la revisión de las condiciones contractuales.

283. El Tribunal de Arbitraje considera que, en el análisis de si la rescisión de la concesión de AGBA constituye un acto de expropiación, no es determinante el hecho de que la Provincia haya comprendido correctamente las obligaciones de AGBA en virtud del Contrato de Concesión. Lo que debe considerarse relevante es que la Provincia, con cierta justificación, consideró que AGBA había incumplido en forma grave con sus obligaciones contractuales y, sobre esa base, rescindió el Contrato de Concesión. En opinión del Tribunal de Arbitraje, esto constituye causa suficiente para descartar la hipótesis de que la rescisión podría considerarse un acto de expropiación – directa o indirecta – u otro acto de privación de la propiedad de AGBA o de la inversión de Impregilo. Tampoco se ha probado de ninguna manera que la rescisión del Contrato de Concesión haya sido el último paso en una serie de medidas sucesivas adoptadas por la Provincia con el propósito de privar a AGBA de la concesión o, en

otras palabras, que AGBA haya estado expuesta a un acto de “expropiación progresiva”.

(v) Trato justo y equitativo

284. El Artículo 2, párrafo 2, del TBI, establece que se acordará siempre un trato equitativo y justo a las inversiones. Asimismo, dispone que cada Estado se abstendrá de adoptar medidas injustificadas o discriminatorias que afecten la gestión, el mantenimiento, el goce, la transformación, la cesación y la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio por los inversores del otro Estado.

285. La frase “trato justo y equitativo” aparece en muchos TBIs. No es fácil de definir y, en términos generales, se considera que exige, como mínimo, que se respete el estándar mínimo de protección internacional que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, cada Estado debe otorgar a la propiedad extranjera dentro de su territorio. El Tribunal considera que el propósito de la frase “trato justo y equitativo”, tal como aparece en el TBI en cuestión y en otros TBIs similares, consiste en brindar una protección adecuada a las expectativas legítimas del inversor.

286. En cuanto a la relación precisa que existe entre el “trato justo y equitativo” y el estándar mínimo del derecho internacional, los tribunales del CIADI han adoptado dos enfoques principales.

287. De acuerdo con el primer enfoque, el principio de “trato justo y equitativo” debe equipararse con el estándar mínimo de trato establecido por el derecho internacional general. Por ejemplo, ésta ha sido la postura adoptada por el tribunal del caso *CMS*:

“En efecto, el estándar del trato justo y equitativo del Tratado y su vinculación con la necesaria estabilidad y previsibilidad del entorno empresarial, que se fundamenta en compromisos legales y contractuales solemnes, no es diferente del estándar mínimo del derecho internacional y su evolución en el marco del derecho consuetudinario”⁷⁷.

288. De acuerdo con el segundo enfoque, el principio de “trato justo y equitativo” es un estándar autónomo y, en general, se considera que es más riguroso y que ofrece mayor protección a los derechos de los inversores que el estándar mínimo de trato del derecho internacional general. Por ejemplo, el tribunal en el caso *Azurix* adoptó esta postura:

“Por su redacción, la cláusula permite interpretar las expresiones “trato justo y equitativo” y “plena protección y seguridad” como niveles más elevados que los exigidos por el derecho internacional. La finalidad de la tercera frase es fijar un límite mínimo, no un límite máximo, a fin de evitar que estos niveles puedan interpretarse como inferiores a los exigidos por el derecho internacional”⁷⁸.

289. No obstante, la distinción entre estas dos interpretaciones no resulta decisiva en el análisis del presente caso por las razones que se exponen a continuación.

⁷⁷ *CMS*, *supra* nota 35, párrafo 284.

⁷⁸ *Azurix*, *supra* nota 71, párrafo 361.

290. Si realmente existe una relación entre el trato justo y equitativo y las expectativas legítimas de los inversores, estas últimas deben ser evaluadas teniendo en cuenta todas las circunstancias. El Tribunal entiende que el principio de trato justo y equitativo no puede ser diseñado para asegurar la inmutabilidad del orden jurídico, del mundo económico y del universo social, y jugar el papel asumido por las cláusulas de estabilización reconocidas específicamente a los inversores extranjeros con quienes el Estado ha celebrado acuerdos de inversión. Este mismo enfoque fue el adoptado por el tribunal del CIADI en el caso *Parkerings-Compagniet AS c. Lituania*:

“Cada Estado tiene el derecho y el privilegio innegables de ejercer su poder legislativo soberano. Un Estado tiene el derecho de sancionar, modificar o derogar una ley a su entera discreción. Con excepción de los casos en que existe un acuerdo, en la forma de una cláusula de estabilización o de otra manera, no puede existir objeción alguna respecto de las modificaciones que se realicen al marco regulatorio vigente al momento en que el inversor realizó su inversión”⁷⁹ (traducción del Tribunal).

291. Las expectativas legítimas de los inversores extranjeros no pueden consistir en que el Estado nunca modificará el marco legal, particularmente en tiempos de crisis; no obstante, sin duda los inversores deben gozar de protección en caso de que se lleven a cabo modificaciones irrazonables al marco legal.

292. En este contexto, el Tribunal de Arbitraje observa que la existencia de expectativas legítimas y la existencia de derechos contractuales son dos cuestiones independientes. El tribunal de *Parkerings-Compagniet* ha hecho hincapié en este tema al trazar una clara distinción entre las obligaciones contractuales según la legislación nacional y las expectativas legítimas según el derecho internacional:

“Es evidente que no toda esperanza representa una expectativa conforme el derecho internacional. La expectativa que la parte de un contrato puede tener respecto del cumplimiento regular de las obligaciones de la otra parte no es necesariamente una expectativa protegida por el derecho internacional. Dicho de otro modo, los contratos involucran expectativas intrínsecas de cada una de las partes que no representan expectativas como se las entiende en el derecho internacional”⁸⁰ (traducción del Tribunal).

293. Christoph Schreuer también explica que los derechos contractuales no deben equipararse con las expectativas legítimas:

“La conclusión lógica de este argumento colocaría a todos los acuerdos entre el inversor y el Estado receptor bajo la protección del estándar de trato justo y equitativo. Si se aceptara esta postura, el estándar de trato justo y equitativo no sería más que una cláusula paraguas interpretada ampliamente”⁸¹ (traducción del Tribunal).

294. Por lo tanto, en la medida en que los actos de la Provincia sean exclusivamente de naturaleza contractual, no pueden constituir una violación del estándar de trato justo y equitativo sobre la base de una teoría de expectativas legítimas. En el caso

⁷⁹ *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania* [en adelante “*Parkerings-Compagniet*”] (Caso CIADI N° ARB/05/8), Laudo del 11 de septiembre de 2007, párrafo 332.

⁸⁰ *Íd.*, párrafo 344.

⁸¹ C. Schreuer, “Fair and Equitable Treatment: Interactions with other Standards”, *Transnational Dispute Management*, Volumen 4, Edición 5, página 18 (septiembre de 2007).

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*⁸², el tribunal sostuvo que: “A fin de evitar cualquier omisión, el Tribunal agrega que un incumplimiento del principio de trato justo y equitativo requiere de la realización de un acto en ejercicio de poderes soberanos” (traducción del Tribunal).

295. Dado que el derecho de Impregilo como accionista de AGBA se encuentra protegido por el TBI, el Tribunal de Arbitraje considera relevante evaluar el trato recibido por AGBA, la empresa de la cual era accionista, ya que debe considerarse que dicha acción ha afectado los derechos de Impregilo como inversor, derechos que estaban protegidos por el TBI.

296. En el contexto de los TBI, los derechos y las obligaciones contractuales deben distinguirse, en principio, de los derechos emergentes de los tratados, siendo el criterio relevante si el Estado o sus entidades actúan en calidad de titulares de poder soberano o como partes en un contrato.

297. Sin embargo, pueden existir casos en los que una entidad estatal que ha celebrado un contrato con un inversor realice actos que no sólo constituyen un incumplimiento del contrato, sino que, al mismo tiempo, representan un abuso de poder como parte de la organización del Estado en perjuicio del inversor y, por lo tanto, involucran la responsabilidad del Estado como parte de un TBI.

298. En el presente caso, muchos de los actos respecto de los cuales Impregilo presenta reclamos se vinculan con la relación contractual existente entre AGBA y la Provincia. Dichos actos incluyen, por ejemplo, los relacionados con el derecho de AGBA respecto de los cargos de obra, los cargos de conexión y un mayor coeficiente cloacal, así como otras cuestiones relacionadas con disposiciones específicas contenidas en las cláusulas contractuales acordadas entre AGBA y la Provincia. Otros problemas contractuales se han relacionado con la aplicación de cláusulas de estabilización tributaria, la suspensión del derecho de cortar el servicio a los usuarios morosos y la instalación de medidores a pedido de los usuarios. Otras medidas que deben mencionarse en este contexto son la falta de entrega a tiempo por parte de la Provincia de las plantas de la UNIREC y el hecho de que un gran número de usuarios de servicios de agua potable y desagües cloacales con capacidad de pago particularmente baja fueron incorporados al círculo de usuarios de AGBA, lo que hizo aún más difícil para AGBA cumplir con sus obligaciones contractuales y lograr las metas de expansión previstas.

299. Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje considera apropiado evaluar si los supuestos incumplimientos contractuales, o alguno de ellos, pudieron afectar la responsabilidad de Argentina en virtud del TBI por tratarse de un abuso del poder público o por revelar un patrón dirigido a afectar a AGBA e, indirectamente, a Impregilo, al ser uno de sus accionistas.

300. En este sentido, el Tribunal de Arbitraje realiza las siguientes observaciones respecto de los supuestos incumplimientos contractuales que se describen a continuación.

⁸² *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI N° ARB/03/29, Laudo del 27 de agosto de 2009, párrafo 377.

301. Impregilo ha manifestado que existen imprecisiones en las bases de datos entregadas a AGBA como concesionario. En respuesta, la República Argentina sostuvo que la Provincia analizó cada reclamo presentado por AGBA en relación con la actualización de las bases de datos y permitió que se corrigieran los errores en los casos en que correspondía. El Tribunal de Arbitraje no considera que este acto haya constituido un abuso del poder público.

302. En cuanto al argumento de Impregilo de que se le prohibió a AGBA cobrar los cargos de conexión, el Tribunal de Arbitraje observa que, de conformidad con el Artículo 11 del Anexo Ñ, AGBA se encontraba facultada para cobrar un cargo de conexión una vez que se le hubiera realizado una conexión domiciliaria a un usuario. No obstante, existía un área en la que AGOSBA ya había instalado conexiones que habían sido mejoradas por AGBA y la pregunta que surge es si AGBA tenía derecho a facturar cargos de conexión por las instalaciones mejoradas. En su Resolución N° 44/00, el ORAB señaló que el área ya se encontraba servida por AGOSBA (“*área servida*”), que esto ya se les había aclarado a todas las partes interesadas durante el proceso de licitación y que, por lo tanto, AGBA sólo tenía derecho en esta área a facturar cargos por el uso de los servicios. El Tribunal de Arbitraje no puede considerar que esto haya sido una aplicación irrazonable del Contrato de Concesión o que haya involucrado de modo alguno al Estado como poder soberano.

303. En cuanto al argumento de Impregilo de que no se le pagaron a AGBA los cargos de obra, el Tribunal de Arbitraje observa que, conforme a lo dispuesto en el Artículo 10 del Anexo Ñ, los usuarios debían pagar un cargo de obra al momento de la conexión del servicio público para la provisión de servicios de agua potable y desagües cloacales. En su Resolución N° 14/02, el ORAB manifestó que, en reiteradas ocasiones, le solicitó a AGBA información sobre la justificación de estos cargos en algunas áreas, pero que AGBA no lo hizo. Por lo tanto, el ORAB dispuso en su Resolución que AGBA no podía imponer cargos de obra en dichas áreas hasta que el ORAB, sobre la base de la información presentada por AGBA, analizara en mayor detalle la situación. Mientras que la República Argentina argumenta que AGBA no demostró fehacientemente que hubiera llevado a cabo obras de construcción por las cuales estaría facultada para imponer cargos de obra, Impregilo sostiene que la información requerida por el ORAB fue excesiva e innecesaria. Esto parece ser una típica disputa contractual que no puede involucrar responsabilidad alguna en los términos del TBI.

304. En cuanto al derecho de AGBA a un incremento del coeficiente de desagües cloacales, el Tribunal de Arbitraje señala que el Artículo 4 del Anexo Ñ del Contrato de Concesión establece como condición para la aplicación de dicho coeficiente que se haya cumplido con la totalidad de las metas de expansión establecidas en el POES correspondientes al año anterior. En cuanto al primer año (2000), pareciera ser que AGBA recibió el incremento del coeficiente una vez dictada la resolución que aprobaba el cumplimiento de sus obligaciones. Sin embargo, AGBA no obtuvo el pago retroactivo dado que las autoridades consideraron que la demora en la aprobación del cumplimiento de las metas se debía a la propia demora de AGBA en brindar la información correspondiente. El Tribunal de Arbitraje no cuenta con fundamentos para concluir que esta evaluación era injustificada o que se trataba de un abuso de poder por parte del Estado. En cuanto al segundo año (2001), la República

Argentina sostiene que AGBA no cumplió con las metas establecidas en el POES sino que recibió una suspensión de su cumplimiento. En este caso, no se había cumplido con la condición que fija el Artículo 4 del Anexo Ñ.

305. Respecto del reclamo de Impregilo de que el ORAB incumplió con su obligación de aplicar las cláusulas de estabilización tributaria del Contrato de Concesión, la República Argentina argumenta que AGBA nunca solicitó una revisión extraordinaria, a pesar de que podría haberlo hecho de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión. Por otro lado, la República Argentina sostiene que los cambios impositivos formaban parte de los elementos que se discutieron durante el proceso de renegociación. No existe ningún elemento que eleve la cuestión a una controversia al amparo de un tratado.

306. En cuanto al reclamo de Impregilo sobre la suspensión del derecho de AGBA de cortar el servicio a los usuarios por falta de pago, la República Argentina sostiene que la decisión del ORAB de suspender la aplicación del mecanismo de corte del servicio para determinados usuarios era una medida temporaria que se aplicaría durante la emergencia económica. El Tribunal de Arbitraje observa que el Artículo 29 del Anexo Ñ establece que el Concesionario no podrá efectuar el corte del servicio en determinados casos, por ejemplo, cuando el Organismo Regulador ordene al Concesionario suspender transitoriamente el corte, en casos imprevistos y extraordinarios y por decisión fundada. Impregilo no demostró que la insistencia del ORAB en aplicar dicha excepción haya constituido un abuso de poder en este caso.

307. Respecto del reclamo de Impregilo sobre la decisión del ORAB de obligar a AGBA a instalar medidores a pedido de los Usuarios, el Tribunal de Arbitraje entiende que, si bien esto supone un aumento de las obligaciones de AGBA, no contradice ninguna de las disposiciones del Contrato de Concesión. El Artículo 1.9 del Contrato de Concesión establece que AGBA, en relación con la ejecución del Contrato, estaba bajo el control y la regulación del ORAB, en su calidad de Organismo Regulador. En este sentido, no se observa ningún abuso del poder público.

308. Respecto de la falta de entrega oportuna de las plantas de la UNIREC por parte de la Provincia, el Tribunal de Arbitraje reconoce que el hecho de no haber contado con estas plantas pudo haber dificultado considerablemente el cumplimiento por parte de AGBA de algunas de sus obligaciones contractuales. Sin embargo, las razones del incumplimiento por parte de la Provincia parecen ser de carácter financiero e incluso aunque pudiera interpretarse como un incumplimiento contractual grave, por sí solo no parece ser de una naturaleza tal que permita atribuirle responsabilidad al Estado en su carácter de titular del poder público.

309. Asimismo, en relación con los demás supuestos incumplimientos contractuales, el Tribunal de Arbitraje entiende que no existen elementos que involucren la responsabilidad de Argentina en virtud del TBI. El Tribunal tampoco ha podido encontrar pruebas que demuestren la existencia de un patrón de conducta de los organismos del Estado cuya intención fuera perjudicar a Impregilo en su calidad de inversor.

310. La cuestión de si Impregilo recibió o no un trato injusto e inequitativo debe responderse, por tanto, en base a las acciones del Estado más allá de las que tomó la Provincia en su carácter de parte del Contrato de Concesión.

311. Como contexto general, en primer lugar, cabe destacar que ya desde el comienzo del plazo de la concesión, AGBA tenía dificultades para cumplir con las obligaciones asumidas en el Contrato de Concesión. El 17 de mayo de 2001, AGBA envió una carta a la Provincia, donde se refirió a las altas tasas de incobrabilidad en la zona de concesión. AGBA mencionó que esto afectaba su capacidad para hacer las inversiones necesarias y que se trataba de un cambio sustancial e imprevisible de las condiciones en las que celebró el Contrato de Concesión. AGBA también experimentó dificultades para obtener préstamos. Por todo ello, AGBA formuló la siguiente petición:

“En los dieciséis meses que llevamos de gestión, AGBA ha dado muestras acabadas de su capacidad para llevar adelante en forma eficiente la ejecución del Contrato de Concesión en todo lo que respecta a aspectos que razonablemente estuvieron dentro de su esfera de control. Los inconvenientes expuestos en los párrafos precedentes superan ese marco y, por tanto, hacen necesario poner en marcha mecanismos correctores que permitan recomponer el equilibrio del Contrato a fin de poder cumplir con su finalidad.

En razón de lo expuesto, y a los fines de proceder con la urgencia que esta situación exige, solicitamos la conformación de una comisión de trabajo con el objetivo de analizar en forma conjunta las soluciones y alternativas que se estiman más adecuadas para alcanzar ese objetivo.

Solicitamos asimismo, se adopte como medida provisional, disponer la suspensión temporal de las metas de expansión, hasta tanto la referida comisión alcance sus conclusiones.

Finalmente, solicitamos la activa cooperación del Concedente en el actual proceso de gestión de la financiación ante el [Banco Interamericano de Desarrollo], en aquellos aspectos que puedan resultar de su competencia”.

312. AGBA planteó un segundo pedido de eximición de sus obligaciones el 17 de julio de 2001. En esta oportunidad, se refirió a las graves condiciones de mercado y a las dificultades de obtener préstamos y solicitó una “neutralización temporal” (traducción del Tribunal) del plazo previsto en el primer Plan Quinquenal.

313. En ambos pedidos de eximición de obligaciones planteados por AGBA, la Provincia, si bien lo hizo después de oponer excepciones y de un largo período de reflexión, reaccionó favorablemente.

314. Mediante la Resolución N° 69/02 del 5 de diciembre de 2002, el ORAB resolvió que AGBA había cumplido con las metas de calidad y expansión del servicio correspondientes al primer año de la concesión (año 2000), conforme al Anexo F del Contrato de Concesión e incorporadas al primer Plan Quinquenal, el que forma parte integral del POES. El 30 de diciembre de 2002, mediante la Resolución N° 77/02, el ORAB accedió a la segunda petición de AGBA de suspender las obligaciones asumidas en virtud del POES. También lo hizo para el segundo año de la concesión (año 2001), cuyo efecto sería que las medidas que no fueran alcanzadas durante ese año no darían lugar a las penalidades previstas en el Artículo 13.2.5.5 del Contrato de Concesión.

315. Sin embargo, los problemas de AGBA no se resolvieron sino que se agravaron por las medidas de emergencia impuestas a raíz de la crisis económica que afectó a Argentina y por la falta de restauración del equilibrio de la ecuación económica a través de una renegociación de los compromisos contractuales de AGBA.

316. El Tribunal de Arbitraje entiende que, en el análisis de si AGBA recibió o no un trato justo y equitativo, los acontecimientos decisivos son aquellos que comenzaron en el 2002, cuando se dictaron las leyes de emergencia. Está claro que las actividades de AGBA se vieron afectadas en gran parte por las medidas de emergencia adoptadas para hacer frente a la crisis económica y que tuvieron efectos sobre AGBA incluso después de haber cedido la crisis unos pocos años más tarde.

317. El 6 de enero de 2002, el Congreso argentino adoptó la Ley de Emergencia que declaró la existencia de una emergencia pública respecto de cuestiones sociales, económicas, administrativas, financieras y cambiarias. Al amparo de esta ley, el Estado adoptó medidas generales con la intención de renegociar los contratos de servicios públicos. La ley se promulgó como Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario. Los contratos de servicios públicos se “pesificaron” al valor de paridad y las tarifas se congelaron. El 11 de enero de 2002, el ORAB “pesificó” las tarifas de AGBA al valor de paridad cambiaria. El 28 de febrero de 2002, la Provincia de Buenos Aires adoptó algunas de las disposiciones de la Ley de Emergencia y dictó la Ley N° 12.858.

318. Para AGBA, esto tuvo un dramático impacto negativo en las proyecciones económicas de la concesión. Tal como ocurría anteriormente, las tarifas del servicio de agua potable y desagües cloacales iban a facturarse en pesos, pero mientras que antes de la Ley de Emergencia, AGBA había podido confiar en la tasa de cambio oficial de 1 peso = 1 dólar, ahora sólo podía cambiar pesos a la tasa de cambio vigente en el mercado y el valor del peso en el mercado en relación con el dólar era considerablemente más bajo que antes.

319. La cuestión que se plantea es si la “pesificación” constituyó un incumplimiento de la obligación de Argentina establecida en el Artículo 2, párrafo 2, del TBI de acordar un trato justo y equitativo a las inversiones de Impregilo.

320. En cuanto al Contrato de Concesión, la disposición relevante se encuentra en el Artículo 20 del Anexo Ñ, que establece que las tarifas se fijan en dólares estadounidenses pero que la facturación a los usuarios se hará en pesos. El Artículo establece también que:

“Para aplicar la conversión respectiva, se tomará en cuenta el valor de paridad establecido en la Ley Nacional [...] de Convertibilidad Monetaria, o la disposición legal que la reemplace, al día de cierre de los procesos de facturación”.

321. De esta disposición se desprende que las Partes consideraban la posibilidad de que el valor de paridad 1 peso = 1 dólar podía modificarse durante el plazo de la concesión aunque únicamente previeron el caso de que dicho valor se reemplazara por otro dispuesto por ley. Esto significa, por ejemplo, que si por ley se fijaba un tipo de cambio de 2 pesos = 1 dólar, este nuevo valor automáticamente resultaría aplicable al Contrato de Concesión. En otras palabras, AGBA no contaba con ninguna garantía de

que el valor de paridad seguiría siendo el mismo y aceptó asumir el riesgo que suponía cualquier cambio de dicho valor impuesto por ley.

322. El Artículo 20 del Anexo Ñ no aborda puntualmente el caso de un nuevo valor de paridad que fijen las fuerzas del mercado en lugar de una ley. Por un lado, no resulta obvio que las Partes hayan tenido la intención de que esta situación fuera tratada de manera diferente respecto de un cambio en el valor de paridad impuesto por ley. Por otro, no hay duda de que el texto del Artículo 20 no contempla esta situación.

323. Para el Tribunal de Arbitraje, no resulta claro cómo debería interpretarse y aplicarse el Contrato de Concesión en este caso particular. Por ende, pueden darse diferentes interpretaciones a si la “pesificación” constituyó o no una violación de las obligaciones asumidas por la Provincia en virtud del Artículo 20 del Anexo Ñ del Contrato de Concesión.

324. Existe, no obstante, otra disposición del Contrato de Concesión que debería tenerse en cuenta: el Artículo 12.1.1., que establece que “[l]a determinación del nivel tarifario requerido conforme al artículo 28 II de la Ley 11.820, se basará en el principio general del establecimiento de valores tarifarios que contengan los costos de operación, mantenimiento y amortización de los servicios y permita un retorno razonable de las inversiones del Concesionario, en el contexto de una administración y operación eficiente y el fiel cumplimiento de las metas de calidad y expansión del servicio comprometidas”. Esto puede entenderse como la base fundamental de la concesión, que debería mantenerse incluso en un contexto económico cambiante.

325. El Tribunal de Arbitraje entiende que, una vez que las condiciones de mercado determinaron el valor del peso, se rompió el equilibrio establecido en el Artículo 12.1.1 y, de acuerdo con dicho artículo, era responsabilidad de la Provincia encontrar soluciones adecuadas para restaurar dicho equilibrio y así acordar a AGBA un trato justo y equitativo. En otras palabras, dado que el nuevo valor de paridad impuesto por la derogación del valor establecido por ley tuvo efectos altamente perjudiciales para AGBA, la Provincia debería haber ofrecido a AGBA un ajuste razonable de las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión.

326. De hecho, la Ley de Emergencia también preveía una renegociación de los contratos de servicios públicos a fin de adaptarlos al nuevo régimen cambiario. Esto podría haber sido la base para llegar a un nuevo equilibrio entre las Partes del Contrato de Concesión y garantizar un trato justo y equitativo a Impregilo, en su calidad de accionista de AGBA.

327. En este sentido, la documentación disponible demuestra que en reiteradas ocasiones AGBA solicitó que se negociara una revisión del Contrato de Concesión. AGBA formuló estos pedidos en distintas cartas dirigidas a varias autoridades con fecha 19 de febrero, 17 de abril, 11 de junio, 28 de junio, 14 de agosto, 8 de octubre y 30 de octubre de 2002, como así también el 27 de agosto, 22 de septiembre y 2 de diciembre de 2003, y el 13 de enero de 2004. Asimismo, el 13 de mayo de 2002, mediante el Decreto N° 1175/02, la Provincia creó una Comisión Especial para la Evaluación del Impacto de la Crisis en las Tarifas y Contratos de Servicios Públicos.

328. Cabe destacar también que el Nuevo Marco Regulatorio para la Prestación de los Servicios Públicos de Agua Potable y Desagües Cloacales que establecía el Decreto N° 878/03, incluía una serie de nuevos elementos que perjudicaban a AGBA. Preveía la intervención del Estado en las decisiones corporativas (Artículo 47) y trasladó el equilibrio a favor de los usuarios al introducir, por ejemplo, una tarifa de interés social para usuarios residenciales con escasos recursos económicos (Artículo 55). Si bien el Decreto N° 878/03 también preveía la renegociación de los contratos de concesión, era obvio que la existencia de dicho Decreto tendría un fuerte impacto en la naturaleza de las renegociaciones al hacer que, en la práctica, fuera necesario que AGBA aceptara las reglas y los principios que establecía el Decreto. Así, el Nuevo Marco Regulatorio modificó el equilibrio entre la Provincia y el concesionario de tal manera que resultaba claramente desventajoso para el concesionario.

329. Asimismo, parece que la Provincia no estaba dispuesta a renegociar el Contrato de Concesión. La postura de la Provincia queda reflejada en la nota enviada al ORAB el 23 de julio de 2002, donde la Subsecretaría de Servicios Públicos de la Provincia señaló que no debían hacerse ajustes que favorecieran a AGBA, en tanto ello tendría efectos negativos para los usuarios, cuyos intereses económicos debían protegerse.

330. Dado que la alteración del equilibrio entre los derechos y las obligaciones de la concesión se debió fundamentalmente a las medidas que adoptó el poder legislativo argentino, era responsabilidad de Argentina actuar para efectivamente restablecer el equilibrio sobre una base nueva o modificada. Si bien Argentina atribuyó el fracaso de las negociaciones a lo que consideraba demandas irrazonables por parte de AGBA, no adoptó ninguna medida para crear una base razonable para que AGBA pudiera cumplir con sus tareas como concesionario, que habían sido afectadas por las leyes de emergencia incluido el Nuevo Marco Regulatorio.

331. En estas circunstancias, el Tribunal de Arbitraje entiende que Argentina, al no restablecer un equilibrio razonable en la concesión, agravó la situación de tal manera que cometió una violación de su obligación en virtud del TBI de acordar un trato justo y equitativo a las inversiones de Impregilo.

(vi) Otros argumentos

332. Impregilo sostuvo también que Argentina:

(a) afectó, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, la operación, el mantenimiento, el uso, el goce, la adquisición, la ampliación o la liquidación de la inversión de Impregilo;

(b) no confirió plena protección y seguridad a dichas inversiones; y

(c) violó compromisos específicos contraídos respecto de las inversiones de Impregilo en AGBA.

333. Respecto del punto (a), el Tribunal de Arbitraje señala que el Artículo 2, párrafo 2, del TBI, establece en su primera oración que “[c]ada Parte Contratante acordará siempre un trato equitativo y justo a las inversiones de inversores de la otra” y en su segunda oración dispone que “[c]ada Parte Contratante se abstendrá de adoptar

medidas injustificadas o discriminatorias que afecten la gestión, el mantenimiento, el goce, la transformación, la cesación y la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio por los inversores de la otra Parte Contratante”. El Tribunal interpreta que la segunda oración es una especificación del deber general de trato justo y equitativo que define la primera oración. Por consiguiente, el Tribunal entiende que, una vez demostrado el incumplimiento de las obligaciones previstas en la primera oración, no es necesario realizar otra evaluación basada en la segunda oración.

334. Respecto del punto (b) sobre el deber de “plena protección y seguridad” contenido en el TBI Argentina-Estados Unidos que, según se plantea, se aplica en este caso mediante la cláusula NMF del TBI Argentina-Italia, el Tribunal de Arbitraje entiende que, como ocurre en este caso, cuando se incumple con la obligación de acordar un trato justo y equitativo a las inversiones, resulta innecesario evaluar si además se violó el deber de garantizar protección y seguridad plenas.

335. Respecto del punto (c), el Tribunal de Arbitraje, en relación con sus interpretaciones sobre la distinción entre controversias planteadas al amparo de un tratado internacional y aquellas que surgen de incumplimientos contractuales, entiende que las obligaciones son obligaciones contractuales entre AGBA y la Provincia que no están comprendidas dentro de la competencia del Tribunal (ver párrafos 183-185 *supra*).

(vii) Estado de necesidad

336. Las leyes de emergencia de la República Argentina se promulgaron para dar respuesta a la grave crisis económica que atravesaba el país. El Tribunal de Arbitraje no tiene dudas de que era necesario adoptar medidas drásticas para salvaguardar la estabilidad económica y política.

337. En relación con el TBI Argentina-Italia, las Partes evaluaron el posible impacto del Artículo 4 del TBI y de las reglas sobre el estado de necesidad en el derecho internacional.

338. El Artículo 4 del TBI establece que si “los inversores de una de las Partes Contratantes sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio de la otra Parte por causa de guerra o de otros conflictos armados, estados de emergencia u otros acontecimientos político económicos similares, la Parte Contratante en cuyo territorio se ha efectuado la inversión concederá en lo relativo a indemnizaciones un tratamiento no menos favorable del que otorgue a sus propios ciudadanos o personas jurídicas o a los inversores de un tercer Estado”.

339. El Tribunal de Arbitraje entiende que la crisis económica que sufrió Argentina en el 2002 puede interpretarse como un acontecimiento político-económico similar a una emergencia nacional y que, por tanto, el Artículo 4 del TBI se aplica a esta situación. Señala, sin embargo, que el Artículo 4 no contempla excepción alguna a las obligaciones del Estado en cuyo territorio se ha efectuado la inversión sino que simplemente brinda al inversor el derecho a un tratamiento no menos favorable del que la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión otorga a sus propios ciudadanos y el trato de nación más favorecida, en lo relativo a indemnizaciones.

340. El Tribunal de Arbitraje observa, entonces, que las Partes Contratantes, al celebrar el TBI, contemplaron la posibilidad de que ocurrieran emergencias nacionales o acontecimientos similares, pero entendieron que no era necesario dictar reglas especiales además de aquella que prevé que un inversor que goza de la protección del TBI no debería recibir un trato menos favorable del que se otorga a otros ciudadanos o a inversores internacionales. Por lo tanto, las Partes no creyeron necesario incluir en el TBI excepción alguna de las obligaciones de cada Parte Contratante establecidas en el TBI.

341. Por lo tanto, el Tribunal no puede aceptar la interpretación de la Demandada, que es contraria al sentido claro del texto, y coincide con la opinión de Impregilo de que el Artículo 4 se aplica a las medidas adoptadas frente a una pérdida, no a las medidas que provocan una pérdida. El sentido claro de la disposición es que los principios de tratamiento del TBI – el de la nación más favorecida y el de tratamiento nacional – deben aplicarse cuando un Estado trata de mitigar las consecuencias de una situación de guerra u otra emergencia. Esto coincide con el análisis de la misma disposición realizado por el tribunal del caso *CMS* cuando señala que:

“El significado claro del Artículo 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 - - - asegura que las medidas orientadas a compensar o minimizar las pérdidas no sean aplicadas de una manera discriminatoria”⁸³.

342. El mismo análisis hace el tribunal en los casos *Suez*:

“270. - - - [El] sentido evidente [de las disposiciones del TBI] 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”⁸⁴.

343. El Tribunal llega entonces a la conclusión de que cualquier violación por parte de Argentina no puede eximirse en virtud del Artículo 4. Sin embargo, no puede interpretarse que el Artículo 4 excluye la aplicación del derecho internacional consuetudinario a una situación de emergencia.

344. Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje debe evaluar la defensa de estado de necesidad de Argentina en virtud del principio establecido en el derecho internacional consuetudinario, el que las Partes reconocen que se encuentra codificado en el Artículo 25 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptados por la Comisión de Derecho Internacional. Por definición, el principio es estricto y difícil de cumplir. Según la CDI, el estado de necesidad surge cuando existe un conflicto irreconciliable entre un interés esencial, por una parte, y una obligación [internacional] del Estado que invoca la necesidad, por la otra. Estas características especiales significan que el estado de necesidad solo

⁸³ *CMS*, nota 77, párrafo 375.

⁸⁴ *Suez II*, nota 74, Decisión sobre Responsabilidad, Caso CIADI N° ARB/03/19, párrafo 203.

podrá alegarse raras veces para excusar el incumplimiento de una obligación y que está sometido a limitaciones estrictas para prevenir cualquier posible abuso⁸⁵.

345. Como Parte que invoca el estado de necesidad, Argentina debe cumplir con la carga considerable de probar que debería permitírsele justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales válidas según el TBI por motivos de necesidad⁸⁶.

346. En principio, el Tribunal de Arbitraje debe definir varios términos del párrafo 1 (a) del Proyecto del Artículo 25. En cuanto al significado del término “interés esencial”, la CDI señaló que “la medida en que un interés determinado sea ‘esencial’ dependerá de todas las circunstancias y no puede juzgarse” y que “[s]e extiende a los intereses particulares del Estado y de su población, así como de la comunidad internacional en su conjunto”. En la opinión del Tribunal de Arbitraje, el término “interés esencial” puede abarcar no sólo la existencia e independencia de un Estado, sino también otros intereses subsidiarios pero no obstante “esenciales”, como la preservación de una mayor estabilidad social, económica y ambiental del Estado⁸⁷, y su capacidad de responder a las necesidades fundamentales de su población. Se desprende, por tanto, que además de la estabilidad general de Argentina, la necesidad de suministrar servicios de agua y desagües cloacales a la población representa un “interés esencial” que, respecto de los miles de usuarios, iba a satisfacerse a través de la concesión de AGBA y que supuestamente les representaría un “peligro” salvo por las acciones de las autoridades argentinas.

347. El Tribunal de Arbitraje debe considerar si la situación económica en Argentina que llevó a la implementación de las leyes de emergencia (Ley Nacional N° 25.561 del 6 de enero de 2002 y Ley Provincial N° 12.858 del 28 de febrero de 2002) constituía un “peligro grave e inminente” en relación con el interés esencial del Estado. En este sentido, el Comentario de la CDI explica que “[a]demás de ser grave, el peligro tiene que ser inminente en el sentido de próximo”⁸⁸. De acuerdo con el Comentario, la Corte Internacional de Justicia explicó en el *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* que “el Estado que lo invocara no podía ser el único juez de la necesidad, pero cierto grado de incertidumbre con respecto al futuro no impedirá necesariamente

⁸⁵ Ver Comisión de Derecho Internacional, Artículos sobre Responsabilidad del Estado, reimpresso en THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES, página 61 (James Crawford ed., Cambridge Univ. Press 2002) (2001); ver también Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, Cuarto Informe sobre Responsabilidad de los Estados, U.N. Doc. A/CN.4/517 (2 de abril de 2001). Los Artículos de la CDI (y otros documentos sobre responsabilidad del Estado) están disponibles online en www.stateresponsibility.com Comentario de la CDI al Artículo 25, párrafo 2; ver también Comentario de la CDI al Artículo 25, página 14.

⁸⁶ Comentario de la CDI al Capítulo V (“Circunstancias que excluyen la ilicitud”), párrafo 8 (“Cuando el comportamiento contrario a una obligación internacional es atribuible a un Estado y ese Estado trata de eludir su responsabilidad invocando una circunstancia enunciada en el capítulo V - - - [incluido el estado de necesidad] - - - la situación cambia e incumbe a ese Estado la carga de justificar o excusar su comportamiento”).

⁸⁷ Ver Comentario de la CDI al Capítulo V, párrafos 5-9 (se discuten casos en donde el “interés esencial” en juego varía desde la estabilidad económica a la ambiental).

⁸⁸ Comentario de la CDI al Artículo 25, párrafo 15. No obstante, el Comentario señala que la decisión de la CIJ en el *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*, establece que un “peligro” que se pueda producir a largo plazo podría ser considerado “inminente” no bien se establezca que la realización de ese peligro, no obstante cuan “lejana”, no es por ello menos “cierta” e “inevitable”.

a un Estado invocar el estado de necesidad, si el peligro está claramente determinado sobre la base de las pruebas razonablemente disponibles en ese momento”⁸⁹.

348. El Tribunal de Arbitraje observa los siguientes hechos, que son de público conocimiento. A fines de 2001, los ahorros se retiraron en forma masiva de los bancos. A fin de controlar la situación, el Gobierno dictó el Decreto N° 1570/01, conocido como “Corralito”, el 1 de diciembre de 2001, mediante el cual se restringieron las extracciones bancarias y se prohibieron las transferencias de divisas al exterior. La situación desencadenó manifestaciones y decenas de muertos en diciembre de 2001 lo que llevó, a su vez, a la renuncia del Presidente De la Rúa el 20 de diciembre de 2001. Cabe señalar que, en menos de 10 días, Argentina tuvo una sucesión de cinco presidentes, quienes renunciaron uno detrás del otro. La situación era efectivamente crítica y, a fines de ese mes, Argentina declaró el default de una parte de sus obligaciones internacionales y abandonó el régimen de convertibilidad.

349. La crisis por la que atravesó Argentina en 2001-2002 dio lugar a una cesación de pago masiva de la deuda pública tanto en el orden nacional como en el internacional. La situación era tan alarmante que, por primera vez en su historia, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió suspender el pago de la cuota de membresía de Argentina debido a la crisis.

350. A la luz de los extensos informes referidos a la situación económica imperante en Argentina antes del dictado de las leyes de emergencia⁹⁰, el Tribunal de Arbitraje reconoce que existía un peligro grave e inminente que comprometía el “interés esencial” de Argentina asociado a su estabilidad social y económica en los términos del párrafo 1 (a).

351. Otro interrogante que se plantea consiste en determinar si las medidas adoptadas por Argentina eran “el único modo” por el cual lograría “salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”.

352. De conformidad con el Comentario de la CDI, la invocación del estado de necesidad “quedará excluida si existen otros modos (por lo demás legítimos), aunque puedan ser más costosos o menos convenientes”⁹¹.

353. A pesar de que varios expertos de renombre se han ocupado de analizar si Argentina podría haber manejado sus finanzas públicas y el resultante caos social de un modo más eficaz, y de ser así, cuáles hubieran sido las alternativas, la respuesta continúa siendo inconclusa. No obstante, como explicaremos a continuación, el Tribunal de Arbitraje ha concluido que en el caso que nos ocupa no se ha probado otro de los criterios establecidos para la admisibilidad de la defensa del estado de necesidad: que el Estado afectado no debe haber contribuido a la crisis. Por consiguiente, no será necesario responder al difícil interrogante sobre si las medidas de Argentina constituían el único modo de salvaguardar sus intereses esenciales, dado

⁸⁹ *Id.*, párrafo 16.

⁹⁰ *Ver*, por ejemplo, el Informe Pericial de la Dra. Liliana de Riz (13 de agosto de 2007) (donde se analizan las apremiantes condiciones socio-económicas originadas por la crisis en Argentina en general y en la zona de cobertura de AGBA en particular).

⁹¹ Comentario de la CDI al Artículo 25, párrafo 15 (se omitieron las citas).

que cualquiera fuera la respuesta, la doctrina de la necesidad no resultaría aplicable en este caso por un motivo distinto.

354. Con respecto al requisito establecido en el párrafo 1 (b), el Tribunal de Arbitraje ha determinado que las medidas adoptadas por Argentina no podrían haber afectado seriamente el interés esencial de ningún otro Estado ni de la comunidad internacional en su conjunto. El Comentario de la CDI dispone que “el interés de que se trate debe predominar sobre cualquier otra consideración, no sólo desde el punto de vista del Estado que actúe sino desde el de una evaluación razonable de los intereses contrapuestos, sean individuales o colectivos”⁹². Frente a esta aclaración y en atención a la naturaleza de los “intereses esenciales” de Impregilo, el Tribunal de Arbitraje no puede coincidir con Impregilo en que sus intereses como persona jurídica italiana deban ser tenidos en cuenta a la hora de sopesar intereses conforme lo previsto en el citado párrafo 1 (b). Los intereses de unos pocos nacionales o entidades de un Estado Contratante no constituyen un “interés esencial” del Estado en cuestión, ni se condicen con la definición de dicho concepto, de lo cual se deduce que toda afectación de dichos intereses es irrelevante a los efectos del párrafo aludido. En consecuencia, la condición regulada por el párrafo 1 (b) se ha cumplido.

355. En relación con el párrafo 2 (a), el Tribunal de Arbitraje sostiene que la “obligación internacional” se refiere a las obligaciones de Argentina frente a los inversores italianos previstas en el TBI. El Tribunal de Arbitraje ha resuelto que el principio de *lex specialis* consagrado en el Artículo 4 no obsta a que la Argentina invoque el estado de necesidad, como tampoco se lo impiden las restantes obligaciones contempladas en el TBI. Por ende, este criterio también se ha cumplido.

356. Por último, el Tribunal de Arbitraje aún debe decidir, de acuerdo con el párrafo 2 (b), si en realidad Argentina no se vería impedida de invocar la defensa del estado de necesidad por haber “contribuido a que se produzca el estado de necesidad”. Surgen ciertas dudas con respecto a la definición que debería asignarse al vocablo “contribuido” como, por ejemplo, si la conducta debe haber sido deliberada (es decir, si estuvo orientada a provocar el estado de necesidad), temeraria o negligente, o el resultado de un grado de culpabilidad más leve⁹³. El Tribunal de Arbitraje opina que la contribución de un Estado a su situación de necesidad no debe haber sido específicamente intencional o planificada y podría tratarse de una consecuencia de políticas bien intencionadas aunque mal concebidas, entre otras causas. Ello responde al sentido común, puesto que cualquier otra interpretación implicaría que en todos los casos deberían mediar propósitos deshonestos del gobierno o, como ocurre en la

⁹² Comentario de la CDI al Artículo 25, párrafo 17. El Comentario también aclara que “[c]omo cuestión terminológica, basta utilizar la frase ‘comunidad internacional en su conjunto’, en lugar de ‘comunidad ‘internacional de Estados en su conjunto’ - -”. *Íd.*, párrafo 18.

⁹³ En aparente respuesta a esta cuestión, el Comentario de la CDI remite a la decisión de la CIJ en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, en el que la Corte consideró que “como Hungría había ‘ayudado, por acción u omisión, a provocar’ la situación de presunta necesidad, no podía basarse en esa situación como circunstancia que excluyera la ilicitud”. Comentario de la CDI al Artículo 25, párrafo 20.

mayoría de los casos, de los sucesivos gobiernos que hubieran controlado el Estado antes de que se configurara una situación de necesidad⁹⁴.

357. Asimismo, el Tribunal de Arbitraje debe indagar qué nivel de contribución del Estado que pretende invocar la necesidad debería considerarse suficiente para que la defensa no prospere. De conformidad con el Comentario de la CDI, la “contribución a la situación de necesidad debe ser suficientemente sustancial y no simplemente incidental o periférica”⁹⁵. El Comentario señala además que el umbral considerado a la hora de determinar si un Estado ha contribuido a su “situación de necesidad” en los términos del párrafo 2 (b) es menos exigente que el utilizado con el fin de comprobar la existencia de un hecho de fuerza mayor (Proyecto de Artículo 23, párrafo 2 (a)) o de un peligro extremo (Proyecto de Artículo 24, párrafo 2 (a)), toda vez que la “necesidad debe definirse de manera más estricta”⁹⁶.

358. En aplicación de estos principios, el Tribunal de Arbitraje reconoce que las fuerzas del mercado y los distintos sucesos internacionales ocurridos en México, el Sudeste asiático y Rusia, entre otros, afectaron la economía argentina y culminaron en la crisis de principios del decenio de 2000. Sin embargo, a la luz de las pruebas sustanciales presentadas por Impregilo, el Tribunal de Arbitraje ha concluido que las políticas económicas implementadas por Argentina durante varios años antes de la crisis hicieron que la economía del país se volviera vulnerable a crisis y presiones externas y socavaron la sustentabilidad de su modelo económico en los planos nacional y local⁹⁷. El Tribunal de Arbitraje pone como ejemplo la omisión de Argentina de ejercer en el largo plazo una disciplina fiscal que incluyera el control del gasto de las provincias y de los subsidios que les otorgaba el Gobierno central, como así también su incapacidad de adoptar políticas laborales y comerciales coherentes con el régimen de convertibilidad vigente en el país. El gran endeudamiento público resultante y la inflexibilidad de los mercados de Argentina coartaron la capacidad del país de lidiar con los shocks externos, lo que la condujo a la crisis de 2001. De ello se desprende que Argentina contribuyó de manera considerable a su “situación de necesidad” conforme lo previsto en el párrafo 2 (b), por lo que no cumplió con el requisito exigido por tal disposición.

359. Por consiguiente, la mayoría del Tribunal de Arbitraje concluye que Argentina no ha podido cumplir con todas las condiciones establecidas en el Artículo 25 y que, por ende, no puede invocar la defensa de estado de necesidad como fundamento contra la ilicitud de los actos que han sido caracterizados como violatorios de las obligaciones previstas en el TBI.

⁹⁴ Esta conclusión no pretende caracterizar la intención que subyace a las medidas que se busca justificar por medio de la defensa de estado de necesidad toda vez que, por definición, esas medidas están destinadas a ser una *respuesta* a la crisis y no una *contribución* para provocarla.

⁹⁵ Comentario de la CDI al Artículo 25, párrafo 20.

⁹⁶ *Íd.*, párrafo 20.

⁹⁷ En este sentido, el Tribunal Arbitral destaca el Dictamen Pericial del Prof. Dr. Sebastián Edwards (29 de octubre de 2009) párrafos 78-125 y la documentación respaldatoria correspondiente (donde se analiza el modo en el que las políticas adoptadas por Argentina en la década de los ‘90 contribuyeron a su crisis de 2001).

360. Como cuestión de principios, la *Árbitro Stern* considera que la contribución del Estado a una crisis económica no debe presumirse sin más y, en el caso particular, no cree que se hayan presentado pruebas satisfactorias, sólidas y convincentes que demostraran que las autoridades argentinas contribuyeron significativamente a la crisis. Sin embargo, debido a que el Tribunal determinó que el incumplimiento del deber de trato justo y equitativo continuó tras la crisis, la *Árbitro* concurre con la decisión en cuanto al fondo.

(viii) Compensación

361. En lo que respecta a la compensación, el principio básico que corresponde aplicar es el sentado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su fallo en el caso *Chorzów Factory*⁹⁸. Según dicho principio, la reparación debería subsanar las consecuencias del acto ilícito en la mayor medida posible y restablecer las circunstancias a la situación que probablemente se habría verificado de no haberse cometido. Dicho de otro modo, en principio, se debería colocar a Impregilo en la misma situación en la que se encontraría si Argentina no hubiera dispensado un trato injusto e inequitativo a su inversión.

362. En primer lugar, el Tribunal de Arbitraje señala que el precio de USD 1,26 millones pagado por AGBA por la concesión fue muy bajo en relación con la cantidad de habitantes y en comparación con el precio por habitante pagado por Azurix por su concesión sobre otras áreas de la Provincia de Buenos Aires. La diferencia aparentemente respondía al hecho de que la concesión de AGBA abarcaba una zona con una población de bajos recursos en la que la compañía se vería obligada a realizar inversiones sustanciales a fin de alcanzar los objetivos del POES referidos a la cobertura de los servicios de agua potable y desagües cloacales. Las inversiones ascenderían a la suma de USD 16,74 millones durante el primer año (2000); USD 87,77 millones en el segundo año (2001); USD 173,79 millones en el tercero (2002); 211,82 millones en el cuarto (2003); y USD 230,92 millones en el quinto año (2004).

363. Dichas inversiones resultaban necesarias para expandir la red de agua potable y desagües cloacales en la zona. La cantidad de conexiones existentes era extremadamente baja y sólo alcanzaba al 35,4% (agua) y al 13,5% (desagües cloacales) de la población. En virtud del POES, AGBA debía incrementar las cifras mencionadas: con respecto al servicio de agua, a un 63,19% en el tercer año; hasta un 67,93% en el cuarto año y a 70,68%, en el quinto. En el caso de los desagües cloacales, las conexiones debían proveer una cobertura igual al 41,63% en el tercer año y luego alcanzar un 51,34% en el cuarto y un 55,80% en el quinto.

364. De los documentos informativos relacionados con la concesión (los informes de Schroder) se desprende que la tasa de cobrabilidad de tarifas en la zona era reducida, de un 63% inicial, aproximadamente. Sin embargo, a juzgar por el Plan de Negocios de AGBA, dicha tasa aumentaría gradualmente hasta un 80% en el tercer año y se elevaría a un 83% en el cuarto, para finalmente llegar a un 85% en el quinto año.

365. El Tribunal de Arbitraje entiende que la concesión estaba sujeta a riesgos considerables y que su éxito dependería de la disponibilidad de fondos suficientes y

⁹⁸ Caso *The Chorzow Factory*, CPJI, Serie A, página 1382.

del rápido aumento de la capacidad de pago de la población. Asimismo, la viabilidad de la concesión estaría supeditada a la buena cooperación con las autoridades de la Provincia y el cumplimiento por parte de ésta de las obligaciones asumidas en virtud del Contrato de Concesión y en el POES. Sin perjuicio de ello, podría asumirse que tratándose de una compañía constructora, a Impregilo también le atraía la posibilidad de que la concesión le allanara el camino para la firma de contratos de construcción en Argentina.

366. En poco tiempo se hizo evidente que la baja tasa de cobrabilidad representaba un problema más serio de lo que AGBA hubiera esperado, circunstancia que también dificultó la obtención del financiamiento requerido para sus inversiones. Las negociaciones mantenidas con miras a recibir un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo resultaron infructuosas, mientras que el Banco de la Provincia de Buenos Aires negó un préstamo puente. Si bien en cierta medida es probable que los obstáculos que AGBA enfrentó a la hora de recibir ayuda financiera hayan sido una consecuencia de la situación económica imperante, es posible que las demoras en la implementación del programa de construcción de plantas de tratamiento, que debían ser construidas por la Provincia (plantas de la UNIREC) y por AGBA, hayan sido también un factor relevante que incidió en la postura adoptada por las entidades prestamistas.

367. En su carta del 17 de mayo de 2001, AGBA explicó a la Provincia que las tasas de incobrabilidad eran altas y afectaban las posibilidades de AGBA de obtener financiamiento. Como consecuencia de ello, le había resultado imposible cumplir con las metas del Plan Quinquenal. AGBA entonces solicitó que se creara una comisión de trabajo para evaluar su situación y que, de momento, se suspendieran temporalmente las metas de expansión. La Provincia respondió el 30 de mayo de 2001, manifestando que el inconveniente suscitado en torno a las tasas de incobrabilidad era parte del riesgo comercial asumido por AGBA. De todos modos, accedió a la creación de la aludida comisión de trabajo. El 17 de julio y el 15 de agosto de 2001, AGBA volvió a solicitar la suspensión temporal de la ejecución del POES, invocando en esa oportunidad la situación económica como justificativo.

368. El Tribunal de Arbitraje considera que la postura adoptada posteriormente por las autoridades fue en cierto modo ambigua. Mientras el 27 de agosto de 2001, el Área Técnica del ORAB determinó que el desempeño de AGBA durante el primer año de la concesión mostraba un grado aceptable de cumplimiento del POES, en una nota interna del 10 de octubre de 2001, la misma Área sostuvo que no se habían alcanzado los objetivos establecidos en el Contrato de Concesión ni los previstos en el POES. No obstante, en la Resolución N° 69/02 del 5 de diciembre de 2002, el ORAB resolvió que AGBA había alcanzado las metas de expansión y de calidad del servicio dispuestas para el primer año de la concesión (2000) en el Anexo F del Contrato de Concesión e incorporadas al primer Plan Quinquenal que formaba parte integral del POES.

369. De cualquier modo, resulta evidente para el Tribunal de Arbitraje que la situación cambió a principios de 2002 con la sanción de las leyes de emergencia, que tuvieron efectos drásticos sobre los derechos y las obligaciones contractuales de AGBA. A partir de entonces, AGBA ya no pudo obtener créditos ni alcanzar las metas del POES. De hecho, mediante la Resolución N° 77/02 del 30 de diciembre de

2002, el ORAB aceptó suspender las obligaciones establecidas en el POES para el segundo año de la concesión (2002). Para los años siguientes (2003, 2004 y 2005) no se dispuso ninguna medida similar y es posible que AGBA haya asumido que sus compromisos para esos años también habían sido suspendidos. Sin embargo, la República Argentina ha declarado que lo que se pretendía era que todas las obligaciones previstas para el primer quinquenio se cumplieran antes de que finalizara dicho período. Impregilo parece considerar que las obligaciones de AGBA continuarían suspendidas hasta tanto las partes acordaran posibles ajustes del Contrato de Concesión.

370. El Tribunal ha concluido que la República Argentina concedió a AGBA un trato que no fue ni justo ni equitativo, en violación del Artículo 2, párrafo 2, del TBI Argentina-Italia. En particular, la República Argentina no había adoptado medidas adecuadas para restablecer el equilibrio alterado por la pesificación y otras consecuencias de la crisis financiera. Por ende, en la medida en que dicha omisión haya causado un perjuicio a Impregilo, Argentina debería compensarla por los daños sufridos a raíz del trato injusto e inequitativo del que fue objeto.

371. En principio, Impregilo debería probar que sufrió los daños por los que pretende ser compensada. Sin embargo, no es posible determinar con certeza en qué situación se encontraría AGBA y, por consiguiente, Impregilo, si la República Argentina no hubiera violado el estándar de trato justo y equitativo. En consecuencia, no sería razonable exigirle a Impregilo que demuestre la magnitud exacta del perjuicio sufrido. En su lugar, deberán bastar probabilidades y estimaciones razonables como fundamento de los reclamos de compensación.

372. Para respaldar su reclamo de indemnización, Impregilo se basa particularmente en los informes periciales de Richard E. Walck y Leonardo Giacchino, mientras que la República Argentina invoca otros dictámenes periciales, incluidos los de José Pablo Dapena y Germán Coloma. En estos últimos dictámenes, los Sres. Dapena y Coloma sostienen que la concesión no tenía ningún valor económico, por lo que no se justifica entonces el pago de compensación alguna. Por su parte, los Sres. Walck y Giacchino discrepan y consideran que AGBA habría obtenido ganancias considerables de la concesión. Estiman las pérdidas sufridas por AGBA aplicando una combinación de dos métodos: por un lado, un método basado en costos o activos y, por el otro, un método basado en las ganancias. Asimismo, consideran que ambos métodos deben ser tenidos en cuenta en este caso a los efectos de la valuación de daños, aunque le asignan al método de las ganancias un peso mayor (dos tercios) que al método basado en activos (un tercio). A su cálculo, añaden intereses compuestos y llegan así a valorar la inversión de Impregilo a julio de 2006 en un total de USD 87.156.098, y a octubre de 2008 (con intereses a una tasa del 15%) en un total de USD 119.362.503.

373. El Tribunal de Arbitraje observa que, de acuerdo con el Plan de Negocios de AGBA, la concesión sería altamente rentable. No obstante, el Tribunal considera que existen elementos que siembran dudas sobre si los pronósticos incluidos en el Plan de Negocios eran realistas. En primer lugar, es evidente que la concesión abarcaba una zona de riesgo poblada por habitantes de escasos recursos cuya capacidad (y voluntad) de pago de servicios era muy limitada; así lo demuestran no sólo las estadísticas sino también el hecho de que el canon que AGBA pagó por la concesión fue muy bajo, prácticamente simbólico, y que el énfasis de la concesión estuvo puesto

en las abultadas inversiones que AGBA debía realizar a fin de cumplir las obligaciones estipuladas en el Contrato de Concesión, que comprendían el POES y el primer Plan Quinquenal.

374. Sin embargo, AGBA sólo realizó una mínima parte de las inversiones previstas. De los hechos del caso surge claramente que, incluso desde el principio del período de concesión y aun bastante antes de que la crisis financiera llegara a su punto culminante, AGBA no podía conseguir los créditos que necesitaba para hacer efectivas sus inversiones. Además, todo parece indicar que AGBA se encontró con la desagradable sorpresa de que la tasa de cobrabilidad era sumamente baja en la zona de la concesión, lo que seguramente frustró en gran medida sus expectativas sobre las ganancias que la concesión generaría. Incluso si se considerase que la tasa de cobrabilidad se vio afectada, en parte, por la gran cantidad de usuarios no registrados de la red de agua potable y desagües cloacales que habían sido heredados de AGOSBA, fue la propia AGBA la que, en principio, asumió el riesgo de que pudieran obtenerse resultados insatisfactorios en lo referido a las inversiones y la cobrabilidad.

375. Al analizar las circunstancias en su totalidad, el Tribunal de Arbitraje no puede concluir que se haya determinado con suficiente probabilidad que la concesión, aún en ausencia de actos contrarios al principio de trato justo y equitativo, habría sido rentable para AGBA.

376. De todos modos, es evidente que la Provincia, en cierta medida, contribuyó al desarrollo desfavorable de la concesión al omitir las medidas tendientes a restablecer el equilibrio que la pesificación había eliminado e imponerle a AGBA un Nuevo Marco Regulatorio con efectos negativos para sus derechos contractuales. Las medidas ligadas a la crisis económica fueron los factores que terminaron por impedir que AGBA ejecutara la concesión sobre una base económica sólida.

377. Así, es posible adjudicar el fracaso de la concesión tanto a sucesos por los cuales AGBA asumió un riesgo como a acciones u omisiones de la Provincia.

378. El hecho de que AGBA y la Provincia sean conjuntamente responsables por el fracaso de la concesión torna inapropiado el cálculo de los daños en función de los parámetros económicos convencionales, como el método basado en los costos o activos, o el método basado en las ganancias. En realidad, la compensación adeudada por la República Argentina como resarcimiento por el trato injusto e inequitativo debería fijarse en función de una estimación razonable del perjuicio que podría haberse causado a Impregilo.

379. El Tribunal de Arbitraje observa que los accionistas de AGBA hicieron aportes de capital, principalmente en los años 2000 y 2001. Dichos aportes fueron una inyección de capital que debía aplicarse en beneficio de la concesión. Es cierto que Impregilo asumió un riesgo al aportar capital a AGBA pero, por otra parte, si la concesión hubiera resultado exitosa, el capital contribuido habría redundado en beneficios para Impregilo como accionista. Si bien el Tribunal admite que no es posible valorar las potenciales ganancias o pérdidas y traducirlas a cifras precisas, considera que, en principio, se debería obligar a Argentina a restituir la inversión a Impregilo como compensación por no haber conferido a la concesión un trato justo y equitativo.

380. Al indagar sobre si Impregilo, además de la compensación por su inversión, tendría derecho a percibir una indemnización por su participación en las ganancias potenciales provenientes de la concesión de AGBA, la respuesta dependerá de que existan motivos suficientes para suponer que efectivamente se habrían obtenido esas ganancias si Argentina hubiera dispensado a AGBA un trato justo y equitativo. Ello habría estado supeditado a una serie de circunstancias, pero muy especialmente, a la capacidad de AGBA de conseguir fondos suficientes y resolver los problemas de cobrabilidad que caracterizaban a la zona de la concesión. En atención a la naturaleza de dicha zona y a las dificultades experimentadas por AGBA al comienzo del período de concesión, antes de que las leyes de emergencia complicaran su situación, el Tribunal de Arbitraje tiene serias dudas sobre este punto. Impregilo no ha demostrado que la concesión podría haber sido rentable de no haber mediado interferencia por parte de las autoridades y los legisladores argentinos.

381. De lo expuesto se deduce que la compensación a ser otorgada a Impregilo debería basarse únicamente en su aporte de capital. En lo que respecta al monto de dicho aporte, el Tribunal de Arbitraje no tiene motivos para dudar de las cifras presentadas por los Sres. Walck y Giacchino en sus informes. El Tribunal también considera que las cifras indicadas no se ven alteradas por cambios internos en las tenencias de los accionistas del consorcio de AGBA, es decir, las transferencias de acciones de Sideco a Impregilo ocurridas en marzo de 2000 y abril de 2002. Según las cifras incluidas en los informes de los Sres. Walck y Giacchino, los aportes de capital de los accionistas a AGBA, principalmente en 2000 y 2001, ascendieron a USD 45.000.000, de los cuales USD 21.294.000 fueron contribuidos por Impregilo. Por ende, el monto de la compensación asciende a USD 21.294.000.

(ix) Intereses

382. Las Partes disienten sobre si los intereses a aplicar a la compensación deberían ser simples o compuestos. El Tribunal de Arbitraje observa que no existe uniformidad de precedentes en la materia, aunque considera que en el caso que nos ocupa deberían aplicarse intereses compuestos con el objeto de eliminar las consecuencias de la conducta que ha llevado al Tribunal a resolver que existe una obligación de compensar⁹⁹.

383. Por otro lado, en opinión del Tribunal de Arbitraje, la tasa de interés del 15% solicitada por Impregilo es excesiva a los efectos de regresar a Impregilo a la situación en la que se encontraría si no se hubiera violado el TBI. El Tribunal estima que a la luz de las circunstancias del caso sería adecuado y razonable aplicar una tasa del 6%.

384. Debido a que el incumplimiento comprobado en este caso no configura una expropiación sino que constituye una violación por parte de Argentina de su obligación de conceder a la inversión de Impregilo un trato justo y equitativo, no resulta clara la fecha a partir de la cual se deberían calcular intereses. El trato injusto no tuvo lugar en ningún punto preciso en el tiempo y, en realidad, se sucedieron

⁹⁹ Cf. *Azurix supra* nota 71, párrafo 440. También *Metalclad Corp. c. México*, TLCAN Cap. 11 Trib. Arb., 30 de agosto de 2000, párrafo 128.

distintos hechos, acciones y omisiones que tuvieron efectos injustos acumulativos para AGBA y, por ende, para Impregilo. Sin embargo, no cabe duda de que al 11 de julio de 2006, cuando la Provincia rescindió la concesión, los incumplimientos del TBI habían culminado. Por lo tanto, el Tribunal de Arbitraje concluye que será apropiado tomar dicha fecha como punto de partida para el pago de intereses por parte de Argentina¹⁰⁰.

(x) Costos y gastos

385. El Tribunal de Arbitraje advierte que el presente caso ha originado una serie de interrogantes jurídicos importantes y complejos y que ambas Partes han formulado argumentos de peso en sustento de sus respectivas posturas. Las excepciones a la jurisdicción planteadas por la República Argentina han sido rechazadas prácticamente en su totalidad y, en lo que respecta al fondo de la causa, la postura de ambas Partes ha prosperado solo parcialmente. En consideración de los hechos controvertidos del caso en su conjunto, el Tribunal de Arbitraje encuentra razonable ordenar a cada una de las Partes el pago de sus propios costos y gastos y la mitad de los costos incurridos en relación con la labor del CIADI y del Tribunal de Arbitraje.

¹⁰⁰ Cf. *Íd. Azurix*. También, *Siemens AG c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Laudo del 6 de febrero de 2007, párrafos 349-350.

VI. LAUDO

El Tribunal de Arbitraje:

A. Declara que la diferencia se encuadra dentro de la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal de Arbitraje y rechaza las excepciones a dicha jurisdicción y competencia presentadas por Argentina, excepto en lo que respecta a los supuestos incumplimientos contractuales, que exceden la competencia del Tribunal a menos que simultáneamente configuren incumplimientos de las obligaciones asumidas por Argentina frente a los inversores en virtud del TBI Argentina-Italia;

B. Declara que la República Argentina no violó el TBI Argentina-Italia por vía de la expropiación o la nacionalización de la inversión de Impregilo en AGBA;

C. Declara que la República Argentina violó el TBI Argentina-Italia al no conferir un trato justo y equitativo a la inversión de Impregilo;

D. Declara que, en consideración de lo dispuesto en el punto C, no resulta necesario determinar si la República Argentina perjudicó la inversión de Impregilo a raíz de medidas injustificadas y discriminatorias o si omitió otorgarle a dicha inversión protección y seguridad plenas;

E. Resuelve que la República Argentina pague a Impregilo una compensación por los daños sufridos equivalente a la suma de USD 21.294.000, más intereses anuales compuestos a una tasa del 6% a partir del 11 de julio de 2006 hasta la fecha efectiva de pago; y

F. Ordena a cada una de las Partes sufragar sus propios costos procesales y la mitad de los honorarios y gastos asociados a la intervención del CIADI y del Tribunal.

Los puntos A, B y E del Laudo se decidieron por mayoría de votos, mientras que los puntos C, D y F se resolvieron unánimemente.

Hecho en inglés y en español, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

[firmado]

Profesora Brigitte Stern
Árbitro

Fecha: 5 de mayo de 2011

**Sujeto a la opinión concurrente y
disidente adjunta**

[firmado]

Juez Charles N. Brower
Árbitro

Fecha: 10 de mayo de 2011

**Sujeto a la opinión concurrente y
disidente adjunta**

[firmado]

Juez Hans Danelius
Presidente del Tribunal
Fecha: 17 de mayo de 2011